



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2185170 - SP (2022/0246469-0)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
AGRAVANTE : DISAC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : PEDRO AFONSO KAIRUZ MANOEL - SP194258
MAURICIO REHDER CESAR - SP220833
GIOVANNA BENETTI DE FREITAS FIORIN - SP306796
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRADO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Consoante enunciado da Súmula 393/STJ, a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício, que não demandem dilação probatória.
2. A análise do excesso de execução decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, ao impugnar o título executivo, excede os limites da via escolhida, de exceção de pré-executividade, pois demanda dilação probatória. Nesse sentido: AgInt no REsp 2.051.709/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques; AgInt no AREsp 1.775.722/SE, relator Ministro Herman Benjamin; AgInt no AREsp 1.850.316/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques; AgInt no REsp 1.885.901/SC, relator Ministro Gurgel de Faria; AgInt no AREsp 1.775.722/SE, relator Ministro Herman Benjamin.
3. A revisão da premissa fática assentada no julgado, pressupõe, no caso, reexame de prova, o que é inviável no âmbito do recurso especial, nos termos do Enunciado 7/STJ.
4. Deve ser negado provimento ao agravo interno, quando não apresentados pela parte agravante argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.
5. Agravo interno conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de março de 2024.

MINISTRO AFRÂNIO VILELA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2185170 - SP (2022/0246469-0)

RELATOR : **MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
AGRAVANTE : DISAC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : PEDRO AFONSO KAIRUZ MANOEL - SP194258
MAURICIO REHDER CESAR - SP220833
GIOVANNA BENETTI DE FREITAS FIORIN - SP306796
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Consoante enunciado da Súmula 393/STJ, a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício, que não demandem dilação probatória.
2. A análise do excesso de execução decorrente da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, ao impugnar o título executivo, excede os limites da via escolhida, de exceção de pré-executividade, pois demanda dilação probatória. Nesse sentido: AgInt no REsp 2.051.709/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques; AgInt no AREsp 1.775.722/SE, relator Ministro Herman Benjamin; AgInt no AREsp 1.850.316/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques; AgInt no REsp 1.885.901/SC, relator Ministro Gurgel de Faria; AgInt no AREsp 1.775.722/SE, relator Ministro Herman Benjamin.
3. A revisão da premissa fática assentada no julgado, pressupõe, no caso, reexame de prova, o que é inviável no âmbito do recurso especial, nos termos do Enunciado 7/STJ.
4. Deve ser negado provimento ao agravo interno, quando não apresentados pela parte agravante argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.
5. Agravo interno conhecido e não provido.

RELATÓRIO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA: Em análise, recurso de agravo interno interposto por DISAC COMERCIAL LTDA contra a decisão que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

Sustenta a agravante, em síntese, que "o que se busca é o reconhecimento de que o disposto no artigo 783, do CPC, foi afrontado, uma vez que a agravada não exclui o ICMS da base de cálculo do PIS, COFINS, IRPJ e CSSL, o que torna a mesma ilegal, passando as CDAs em questão a serem inexigíveis" (e-STJ, fl. 477).

Defende que o recurso especial trata apenas de questões eminentemente de direito, não sendo aplicável ao caso o óbice da Súmula 7/STJ. Requer o provimento do agravo interno.

Devidamente intimada, a Fazenda Nacional deixou de apresentar contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO AFRÂNIO VILELA (Relator): Conheço do agravo interno, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

O agravo interno é cabível em face da decisão monocrática proferida pelo relator no Tribunal, com a finalidade de que a controvérsia seja submetida ao órgão colegiado. O instituto do referido recurso resta regulamentado pelo art. 1.021 do CPC/2015, que assim versa:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

§ 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

Depreende-se, portanto, que o juízo de retratação é facultado ao relator expressamente pelo § 2º do art. 1.021 do CPC/2015, de forma que, sendo exercido, o agravo interno não precisará ser levado a julgamento pelo órgão colegiado. Disciplina idêntica se vê no Regimento Interno deste STJ:

Art. 259. Contra decisão proferida por Ministro caberá agravo interno para que o respectivo órgão colegiado sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso.

§ 2º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará

especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

§ 3º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de quinze dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre 1% e 5% do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

§ 6º O agravo interno será submetido ao prolator da decisão, que poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento da Corte Especial, da Seