AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1831588 - PR (2021/0029125-9)

RELATORA	:	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	TMS COMERCIO DE MADEIRAS E COMPENSADOS EIRELI
ADVOGADO	:	MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA PELO STF, SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL QUE, NO MÉRITO, INSURGIU-SE APENAS CONTRA A QUESTÃO RELATIVA À EXCLUSÃO, DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, DO ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. APELO NOBRE NÃO CONHECIDO, NO MÉRITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE TESE DEFINIDA PELO STF. ALEGAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE, RELATIVO À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA TESE DO RE 574.706/PR, SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária, ajuizada pela parte ora recorrida, objetivando, em síntese, a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a maior, a tal título.

III. A decisão ora agravada conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional apenas quanto à alegada violação, pelo acórdão recorrido, aos arts. 1.022 e 489, II, do CPC/2015, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, deixando de conhecer das alegadas vulnerações aos arts. 489, § 1º, V, 10, 11, 141, 192 e 490 do CPC/2015, por incidência das Súmulas 282 e 356 do STF, bem como dele não conhecendo, no mérito – quanto à violação aos arts. 13, § 1º, I, 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, 1º da Lei 10.637/2002, 1º da Lei 10.833/2002, 2º da Lei 9.715/89 e 2º da Lei Complementar 70/91, em relação aos quais sustenta a Fazenda Nacional que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele relativo à parcela a recolher à Fazenda Pública, e não o ICMS destacado nas notas fiscais –, porquanto "seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em sede de recurso especial".

IV. No Agravo interno a Fazenda Nacional esclarece que se insurge contra a decisão agravada apenas quanto à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pelo acórdão recorrido, bem assim quanto à necessidade de o STJ manifestar-se sobre o fato superveniente, relativo à modulação dos efeitos, pelo STF, em 13/05/2021, em Declaratórios da tese firmada no RE 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral.

V. Nos Embargos de Declaração, opostos na origem, a Fazenda Nacional sustentou a existência de omissões do acórdão recorrido, quanto à necessidade de suspensão do

Documento eletrônico VDA32361597 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 06/05/2022 15:06:20
Código de Controle do Documento: 1ea04729-3737-49f3-bd3b-88611796614f

processo, para aguardar a publicação do acórdão do julgamento, pelo STF, dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, bem como quanto à ausência de fundamentação relativa à exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais.
VI. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do aresto proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.
VII. Com efeito, o Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, examinou a tese firmada pelo STF, no RE 574.706/PR, no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS", e, interpretando o aludido julgado do STF, firmado sob o regime de repercussão geral, dele extraiu a exegese, sob o enfoque constitucional, de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele destacado nas notas fiscais, concluindo, assim, que o acórdão recorrido não desbordara da tese jurídica firmada pela Suprema Corte. Também restou assentado, no acórdão recorrido, que "a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se de imediato, desde a publicação do acórdão, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado do *leading case* ou mesmo o julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela União, nos quais pedida a modulação de efeitos".
VIII. Quanto ao alegado fato superveniente, em 13/05/2021 o Plenário do STF, por maioria, acolheu, em parte, os Embargos de Declaração opostos, pela Fazenda Nacional, ao acórdão que julgara o mérito do Recurso Extraordinário 574.706/PR, apenas "para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 (...), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito", pelo que, quanto às ações ajuizadas após 15/03/2017, os efeitos limitar-se-ão aos indébitos posteriores à aludida data. Não obstante isso, neste momento processual é tecnicamente inviável, no presente caso, a aplicação da modulação de efeitos, pelo STJ, na forma decidida pelo STF, nos EDcl no RE 574.706/PR, ou a determinação da remessa dos autos à origem, para que o faça, tal como requerido no presente Agravo interno.
IX. Em sede extraordinária, o art. 493 do CPC/2015 "admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do recurso especial, este Tribunal for julgar a causa" (STJ, AgInt no AREsp 850.277/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018), o que não se verifica, na espécie, haja vista que, no mérito, não se conheceu do Apelo, ante a índole constitucional da controvérsia. Em igual sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.596.432/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2021.
X. Registre-se, aliás, que a própria aplicação de precedente qualificado, proferido pelo STF, pressupõe o conhecimento do recurso. Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, "a observância dos precedentes em repercussão geral, conforme previsão do art. 927, III, do CPC/2015, será feita caso se venha a examinar o mérito da causa" (STJ, AgInt nos EDcl no AgRg no Ag 1.216.292/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 09/05/2018).
XI. Para o reconhecimento de fato superveniente, é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio **tantum devolutum quantum apellatum**. No caso, a Fazenda Nacional, no Recurso Especial, agitou tão somente a questão relativa ao critério de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: se o ICMS a recolher ou o ICMS a destacar. A questão relativa à modulação dos efeitos, que diz respeito à própria exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (questão preliminar ao critério de cálculo), não foi objeto do Apelo, e nem poderia sê-lo, na medida em que, à época da interposição do recurso, estavam pendentes de julgamento, no STF, os Aclaratórios opostos ao acórdão que julgara o mérito da

Documento eletrônico VDA32361597 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 06/05/2022 15:06:20
Código de Controle do Documento: 1ea04729-3737-49f3-bd3b-88611796614f

repercussão geral. Desse modo, aplicar a modulação dos efeitos, na espécie, ou determinar que o Tribunal de origem o faça, acarretaria a prolação de decisão **extra petita**, além de ofensa à coisa julgada.
XII. Na espécie, contra o acórdão do Tribunal **a quo**, a Fazenda Nacional interpôs, além de Recurso Especial, Recurso Extraordinário, cujo seguimento fora negado, na origem, nos termos dos arts. 1.030, I, **a**, e 1.040, I, do CPC/2015. Contra tal decisão foi interposto Agravo interno, que foi improvido, pelo Tribunal de origem, em decisão transitada em julgado. O Recurso Extraordinário tinha objeto amplo, pretendendo rediscutir não só a própria exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas também sustentando que "o critério da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pelos valores constantes das notas fiscais (...) implica violação frontal ao princípio da não cumulatividade do ICMS". Requereu a Fazenda Nacional, no Extraordinário, que o ICMS integre a base de cálculo do PIS e da COFINS, ou que se reconheça que a determinação de exclusão do ICMS pelo valor constante das notas fiscais contraria a decisão do STF e o art. 155, § 2º, I, da CF/88, pelo que deve ser afastado. Ao Recurso Extraordinário foi negado seguimento – analisando-se, inclusive, a questão relativa à modalidade do ICMS a ser excluído, concluindo o Tribunal de origem estar o acórdão, também nessa questão, de acordo com o julgado do STF –, mantida a decisão em Agravo interno, sem mais recursos, precluindo a questão. Assim sendo, aplicar a modulação de efeitos, no presente caso, ou determinar que o Tribunal o faça, implicaria ofensa à coisa julgada.
XIII. Impossibilidade, no caso, de reconhecimento e aplicação do fato superveniente, em face de não conhecimento do Recurso Especial, no mérito. Nesse sentido, em hipóteses idênticas: STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe de 18/10/2021; AgInt no AREsp 1.845.606/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/11/2021; AgInt nos EDcl no AREsp 1.847.338/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/02/2022; AgInt no AREsp 1.847.386/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2022.
XIV. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 02 de maio de 2022.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

Documento eletrônico VDA32361597 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 06/05/2022 15:06:20
Código de Controle do Documento: 1ea04729-3737-49f3-bd3b-88611796614f

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.831.588 - PR (2021/0029125-9)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pela FAZENDA NACIONAL, em 14/06/2021, contra decisão proferida pelo Presidente do STJ, publicada em 04/05/2021, assim fundamentada, **in verbis**:

> "Cuida-se de agravo apresentado por FAZENDA NACIONAL contra a decisão que não admitiu seu recurso especial.
> O apelo nobre, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea 'a', da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim resumido:
>
> > APELAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece da apelação na porção em que falta à parte apelante interesse recursal. **CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO**. 1. **É indevida a inclusão dos valores referentes ao ICMS próprio na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS**. 2. **O ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal.** ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.SENTENÇA ILÍQUIDA. Sendo ilíquida a sentença, é caso de postergar-se a a fixação dos honorários advocatícios para a liquidação de sentença, nos termos do art. 85, §4º, II, do código de Processo Civil, cabendo ainda ao juiz da causa levar em consideração o trabalho adicional realizado em grau recursal pelos procuradores das partes (§ 11 do mesmo artigo).
>
> **Quanto à primeira controvérsia, alega violação dos arts. 489, II e 1.022, inciso II, e parágrafo único, inciso II, do CPC**, no que concerne à negativa de prestação jurisdicional, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):
>
> > Cumpre destacar que as questões tidas por omitidas não se tratam de mero inconformismo em face de decisão contrária aos interesses da Fazenda Nacional, mas, pelo contrário, constituem fundamentos imprescindíveis à correta e integral resolução da controvérsia judicial, cuja análise certamente infirmaria os fundamentos deduzidos pelo v. acórdão recorrido, pois **visavam sanar omissão concernente à natureza do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a qual, frise-se, não consta expressamente da tese**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> **firmada no tema 69 da repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, tanto assim o é que foram opostos embargos de declaração no próprio acórdão paradigma** (fl. 339).

Quanto à segunda controvérsia, **alega violação do art. 489, § 1°, inciso V, do CPC, no que concerne à deficiência na fundamentação do acórdão recorrido, que se limitou a invocar precedente proferido em sede de repercussão geral sem indicar os fundamentos determinantes que justificariam a definição do critério de cálculo do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS**, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

> Eis aqui o vício de fundamentação a que incide o v. acórdão recorrido, pois, ao fundamentar que a questão relativa à natureza do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS referia-se ao 'mérito da controvérsia do próprio acórdão paradigma', competia-lhe indicar os fundamentos determinantes que justificariam a exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS/COFINS, o que efetivamente não o fez.
> 13. Com efeito, ao deixar de indicar os fundamentos do acórdão paradigma que se referia ao capítulo específico do ICMS destacado da nota fiscal, o v. aresto recorrido incorreu em clara e manifestação violação ao artigo 1.022, inciso II, e parágrafo único, inciso II, c/c o artigo 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil [...] - fl. 338.

Quanto à terceira controvérsia, **alega violação dos arts. 10, 11, 141, 192, e 490 do CPC, no que concerne à ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido quanto ao critério de cálculo a ser utilizado**, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

> Ao longo da tramitação processual a questão relativa ao critério de cálculo a ser utilizado não foi debatida nos autos. Não houve discussão sobre qual o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Os argumentos jurídicos, tanto da parte autora quanto ré, limitaram-se a defesa da tese em si, ou seja, se os valores do ICMS poderiam ser incluídos no valor total das receitas auferidas no mês, contudo, em momento algum houve discussão sobre a apuração do ICMS.
> Dessa forma, o acórdão recorrido, que consignou que deve ser excluído o ICMS destacado nas notas fiscais, violou normas processuais importantes, que garantem o devido processo legal, e o direito à defesa.
> Por todo o exposto, a decisão recorrida deve ser anulada por ausência de fundamentação. Superada a alegação de ausência de

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> fundamentação, impõe-se a reforma do acórdão recorrido, excluindo-se das razões de decidir as determinações atinentes à qual o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, tendo em vista que tal controvérsia não faz parte dos limites da lide e não foi discutida nos autos (fl. 341).

Quanto à quarta controvérsia, **alega violação dos arts. 13, § 1°, inciso I, 19 e 20, da Lei Complementar n. 87/96; 1° da Lei n. 10.637/02; 1° da Lei n. 10.833/02; 2º da Lei n. 9.715/89; e 2° da Lei Complementar n. 70/91, sob o fundamento de que ainda não se definiu em sede de repercussão geral qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS, e de que, a partir de uma interpretação do mérito julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível se concluir que o valor a ser excluído deve ser aquele relativo à parcela a recolher para a Fazenda Pública, e não ao ICMS destacado nas notas fiscais**, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

> No entanto, a despeito das nebulosas dúvidas que ainda pairam sobre a conclusão do julgamento do RE 574706 (tema 69 da repercussão geral), o v. acórdão recorrido reconheceu em favor do contribuinte 'o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento', o que, ao nosso entender viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991 [...]
> V.A – TEMA 69 DE REPERCUSSÃO GERAL
> i) O QUE (NÃO) FOI DECIDIDO?
> 37. **'O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS'. Esse foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706/PR, que fixou o Tema 69 de Repercussão Geral, e esse foi o entendimento adotado no v. acórdão recorrido, razão pela qual a Fazenda Nacional não se insurge contra a tese neste momento processual.**
> **A discussão aqui é outra, uma vez que o acórdão paradigma não enfrentou expressamente todas as questões decorrentes da tese fixada.** Não houve, por exemplo, definição a respeito da exclusão do ICMS-Substituição Tributária das operações realizadas pelos substituídos; não houve definição da exclusão de outros tributos da base de cálculo do PIS e da COFINS; e – mais importante para o caso em apreço – não houve definição a respeito de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, se o ICMS destacado na nota fiscal ou se o ICMS a recolher (E tais temas não seria de ordem constitucional, o que autoriza a interposição

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

do presente recurso especial).

[...]

O ideal, reconheça-se, era que a questão tivesse sido decidida expressamente já no julgamento da repercussão geral. Disso não discorda a Fazenda Nacional, que inclusive retomou a discussão nos embargos de declaração opostos contra o acórdão do RE nº 574.706/PR, ainda pendentes de julgamento. Mas este é o quadro que se apresenta no momento: uma tese fixada em sede de repercussão geral que não define expressamente que parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

ii) O QUE PODE SER EXTRAÍDO DO ACÓRDÃO PARADIGMA DO STF

42. Afirmamos no tópico precedente que a Suprema Corte não tomou posição expressa a respeito de qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS – se o ICMS destacado na nota ou se o ICMS a recolher, resultante do encontro de contas entre débitos e créditos do imposto. Isso, porém, não significa que não seja possível extrair uma conclusão a partir das premissas firmadas no acórdão.

43. O principal fundamento do voto vencedor é o de não constituir o ICMS receita do contribuinte, porque se trata de valor que será repassado ao Estado. A relatora, ministra Cármen Lúcia, cita parecer de Roque Antônio Carrazza, no qual o tributarista faz paralelo entre o conceito de receita pública, tal como concebido por Aliomar Baleeiro, e o conceito de receita ou faturamento, para fins de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS. Para Baleeiro, as quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas entradas ou ingressos financeiros. A receita pública é a espécie do gênero entrada que se distingue por integrar-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas. Daí por que, analogamente, o ingresso no caixa do estabelecimento do montante destinado ao recolhimento de ICMS não poderia ser considerado receita.

[...]

Dois pontos apontam na direção da exclusão do ICMS a recolher. No item 1 – que contextualiza a discussão e deve servir de norte para o que vem a seguir –, a ementa fala em apuração mensal do ICMS e em ICMS a recolher. E no item 3, ficou dito que não se inclui todo o ICMS na definição de faturamento. 'Todo' tem nessa frase o sentido de 'inteiro'. Isso, porém, não significa que pelo menos parte do ICMS não integra o conceito – ao menos a parte destacada na nota fiscal que não é repassada ao Estado. O que quis dizer a ministra Cármen Lúcia foi que não se inclui o ICMS todo (todo ele, ele todo) na base de cálculo das

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> **contribuições.** Do ponto de vista lógico-formal, se dizemos que o inteiro de X não está contido em Y, isso não significa que parte de X não está contida em Y. A propósito, **se considerados o item 1 da ementa e o argumento de que o ICMS não constitui receita porque é repassado ao Estado, o único conteúdo semântico admissível para o trecho é o de que o ICMS a recolher (parte do todo, do ICMS destacado na nota fiscal) é que não integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS** (fls. 342-346).

É, no essencial, o relatório. Decido.

Quanto à primeira controvérsia, impende ressaltar que, nos limites estabelecidos pelo art. 1.022 do CPC/2015, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição eventualmente existentes no julgado combatido, bem como a corrigir erro material. Nesse sentido, os seguintes arestos da Corte Especial: EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 475.819/SP, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 23/3/2018 e EDcl nos EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl nos EREsp 1491187/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Corte Especial, DJe de 23/3/2018.

No caso em exame, o Tribunal de origem se manifestou nos seguintes termos:

> **Não há falar, por outro lado, em falta de fundamentação no que toca à declaração de que o ICMS a ser excluído corresponde ao ICMS destacado na nota fiscal. Ora, o entendimento dominante em ambas as Turmas integrantes desta Primeira Seção, segundo o qual o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS não é o ICMS 'pago' ou 'recolhido', mas sim o ICMS destacado na nota fiscal, está fundado no fato de que o montante que serve de base de cálculo do PIS e da COFINS é o correspondente ao destacado na nota fiscal, e não ao valor 'a pagar', que é o montante apurado após a ocorrência do fato gerador do PIS e da COFINS e reduzido pela posterior dedução de créditos de ICMS do contribuinte.**
>
> No caso em exame, o acórdão embargado resolveu a demanda à luz da legislação pertinente, de forma fundamentada e em conformidade com a jurisprudência dominante neste Tribunal, sendo certo, outrossim, que não está obrigado o juiz da causa ou o tribunal de apelação a mencionar, em sua decisão, numericamente, todos os dispositivos legais referidos pelas partes, mas, sim, a 'resolver as questões principais que as partes lhe submeterem' (CPC, art. 489, III), ou, em grau de recurso, a matéria impugnada que for devolvida a seu conhecimento (CPC, art. 1.013), o que foi observado pelo julgado embargado (fl. 307).

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

Assim, a alegada afronta aos arts. 489, II, e 1.022 do CPC não merece prosperar, porque o acórdão recorrido examinou a controvérsia dos autos, fundamentando suficientemente sua convicção, não havendo se falar em negativa de prestação jurisdicional porque inocorrentes quaisquer dos vícios previstos no referido dispositivo legal, não se prestando os declaratórios para o reexame da prestação jurisdicional ofertada satisfatoriamente pelo Tribunal *a quo*.

Confiram-se, nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.652.952/MG, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 26/8/2020; AgInt no AREsp n. 1.606.785/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/8/2020; AgInt no AREsp n. 1.674.179/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 28/8/2020; AgInt no REsp n. 1.698.339/CE, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 14/8/2020; AgRg no AREsp n. 1.631.705/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 23/6/2020; e AgRg no REsp n. 1.867.692/SP, relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 18/5/2020.

Quanto à segunda controvérsia, incide o óbice das Súmulas n. 282/STF e 356/STF, uma vez que a questão não foi examinada pela Corte de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração para tal fim. Dessa forma, ausente o indispensável requisito do prequestionamento.

Nesse sentido: REsp n. 1.160.435/PE, relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe de 28/4/2011; AgInt no AREsp n. 1.339.926/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 15/2/2019; e REsp n. 1.730.826/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/2/2019.

Quanto à terceira controvérsia, incide, mais uma vez, o óbice das Súmulas n. 282/STF e 356/STF, uma vez que os artigos apontados como violados não foram apreciados pelo acórdão recorrido.

Quanto à quarta controvérsia, é possível extrair tanto do acórdão recorrido quanto das razões do recurso especial que seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em sede de recurso especial.

Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados desta Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INTERPRETAÇÃO DE TESE FIRMADA PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. À luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.
>
> 2. **Tem natureza constitucional a controvérsia inerente à**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

interpretação da tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da repercussão geral e respectivo julgamento, sendo certo que, relacionando-se o debate com a forma de execução do julgado do Supremo, não poderia outro tribunal, em princípio, ser competente para solucioná-lo.

3. **Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido, pois o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, interpretando a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu ser o ICMS destacado na nota fiscal a parcela de tributo a ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.**

[...]

5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1508155/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 11/10/2019.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. **EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.** AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

1. **Impossibilidade de manifestação desta Corte, em sede de recurso especial, sobre alegação de ofensa a princípios e dispositivos da Constituição Federal, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.**

2. **O acórdão embargado se manifestou de forma clara e fundamentada no sentido de que a Corte de Origem apenas aplicou ao caso concreto o entendimento firmado pelo STF no RE 574.706, em sede de repercussão geral, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, o que é possível ao Tribunal a quo, já que aquela Corte não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional, ao contrário desta Corte superior que, em sede de recurso especial, segue lógica outra: não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional.** Nesse sentido: EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> 07.05.2019).
> [...]
> 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgInt no AREsp 1515851/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 7/11/2019.)

Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento**.

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em desfavor da parte recorrente em 15% sobre o valor dos honorários sucumbenciais que serão fixados em liquidação de sentença, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão de justiça gratuita" (fls. 501/507e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

> "De início, registre-se que a Fazenda Nacional se conforma com a parte da decisão ora recorrida que eventualmente não conheceu do recurso especial, deixando de interpor recurso quanto a esse ponto e exercendo o direito de interposição de recurso parcial apenas quanto ao não provimento do RESP quanto à alegação de violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC, que dizem respeito à nulidade do acórdão regional.
> Nessa linha, cumpre ainda ressaltar a autonomia desse ponto do recurso fazendário (alegação de violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC) frente às demais questões tratadas no recurso (mérito, propriamente).
> DA QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. DO FATO SUPERVENIENTE: JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS NO RE Nº 574706 PELO STF, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA, NO DIA 13.05.2021.
> Não obstante as inúmeras decisões da Presidência STJ no mesmo sentido do acórdão ora embargado, verifica-se a ocorrência de fato novo no dia 13.05.2021, que confirma que a União estava certa ao demandar, reiteradamente, que os feitos que versassem sobre esse tema continuassem sobrestados.
> Com efeito, no dia 13.05.2021, o STF finalizou o julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional no âmbito do RE nº 574.706, tendo a respectiva certidão de julgamento sido lavrada nos seguintes termos:
>
> > O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral 'O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS' -, ressalvadas as

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio.
> Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux.
> Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).
> (Grifamos)

Tratando-se de questão de ordem pública e fato superveniente, é plenamente possível a atuação da Presidência do STJ, ainda que em sede de reconsideração, para que com fulcro no art. 21-E, VII e VIII do RISTJ, dê provimento ao recurso da União, tendo em vista que o acórdão recorrido está dissonante do entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 574.706, pois não se esgotou sua jurisdição.

Todavia, caso V. Exa. entenda que não ser hipótese de aplicação do referido dispositivo regimental, ainda assim, caberá o provimento do recurso especial, para que o feito retorne ao Tribunal *a quo* para que se proceda ao juízo de retratação.

Ora, não tivesse o Tribunal *a quo* se omitido quanto ao pedido de sobrestamento do feito ao julgar os embargos de declaração, ou sobre as razões para escolher o ICMS destacado na nota como o ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (razões essas que somente foram explicitadas pelo STF no julgamento acima noticiado, em 13.05.2021), o feito poderia ser, agora, julgado em conformidade com o entendimento finalmente consolidado do STF em sua inteireza.

Todavia, como assim não procedeu o Tribunal *a quo*, necessário que o acórdão seja agora anulado, para que, sendo sanadas as omissões apontadas, seja proferido novo julgamento, aplicando-se o que restou decido pelo STF no julgamento do RE 574706.

Vale ainda ressaltar que, uma vez que o Exmº Vice-Presidente do TRF negou conhecimento ao recurso extraordinário interposto pela União com fundamento no art. 1.030, I, 'a' do CPC/2015, restou inviabilizada a interposição de agravo em recurso extraordinário (ARE) pela Fazenda Nacional. Deste modo, apesar de ter sido interposto agravo interno contra a decisão de inadmissibilidade do RE, o Tribunal *a quo* manteve seu posicionamento, trancando o acesso da União ao STF.

Deste modo, caso o presente agravo em recurso especial não seja provido, com a adequação ao julgamento realizado pelo STF ou anulação do acórdão recorrido para que outro seja proferido, a fim de que sejam apreciadas as alegações da Fazenda Nacional e o julgado seja adequado

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> ao entendimento firmado no RE 574706, haverá o trânsito em julgado de acórdão em desconformidade com referido entendimento, o que forçará a União à propositura de ação rescisória, discussão em liquidação ou, eventualmente, reclamação constitucional, agravando e, novamente, prorrogando a litigiosidade deste tema, com enorme custo não apenas para a própria União, mas para toda a sociedade.
> Ressalte-se, por oportuno, que sendo hipótese de violação aos arts. 489, § 1º e 1.022 do CPC/2015, é plena a competência do STJ para conhecer da matéria, tanto que o recurso especial da União fora conhecido, neste particular, pela decisão da Presidência, confirmada pelo acórdão ora embargado.
> Por fim, a fim de que não restem dúvidas sobre a admissibilidade do recurso especial quanto à alegação de violação ao art. 489, § 1º, V do CPC, tendo em vista a deficiência na fundamentação do acórdão recorrido, vale ressaltar que ao contrário do que consta na decisão agravada, a matéria foi devidamente prequestionada, tendo sido expressamente suscitada em embargos de declaração, nos seguintes termos:
> (...)
> Por seu turno, no julgamento dos referidos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* afirmou que teria exposto com clareza e suficiência, ainda que de forma suscinta e sem menção de todos os dispositivos legais correlatos os fundamentos de sua decisão, especialmente quanto ao ponto questionado (utilização do valor do ICMS destacado na nota fiscal), demonstrando o prequestionamento da matéria" (fls. 512/515e).

Por fim, requer:

> "(...) seja reconsiderada a decisão agravada para que, diante de fato novo (julgamento pelo STF dos embargos declaratórios no RE nº 574.706):
> a) seja promovido o juízo de adequação do julgado ao julgamento do RE 574.706, com fulcro no art. 21-E, VII e VIII do RISTJ;
> b) alternativamente, seja reconhecida a nulidade do acórdão regional, para que seja proferido novo julgamento em conformidade com a decisão do STF;
> c) Finalmente, se assim não entender Vossa Excelência, que o feito seja redistribuído a um dos Ministros da 1º Seção do STJ e submetido a julgamento pela Turma, para que seja conhecido e provido o presente agravo interno, de modo a reformar a decisão agravada para que o RESP seja conhecido e provido" (fls. 515/516e).

Impugnação da parte agravada, a fls. 520/538e, pelo não conhecimento ou improvimento do recurso, com aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

É o relatório.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.831.588 - PR (2021/0029125-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	TMS COMERCIO DE MADEIRAS E COMPENSADOS EIRELI
ADVOGADO	:	MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA PELO STF, SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL QUE, NO MÉRITO, INSURGIU-SE APENAS CONTRA A QUESTÃO RELATIVA À EXCLUSÃO, DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, DO ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. APELO NOBRE NÃO CONHECIDO, NO MÉRITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE TESE DEFINIDA PELO STF. ALEGAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE, RELATIVO À MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA TESE DO RE 574.706/PR, SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE ADEQUAÇÃO DO JULGADO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Ação Ordinária, ajuizada pela parte ora recorrida, objetivando, em síntese, a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a maior, a tal título.

III. A decisão ora agravada conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional apenas quanto à alegada violação, pelo acórdão recorrido, aos arts. 1.022 e 489, II, do CPC/2015, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, deixando de conhecer das alegadas vulnerações aos arts. 489, § 1º, V, 10, 11, 141, 192 e 490 do CPC/2015, por incidência das Súmulas 282 e 356 do STF, bem como dele não conhecendo, no mérito – quanto à violação aos arts. 13, § 1º, I, 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, 1º da Lei 10.637/2002, 1º da Lei 10.833/2002, 2º da Lei 9.715/89 e 2º da Lei Complementar 70/91, em relação aos quais sustenta a Fazenda Nacional que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele relativo à parcela a recolher à Fazenda Pública, e não o ICMS destacado nas notas fiscais –, porquanto "seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em sede de recurso especial".

IV. No Agravo interno a Fazenda Nacional esclarece que se insurge contra a decisão agravada apenas quanto à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pelo acórdão recorrido, bem assim quanto à necessidade de o STJ manifestar-se sobre o fato

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

superveniente, relativo à modulação dos efeitos, pelo STF, em 13/05/2021, em Declaratórios da tese firmada no RE 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral.

V. Nos Embargos de Declaração, opostos na origem, a Fazenda Nacional sustentou a existência de omissões do acórdão recorrido, quanto à necessidade de suspensão do processo, para aguardar a publicação do acórdão do julgamento, pelo STF, dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, bem como quanto à ausência de fundamentação relativa à exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais.

VI. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do aresto proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

VII. Com efeito, o Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, examinou a tese firmada pelo STF, no RE 574.706/PR, no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS", e, interpretando o aludido julgado do STF, firmado sob o regime de repercussão geral, dele extraiu a exegese, sob o enfoque constitucional, de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele destacado nas notas fiscais, concluindo, assim, que o acórdão recorrido não desbordara da tese jurídica firmada pela Suprema Corte. Também restou assentado, no acórdão recorrido, que "a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se de imediato, desde a publicação do acórdão, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado do *leading case* ou mesmo o julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela União, nos quais pedida a modulação de efeitos".

VIII. Quanto ao alegado fato superveniente, em 13/05/2021 o Plenário do STF, por maioria, acolheu, em parte, os Embargos de Declaração opostos, pela Fazenda Nacional, ao acórdão que julgara o mérito do Recurso Extraordinário 574.706/PR, apenas "para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 (...), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito", pelo que, quanto às ações ajuizadas após 15/03/2017, os efeitos limitar-se-ão aos indébitos posteriores à aludida data. Não obstante isso, neste momento processual é tecnicamente inviável, no presente caso, a aplicação da modulação de efeitos, pelo STJ, na forma decidida pelo STF, nos EDcl no RE 574.706/PR, ou a determinação da remessa dos autos à origem, para que o faça, tal como requerido no presente Agravo interno.

IX. Em sede extraordinária, o art. 493 do CPC/2015 "admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do recurso especial, este Tribunal for julgar a causa" (STJ, AgInt no AREsp 850.277/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018), o que não se verifica, na espécie, haja vista que, no mérito, não se conheceu do Apelo, ante a índole constitucional da controvérsia. Em igual sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.596.432/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2021.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

X. Registre-se, aliás, que a própria aplicação de precedente qualificado, proferido pelo STF, pressupõe o conhecimento do recurso. Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, "a observância dos precedentes em repercussão geral, conforme previsão do art. 927, III, do CPC/2015, será feita caso se venha a examinar o mérito da causa" (STJ, AgInt nos EDcl no AgRg no Ag 1.216.292/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 09/05/2018).

XI. Para o reconhecimento de fato superveniente, é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio **tantum devolutum quantum apellatum**. No caso, a Fazenda Nacional, no Recurso Especial, agitou tão somente a questão relativa ao critério de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: se o ICMS a recolher ou o ICMS a destacar. A questão relativa à modulação dos efeitos, que diz respeito à própria exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (questão preliminar ao critério de cálculo), não foi objeto do Apelo, e nem poderia sê-lo, na medida em que, à época da interposição do recurso, estavam pendentes de julgamento, no STF, os Aclaratórios opostos ao acórdão que julgara o mérito da repercussão geral. Desse modo, aplicar a modulação dos efeitos, na espécie, ou determinar que o Tribunal de origem o faça, acarretaria a prolação de decisão **extra petita**, além de ofensa à coisa julgada.

XII. Na espécie, contra o acórdão do Tribunal **a quo**, a Fazenda Nacional interpôs, além de Recurso Especial, Recurso Extraordinário, cujo seguimento fora negado, na origem, nos termos dos arts. 1.030, I, **a**, e 1.040, I, do CPC/2015. Contra tal decisão foi interposto Agravo interno, que foi improvido, pelo Tribunal de origem, em decisão transitada em julgado. O Recurso Extraordinário tinha objeto amplo, pretendendo rediscutir não só a própria exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas também sustentando que "o critério da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pelos valores constantes das notas fiscais (...) implica violação frontal ao princípio da não cumulatividade do ICMS". Requereu a Fazenda Nacional, no Extraordinário, que o ICMS integre a base de cálculo do PIS e da COFINS, ou que se reconheça que a determinação de exclusão do ICMS pelo valor constante das notas fiscais contraria a decisão do STF e o art. 155, § 2º, I, da CF/88, pelo que deve ser afastado. Ao Recurso Extraordinário foi negado seguimento – analisando-se, inclusive, a questão relativa à modalidade do ICMS a ser excluído, concluindo o Tribunal de origem estar o acórdão, também nessa questão, de acordo com o julgado do STF –, mantida a decisão em Agravo interno, sem mais recursos, precluindo a questão. Assim sendo, aplicar a modulação de efeitos, no presente caso, ou determinar que o Tribunal o faça, implicaria ofensa à coisa julgada.

XIII. Impossibilidade, no caso, de reconhecimento e aplicação do fato superveniente, em face de não conhecimento do Recurso Especial, no mérito. Nesse sentido, em hipóteses idênticas: STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe de 18/10/2021; AgInt no AREsp 1.845.606/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/11/2021; AgInt nos EDcl no AREsp 1.847.338/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/02/2022; AgInt no AREsp 1.847.386/RS,

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2022.
XIV. Agravo interno improvido.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): O recurso não merece prosperar.

Na origem, trata-se de Ação Ordinária, ajuizada pela parte ora recorrida, objetivando, em síntese, a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a maior, a tal título.

O Juízo **a quo** julgou procedente o pedido (fls. 165/170e). Inconformada, a FAZENDA NACIONAL interpôs Apelação. O Tribunal de origem, por sua vez, conheceu em parte da Apelação, e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento, nos seguintes termos:

> "1. **Suspensão do processo**
> **O Supremo Tribunal Federal já decidiu o mérito da questão constitucional controvertida favoravelmente ao contribuinte (TEMA 69), de modo que não se justifica mais o sobrestamento do feito**.
> 2. **Admissibilidade**
> Impõe-se conhecer da apelação, por ser recurso próprio, formalmente regular e tempestivo, exceto na parte em que a apelante trata do pedido atinente ao ICMS recolhido em regime de substituição tributária, por falta de interesse recursal, uma vez que o juiz da causa julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, quanto a esse pedido.
> 3. **Mérito**
> **O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 574.706/PR com repercussão geral reconhecida, firmou a orientação de que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) próprio não integra a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). A tese de repercussão geral fixada foi a de que 'O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS' (Tema nº 69 do STF).**
> **Acresce que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se de imediato, desde a publicação do acórdão, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado do leading case ou mesmo o julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela União, nos quais pedida a modulação de efeitos (v.g. Rcl 30996 TP/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-164 DIVULG 13- 08-2018 PUBLIC 14-08-2018).**
> Ressalte-se, ademais, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se mesmo após a alteração legislativa efetuada pela Lei nº

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

12.973, de 2014, conforme entendeu a Corte Especial deste Tribunal ao declarar a perda de objeto do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000 (TRF4, Questão de Ordem no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Des. Federal Fernando Quadros da Silva, Juntado aos Autos em 30-07-2018).

Daí que, no caso concreto, tem o contribuinte o direito de ver excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores atinentes ao ICMS próprio, mesmo após a vigência da Lei nº 12.973, de 2014.

Outrossim, **ressalvando o meu entendimento pessoal, adoto o entendimento dominante em ambas as Turmas integrantes desta Primeira Seção, segundo o qual o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS não é o ICMS 'pago' ou 'recolhido', mas sim o ICMS destacado na nota fiscal (v.g. Apel/Reex nº 5004427-26.2017.4.04.7108/RS, Segunda Turma, Data da Decisão: 18-12-2018; A.C. nº 2008.72.01.003107-2/SC, Primeira Turma, Data da Decisão: 12-12-2018).**

Enfim, considerando que a modulação de efeitos não é da praxe do Supremo Tribunal Federal, mas sim medida extraordinária, tenho que os embargos declaratórios interpostos pela União no RE nº 574.706/PR não obstam o reconhecimento do direito da parte demandante à restituição dos valores recolhidos a mais nos 05 anos anteriores ao ajuizamento, atualizados pela taxa SELIC. O direito creditório poderá ser aproveitado mediante (a) compensação tributária, após o trânsito em julgado da decisão definitiva, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, à exceção dos débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação, e observando-se, em relação às contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, 'a', 'b' e 'c', da Lei nº 8.212, de 1991, e às contribuições instituídas a título de substituição, as restrições impostas pelo art. 26-A da Lei n.º 11.457, de 2007; ou ainda (b) precatório/RPV.

4. **Honorários de sucumbência**

Tratando-se de sentença ilíquida, é caso de postergar-se a fixação dos honorários advocatícios para a liquidação de sentença, nos termos do art. 85, §4º, II, do Código de Processo Civil, devendo o juiz da causa levar em consideração também o trabalho adicional realizado em grau recursal pelos procuradores das partes (§ 11 do mesmo artigo).

Dessarte, assiste razão à apelante no ponto.

5. **Dispositivo**

Ante o exposto, **voto por conhecer em parte da apelação e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento**" (fls. 249/251e).

Foram opostos Embargos Declaratórios por ambas as partes. A FAZENDA NACIONAL, no que interessa à espécie, requereu a suspensão do processo, até a

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

publicação do acórdão do STF, no julgamento dos EDcl no RE 574.706/PR, e apontando omissões do acórdão recorrido, especialmente quanto à ausência de fundamentação no que concerne à conclusão de que deve ser excluído, da base de cálculo do PIS e da COFINS, o ICMS destacado nas notas fiscais de saída de mercadorias e serviços, postulando a embargante a atribuição de efeitos infringentes aos Declaratórios, no particular (fls. 264/271e).

Os Declaratórios foram rejeitados, em acórdão assim fundamentado:

> "2. **Embargos de declaração da União**
> **Não é o caso de suspender-se o processo, pelas razões já expostas no acórdão embargado.**
> **Não há falar, por outro lado, em falta de fundamentação no que toca à declaração de que o ICMS a ser excluído corresponde ao ICMS destacado na nota fiscal. Ora, o entendimento dominante em ambas as Turmas integrantes desta Primeira Seção, segundo o qual o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS não é o ICMS 'pago' ou 'recolhido', mas sim o ICMS destacado na nota fiscal, está fundado no fato de que o montante que serve de base de cálculo do PIS e da COFINS é o correspondente ao destacado na nota fiscal, e não ao valor 'a pagar', que é o montante apurado após a ocorrência do fato gerador do PIS e da COFINS e reduzido pela posterior dedução de créditos de ICMS do contribuinte.**
> No caso em exame, o acórdão embargado resolveu a demanda à luz da legislação pertinente, de forma fundamentada e em conformidade com a jurisprudência dominante neste Tribunal, sendo certo, outrossim, que não está obrigado o juiz da causa ou o tribunal de apelação a mencionar, em sua decisão, numericamente, todos os dispositivos legais referidos pelas partes, mas, sim, a 'resolver as questões principais que as partes lhe submeterem' (CPC, art. 489, III), ou, em grau de recurso, a matéria impugnada que for devolvida a seu conhecimento (CPC, art. 1.013), o que foi observado pelo julgado embargado.
> Na verdade, a parte embargante, a pretexto vícios no julgado, vem apenas rediscutir a causa, bem como pedir o prequestionamento da matéria, para fins de interposição de recurso especial e/ou extraordinário, o que não coincide com os objetivos de (I) - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; (II) - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e (III) - corrigir erro material, próprios dos embargos de declaração(CPC, art. 1022).
> 3. **Dispositivo**
> Ante o exposto, **voto por negar provimento aos embargos de declaração**" (fls. 307/308e).

Daí a interposição do Recurso Especial, pela FAZENDA NACIONAL (fls.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

336/355e).

Sem razão, entretanto.

A decisão ora agravada conheceu do Recurso Especial da FAZENDA NACIONAL apenas quanto à alegada violação, pelo acórdão recorrido, aos arts. 1.022 e 489, II, do CPC/2015, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, deixando de conhecer das alegadas vulnerações aos arts. 489, § 1º, V, 10, 11, 141, 192 e 490 do CPC/2015, por incidência das Súmulas 282 e 356 do STF, bem como dele não conhecendo, no mérito – quanto à violação aos arts. 13, § 1º, I, 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, 1º da Lei 10.637/2002, 1º da Lei 10.833/2002, 2º da Lei 9.715/89 e 2º da Lei Complementar 70/91, em relação aos quais sustenta a FAZENDA NACIONAL que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele relativo à parcela a recolher à Fazenda Pública, e não o ICMS destacado nas notas fiscais –, porquanto "seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em sede de recurso especial" (fl. 506e).

No Agravo interno a FAZENDA NACIONAL esclarece que se insurge contra a decisão agravada apenas quanto à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pelo acórdão recorrido, bem assim quanto à necessidade de o STJ manifestar-se sobre o fato superveniente, relativo à modulação dos efeitos, pelo STF, em 13/05/2021, em Declaratórios da tese firmada no RE 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral.

Nos Embargos de Declaração, opostos na origem, a FAZENDA NACIONAL sustentou a existência de omissões do acórdão recorrido, quanto à necessidade de suspensão do processo, para aguardar a publicação do acórdão do julgamento, pelo STF, dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, bem como quanto à ausência de fundamentação relativa à exclusão, da base de cálculo do PIS e da COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais (fl. 271e).

Entretanto, da leitura dos excertos do acórdão recorrido, anteriormente transcritos, verifica-se que o aresto impugnado não incorreu em omissão, como ora alega a parte recorrente, uma vez que apreciou ele as questões necessárias à solução da lide, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo agravante. Com efeito, o acórdão recorrido interpretou o julgado do STF, no RE 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, dele extraindo a exegese de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele destacado nas notas fiscais, concluindo, assim, que o acórdão recorrido não desbordara da tese jurídica firmada pela Suprema Corte (fls. 250e e 307e).

Também restou assentado, no acórdão recorrido, que "a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se de imediato, desde a publicação do acórdão, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado do *leading case* ou mesmo o julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela União, nos quais pedida a modulação de efeitos" (fl. 250e).

Assim, o acórdão recorrido conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

descumprimento ao art. 1.022 do CPC/2015.

Nesse contexto, "**a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015**" (STJ, REsp 1.669.441/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, §4º, DO CPC/2015. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NA ORIGEM. NÃO VERIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXCLUSÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. **O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.**
>
> (...)
>
> 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido" (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

> "PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDE COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EMBARGOS PROTELATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. MULTA AFASTADA.
>
> 1. **Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> **forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.**
> 2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
> 3. A irresignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório'. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiverem tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.
> 4. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte agravante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Quanto ao alegado fato superveniente, em 13/05/2021 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, acolheu, em parte, os Embargos de Declaração opostos, pela FAZENDA NACIONAL, ao acórdão que julgara o mérito do Recurso Extraordinário 574.706/PR, apenas para modular os efeitos do julgado de 15/03/2017, nos seguintes termos:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES.
> AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.
> **MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO**.
> **MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE 'O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> **INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS' - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO**.
> EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS" (STF, EDcl no RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 12/08/2021).

Como se vê, os Embargos de Declaração foram parcialmente acolhidos, apenas "para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 (...), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito", pelo que, quanto às ações ajuizadas após 15/03/2017, os efeitos limitar-se-ão aos indébitos posteriores à aludida data.

Não obstante, neste momento processual, tenho que é tecnicamente inviável a aplicação da modulação de efeitos, pelo STJ, na forma decidida pelo STF, nos EDcl no RE 574.706/PR, ou a determinação da remessa dos autos à origem, para que o faça, tal como requerido no presente Agravo interno (fl. 515e).

A propósito do alegado fato superveniente, consistente na modulação dos efeitos, pelo Supremo Tribunal Federal, em Embargos Declaratórios julgados em 13/05/2021, da tese firmada no RE 574.706/PR, esta Segunda Turma, no julgamento dos EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, de minha relatoria, em acórdão publicado no DJe de 18/10/2021, assentou a impossibilidade de sua aplicação, no caso, por se tratar de matéria concernente ao mérito da lide, que não fora conhecida, pelo STJ, por envolver dissenso sobre questão constitucional, pressupondo a aplicação do precedente qualificado o conhecimento do Recurso Especial, no mérito.

Com efeito, segundo o art. 493 do CPC/2015, correspondente ao art. 462 do CPC/73, "se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão". A ideia subjacente ao dispositivo é a de que a lide deve ser resolvida conforme o estado em que ela se encontra, no momento da decisão judicial.

O dispositivo, porém, não se pode sobrepor às regras de conhecimento dos recursos extraordinários, extraídas, sobretudo, da própria competência dos Tribunais Superiores, definidas na Constituição Federal. Assim, em sede extraordinária, o art. 493 do CPC/2015 **"admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do recurso especial, este Tribunal for julgar a causa" (STJ, AgInt no AREsp 850.277/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018)**, o que não se verifica, na espécie, haja vista que, no mérito, não se conheceu do Apelo nobre, ante a natureza constitucional da controvérsia.

A Segunda Turma do STJ já decidiu que "**quanto ao ponto do Agravo interno em que se invoca fato superveniente consistente no reconhecimento, pelo**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

STF, da imunidade recíproca da agravante, cumpre anotar que o art. 493 do CPC/2015, correspondente ao art. 462 do CPC/73, admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do Recurso Especial, este Tribunal for julgar a causa. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 850.277/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018. No caso, como o Recurso Especial não foi conhecido, não cabe ao STJ analisar esse ponto do Agravo interno" (STJ, AgInt no AREsp 1.596.432/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2021).

Registre-se, aliás, que a própria aplicação de precedente qualificado, no caso, pressupõe o conhecimento do recurso, no mérito, o que não ocorreu, na decisão ora agravada. Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, **"a observância dos precedentes em repercussão geral, conforme previsão do art. 927, III, do CPC/2015, será feita caso se venha a examinar o mérito da causa" (STJ, AgInt nos EDcl no AgRg no Ag 1.216.292/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 09/05/2018)**.

Ademais, para o reconhecimento de fato superveniente, é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e o aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio **tantum devolutum quantum apellatum**.

No caso, a FAZENDA NACIONAL, no Recurso Especial, agitou tão somente a questão relativa ao critério de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: se o ICMS a recolher ou o ICMS a destacar. A questão relativa à modulação de efeitos, que diz respeito à própria exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (questão preliminar ao critério de cálculo), não foi objeto do Apelo, e nem poderia sê-lo, na medida em que, à época da interposição do Recurso Especial, estavam pendentes de julgamento, no STF, os Aclaratórios opostos ao acórdão que julgara o mérito da repercussão geral.

Tenho, com isso, que aplicar a modulação de efeitos, na espécie, ou determinar que o Tribunal de origem o faça, acarretaria a prolação de decisão **extra petita**, além de ofensa à coisa julgada. Explico.

Do inteiro teor dos autos, constata-se que, contra o acórdão do Tribunal de origem, a FAZENDA NACIONAL interpôs, além de Recurso Especial, Recurso Extraordinário, cujo seguimento fora negado (fls. 407/410e), nos termos dos arts. 1.030, I, **a**, e 1.040, I, do CPC/2015. Contra tal decisão foi interposto Agravo interno, o qual foi improvido, em 05/11/2020, pela Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão assim ementado:

> "PROCESSUAL CIVIL. **AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DE JULGAMENTO DO PARADIGMA.**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> **COMANDO DO ART. 1.040 DO CPC/15. TEMA 69 DO STF**. MULTA DO ART. 1.021, §4.º, DO CPC. APLICAÇÃO NÃO-IMEDIATA.
> 1. **Uma vez publicado o acórdão paradigma, deve ser imediatamente observada a sistemática prevista no art. 1.040 do CPC/15, o qual é expresso ao determinar que o tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior**.
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a multa do art. 1.021, §4.º, do CPC não se aplica automaticamente às hipótese de inadmissibilidade ou de improcedência, mas apenas em situações que se revelam de manifesta inviabilidade de conhecimento do agravo interno ou de impossibilidade de acolhimento das razões recursais porque inexoravelmente infundadas" (fl. 483e).

O Recurso Extraordinário tinha objeto amplo, pretendendo rediscutir não só a própria exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas também sustentando que "o critério da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pelos valores constantes das notas fiscais (...) implica violação frontal ao princípio da não cumulatividade do ICMS" (fl. 316e). Requereu-se "**o provimento do presente recurso extraordinário, reformando-se o acórdão recorrido, para**: b.1) reconhecer que os valores relativos ao ICMS integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, afastando a violação ao art. 195, I, 'b', da CF e reconhecendo a constitucionalidade dos arts. 3º da Lei n. 9.718/98, 1º da Lei n. 10.637/02 e 1º da Lei n. 10.833/03; ou, ao menos, **b.2) sucessivamente, reconhecer que a determinação de exclusão do ICMS pelo valor constante das notas fiscais contraria o sentido da decisão proferida por essa Corte Constitucional e ofende o princípio da não cumulatividade do ICMS previsto no art. 155, § 2º, I, da CF, pelo que deve ser afastado**" (fl. 333e).

Ao Recurso Extraordinário foi negado seguimento, pelo Tribunal de origem, na forma dos arts. 1.030, I, **a**, e 1.040, I, do CPC/2015, analisando ele, inclusive, a questão relativa à exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS, concluindo que tal critério é consentâneo com o julgado do STF, firmado sob o regime de repercussão geral, **in verbis**:

> "Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal com fundamento no art. 102, inciso III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão de Órgão Colegiado desta Corte. A matéria debatida nos autos diz com a tese fixada no 'Tema STF 69 - O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS'.
> **A União apresentou recurso sustentando a necessidade de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE 574.706/PR**, máxime considerando recentes decisões proferidas por Ministros do STF, determinando o retorno dos autos a esta Corte para que aqui aguardem o

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

julgamento definitivo daquela demanda. **No mérito, defende a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com afastamento da contrariedade ao art. 195, I, e § 3º e art. 155, ambos da CRFB/88, bem como a reforma do acórdão no ponto que determinou a exclusão do ICMS destacado das notas fiscais de saída das mercadorias da base de cálculo do PIS/COFINS**.

DECIDO.

Em que pesem as razões expendidas pela recorrente quanto à necessidade de aguardar o julgamento de embargos de declaração interpostos contra o acórdão paradigma do Tema 69 STF, o inconformismo não merece acolhida.

Isso porque, **está previsto nas regras processuais vigentes, em especial o artigo 1.040, I, do CPC, que, uma vez publicado o acórdão paradigma, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento ao recurso especial ou extraordinário, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior**.

Desse modo, **não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do recurso paradigma. Nesse sentido os seguintes precedentes: ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PUBLIC 22-10-2013; AI 823849 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013, PUBLIC 22-05-2013; AI 765378 AgR-AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, PUBLIC 14-08-2012; AgRg no AgRg no REsp 1404651/PE,Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em13/09/2016, DJe 23/09/2016); AgRg no AgRg no AREsp182.423/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA,julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016; EDcl no AgRg no AREsp 177.325/PR, Rel.Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2015,DJe 12/08/2015**.

Ou seja, **uma vez julgado o representativo de controvérsia pelas Cortes Superiores, os Tribunais de origem ficam imediatamente autorizados a aplicar o *leading case* a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito**.

(...)

Impende observar, por conseguinte, que **o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar recurso submetido à sistemática da repercussão geral, fixou a seguinte tese a ser aplicada**:

> Tema STF 69 - **O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS**

E o acórdão do recurso paradigma restou assim ementado:

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

(...)

Em relação à questão, pois, o Órgão julgador desta Corte decidiu a hipótese apresentada nos autos em consonância com o entendimento do STF, de forma que a pretensão recursal não merece trânsito.

Por fim, **o recurso se insurge em relação ao critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído (ICMS a pagar ou líquido *versus* ICMS da nota fiscal)**.

Neste ponto, a pretensão da recorrente vai de encontro à posição externada pela Ministra Cármen Lúcia quando do julgamento do RE nº 574.706, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS 'pago' ou 'recolhido', mas o ICMS destacado na nota fiscal, *in verbis*:

> '(...) Desse quadro é possível extrair que, **conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia** (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do **ICMS** destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do **ICMS** gerado na operação anterior, **em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte**, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.
>
> (...)
>
> Toda essa digressão sobre a forma de apuração do **ICMS** devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, **embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS**.
>
> Contudo, é inegável que o **ICMS** respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.
>
> Com esses fundamentos, **concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS**. (sem grifos no original)

Desta forma, revela-se inviável o prosseguimento do recurso extraordinário, tendo em conta a sistemática prevista na legislação processual (art. 1.030, I, a, ou art. 1.040, I, do CPC).

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso extraordinário" (fls. 407/410e).

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

Tal decisão foi mantida, em sede de Agravo interno, pelo Tribunal de origem, em 05/11/2020 (fls. 483/489e), precluindo a matéria, à míngua de outros recursos (fl. 495e).

Desse modo, aplicar a modulação de efeitos, na espécie, ou determinar que o Tribunal de origem o faça, implicaria ofensa à coisa julgada.

Tal entendimento restou firmado, por esta Segunda Turma – como já se destacou –, no julgamento dos EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, consoante se colhe da seguinte ementa:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS ALUDIDOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. **ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. RE 574.706/PR (TEMA 69). PRETENDIDA DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO JULGADO DO STF. DECISÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS OU O ICMS ESCRITURAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A QUESTÃO SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, NA SEARA DO RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS INEXISTENTES. INCONFORMISMO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDOS, E, NESSA EXTENSÃO, REJEITADOS**.
>
> I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado na vigência do CPC/2015.
>
> II. **No caso, a decisão monocrática da Presidência do STJ, no julgamento do Recurso Especial da Fazenda Nacional, conheceu e afastou a alegada violação ao art. 1.022 do CPC; aplicou as Súmulas 282 e 356 do STF, quanto à invocada violação ao art. 489, § 1º, V, do CPC/2015, bem como quanto ao malferimento aos arts. 10, 11, 141, 192, 489, II, e 490 do CPC/2015; quanto à questão de mérito – na qual sustenta a Fazenda Nacional que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele relativo à parcela a recolher à Fazenda Pública, e não o ICMS destacado nas notas fiscais – o**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

Recurso Especial não foi conhecido, porquanto 'seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em esfera de repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em âmbito de recurso especial'. No julgamento do Agravo interno, interposto pela Fazenda Nacional, o Colegiado, no acórdão ora embargado, conheceu do Agravo interno apenas no que respeita à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, negando-lhe provimento, nessa extensão, deixando de conhecer de duas teses sustentadas no Recurso Especial fazendário, nos termos da Súmula 182/STJ – por não impugnada, no Agravo interno, a aplicação, quanto a elas, pela decisão monocrática, das Súmulas 282 e 356 do STF –, bem como **não conheceu da matéria de mérito, por descaber ao STJ emitir juízo a respeito dos limites do julgado, pelo STF, no RE 574.706/PR, sob o rito de repercussão geral, para decidir a respeito de qual modalidade de ICMS deveria ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS (se o ICMS destacado das notas fiscais de saída ou o ICMS escritural a recolher), tema que fora objeto de Embargos de Declaração anteriormente opostos, pela Fazenda Nacional, no STF, no aludido RE 574.706/PR**.

III. **Nos presentes Embargos de Declaração a Fazenda Nacional alega, em síntese, a ocorrência de fato novo superveniente, relativo ao julgamento, pelo STF, dos Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, em 13/05/2021, com modulação de efeitos do julgado, e omissão do acórdão embargado 'quanto à necessidade de anular o acórdão regional, a fim de que haja adequação do julgado ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal' no julgamento dos aludidos Declaratórios. Requer o acolhimento dos Embargos de Declaração, 'para que seja sanada a omissão, examinando-se especificamente a alegação de que, diante de fato superveniente', seja promovida, pelo STJ, a adequação ao julgado do STF, nos Declaratórios, quanto à modulação de efeitos, ou que seja reconhecida a nulidade do acórdão de 2º Grau, para que seja proferido novo julgamento, em conformidade com a decisão do STF**.

IV. A embargante requer, ainda, 'a atuação da Presidência do STJ, ainda que em sede de reconsideração, para que com fulcro no art. 21-E, VII e VIII do RISTJ, dê provimento ao recurso da União, tendo em vista que o acórdão recorrido está dissonante do entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 574.706, pois não se esgotou sua jurisdição'. Como se nota, este último pedido encontra-se dissociado da fase processual em que se encontra o presente feito. Nesse contexto, é de se aplicar, no ponto, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF, segundo a qual 'é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

V. **O voto condutor do acórdão embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, conhecendo, em parte, do Agravo interno, quanto à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa extensão, negando-lhe provimento, não conhecendo das demais teses recursais, inclusive a pertinente à questão de mérito, ante a natureza constitucional da controvérsia**.

VI. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do **decisum**.

VII. **Em sede extraordinária, o art. 493 do CPC/2015 'admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do recurso especial, este Tribunal for julgar a causa' (STJ, AgInt no AREsp 850.277/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018), o que não se verifica, na espécie, haja vista que, no mérito, não se conheceu do Apelo, ante a índole constitucional da controvérsia**. Em igual sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.596.432/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2021.

VIII. Registre-se, aliás, que **a própria aplicação de precedente qualificado, proferido pelo STF, pressupõe o conhecimento do recurso. Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, 'a observância dos precedentes em repercussão geral, conforme previsão do art. 927, III, do CPC/2015, será feita caso se venha a examinar o mérito da causa' (STJ, AgInt nos EDcl no AgRg no Ag 1.216.292/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 09/05/2018)**.

IX. **Para o reconhecimento de fato superveniente, é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio tantum devolutum quantum apellatum. No caso, a Fazenda Nacional, no Recurso Especial, agitou tão somente a questão relativa ao critério de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS: se o ICMS a recolher ou o ICMS a destacar. A questão relativa à modulação dos efeitos, que diz respeito à própria exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (questão preliminar ao critério de cálculo), não foi objeto do Apelo, e nem poderia sê-lo, na medida em que, à época da interposição do recurso, estavam pendentes de julgamento, no STF, os Aclaratórios opostos ao acórdão que julgara o mérito da repercussão geral. Desse modo, aplicar a modulação dos efeitos, na espécie, ou determinar que o**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

Tribunal de origem o faça, acarretaria a prolação de decisão extra petita, além de ofensa à coisa julgada.

X. Do inteiro teor dos autos, constata-se que, **contra o acórdão do Tribunal a quo, a Fazenda Nacional interpôs, além de Recurso Especial, Recurso Extraordinário, cujo seguimento fora negado, na origem, nos termos dos arts. 1.030, I, a, e 1.040, I, do CPC/2015. Contra tal decisão foi interposto Agravo interno, que foi improvido, pelo Tribunal de origem, em decisão transitada em julgado. O Recurso Extraordinário tinha objeto amplo, pretendendo rediscutir não só a própria exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas também sustentando que 'o critério da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pelos valores constantes das notas fiscais ofende o princípio da não cumulatividade do ICMS'. Requereu a Fazenda Nacional, no Extraordinário, que o ICMS integre a base de cálculo do PIS e da COFINS, ou que se reconheça que a determinação de exclusão do ICMS pelo valor constante das notas fiscais contraria a decisão do STF e o art. 155, § 2º, I, da CF/88, pelo que deve ser afastado. Ao Recurso Extraordinário foi negado seguimento – analisando-se, inclusive, a questão relativa à modalidade do ICMS a ser excluído, concluindo o Tribunal de origem estar o acórdão, também nessa questão, de acordo com o julgado do STF –, mantida a decisão em Agravo interno, sem mais recursos, precluindo a questão. Assim sendo, aplicar a modulação de efeitos, no presente caso, ou determinar que o Tribunal o faça, implicaria ofensa à coisa julgada**.

XI. **Embargos de Declaração que, na parte conhecida, merecem rejeição**. Precedentes do STJ, em hipóteses idênticas: EDcl no AgInt no AREsp 1.821.197/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2021; EDcl no AgInt no AREsp 1.821.184/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2021; EDcl no AREsp 1.847.363/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 31/08/2021; EDcl no AREsp 1.847.356/RS, DJe de 26/08/2021; EDcl no AREsp 1.846.257/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 26/08/2021; EDcl no AREsp 1.846.772/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPELL MARQUES, DJe de 20/08/2021.

XII. **Embargos de Declaração conhecidos, em parte, e, nessa extensão, rejeitados**" (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe de 18/10/2021).

Entendendo, em hipótese análoga, que o art. 493 do CPC/2015, correspondente ao art. 462 do CPC/73, admite o exame de fato superveniente apenas nas

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do Recurso Especial, este Tribunal for julgar a causa:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. **ALEGAÇÃO DE FATO NOVO SUPERVENIENTE (MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO RE 574.706, JULGADO EM REPERCUSSÃO GERAL). IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. RECURSO NÃO CONHECIDO NO MÉRITO. PRECEDENTES**.
>
> 1. Não houve omissão no acórdão regional, o qual decidiu de forma clara e fundamentada, se valendo de jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação dos efeitos para aplicar a tese firmada em julgamento de recurso extraordinário sob repercussão geral, uma vez que o início da eficácia do provimento se dá com a publicação da ata de julgamento do acórdão paradigma (o que, na hipótese do Tema n.º 69, ocorreu em 29/09/2017).
>
> 2. **A embargante alega fato superveniente ocorrido em 13/5/2021 quando do julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706, ocasião em que o STF decidiu pela modulação dos efeitos do julgado a fim de que sua produção de efeitos ocorra após 15/3/2017, data em que fixada a tese com repercussão geral - O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento**.
>
> 3. **Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que o art. 493 do CPC/2015, correspondente ao art. 462 do CPC/73, admite o exame de fato superveniente apenas nas hipóteses em que, ultrapassada a barreira do conhecimento do Recurso Especial, este Tribunal for julgar a causa. No caso, como o Recurso Especial não foi conhecido em relação ao mérito, não cabe ao STJ analisar a questão da modulação dos efeitos do RE 574.706. Nesse sentido: AgInt no AREsp 850.277/MS, Rel. Ministra Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11/09/2018; EDcl no AgInt no AREsp 1.821.197/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 26/8/2021**.
>
> 4. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.845.606/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/11/2021).

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. **FATO NOVO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO NO PONTO**.
>
> 1. O Colegiado regional prestou, de forma fundamentada, a jurisdição que

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

lhe foi postulada. Sendo assim, não há falar em omissão. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pela parte recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ela propostos, não configura nenhum dos vícios de embargabilidade descritos na norma legal.

2. **Fato superveniente só pode ser considerado na hipótese de conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu no tópico meritório (questão constitucional)**.

3. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.847.338/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/02/2022).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA. **EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. MODULAÇÃO OCORRIDA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RE 574.706, COM REPERCUSSÃO GERAL. FATO NOVO. ART. 493 DO CPC/15. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA DE FUNDO NÃO IMPUGNADA PELA FAZENDA EM SEU RECURSO ESPECIAL E, POR CONSEQUÊNCIA, NÃO CONHECIDA NO STJ**.

1. Cuida-se de Agravo Interno interposto contra decisão que conheceu do Agravo para conhecer em parte do Recurso Especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

2. Não se configurou a ofensa aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

3. **A Fazenda Nacional alega a ocorrência de fato novo (julgamento pelo STF dos Embargos Declaratórios no RE nº 574.706) que implica necessidade de reconhecer a nulidade do acórdão regional para que seja proferido novo julgamento em conformidade com a decisão do STF**.

4. Com efeito, **na hipótese em tela ocorreu o superveniente julgamento dos Embargos de Declaração pelo STF no RE 574.706 (Tema 69), ocasião em que houve a modulação dos efeitos do julgamento em repercussão geral que entendeu pela exclusão do ICMS (destacado na nota fiscal) da base de cálculo do PIS e da Cofins, de modo que a produção de efeitos do julgado se dê após 15/3/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento**.

5. **A matéria foi pacificada pela Segunda Turma no julgamento dos EDcl no AgInt no AREsp 1.821.102/SC, ocorrido em 5.10.21, Rel. Min.**

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

> **Assusete Magalhães, ocasião na qual se entendeu pela não configuração do fato superveniente**.
> 6. **Para o reconhecimento de fato superveniente (art. 493 do CPC/2015), é necessário, além do conhecimento do recurso, que haja relação entre o objeto recursal e aludido fato superveniente. Trata-se de decorrência lógica do princípio *tantum devolutum quantum apellatum***.
> 7. **No caso, a Fazenda Nacional, em seu Recurso Especial, impugnou tão somente a questão relativa ao critério de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins: se o ICMS a recolher ou o ICMS a destacar. A questão relativa à modulação de efeitos, que diz respeito à própria exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins (questão preliminar ao critério de cálculo), não foi objeto do Recurso Especial**.
> 8. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.847.386/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/03/2022).

Em igual sentido, no julgamento do AgInt no AREsp 1.834.747/SC (Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/04/2022) e do AgInt no AREsp 1.849.285/RS (Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/04/2022), esta Segunda Turma, por unanimidade, manteve, também em caso idêntico ao dos presentes autos, o entendimento de que o "**fato superveniente só pode ser considerado na hipótese de conhecimento do recurso especial, o que não ocorreu no tópico meritório (questão constitucional)**".

Por fim, não deve ser acolhido o requerimento da parte agravada, para que seja imposta a multa, prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, eis que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da sanção, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do colegiado.

Com efeito, "a improcedência ou inadmissibilidade reveladora da multa recursal prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 deve ser a de natureza manifesta, qualificada, e não a que decorre simplesmente do não conhecimento ou não provimento do recurso, ainda que unânime" (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 949.074/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2016).

Nesse sentido:

> "AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO CONHECIDO APENAS NO CAPÍTULO IMPUGNADO DA DECISÃO AGRAVADA. ART. 1.021, § 1º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA APRECIADOS À LUZ DO CPC/73. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. PARADIGMAS QUE EXAMINARAM O MÉRITO DA DEMANDA.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/2015, merece ser conhecido o agravo interno tão somente em relação aos capítulos impugnados da decisão agravada.

2. Não fica caracterizada a divergência jurisprudencial entre acórdão que aplica regra técnica de conhecimento e outro que decide o mérito da controvérsia.

3. **A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do não provimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não ocorreu na hipótese examinada.**

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido" (STJ, AgInt nos EREsp 1.120.356/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 29/08/2016).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.

Documento eletrônico VDA32196112 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 25/04/2022 19:41:36
Código de Controle do Documento: D0D0958E-B1C4-44DD-84DD-23A3BAEE938B

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 1.831.588 / PR

Número Registro: 2021/0029125-9 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
50192763620174047000

Sessão Virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022

Relator do AgInt
Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	TMS COMERCIO DE MADEIRAS E COMPENSADOS EIRELI
ADVOGADO	:	MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - PIS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	TMS COMERCIO DE MADEIRAS E COMPENSADOS EIRELI
ADVOGADO	:	MARCIO RODRIGO FRIZZO - PR033150

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 03 de maio de 2022

Documento eletrônico VDA32301766 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 03/05/2022 04:57:09
Código de Controle do Documento: e0cb455c-95f2-4905-87ab-c5525240e9fd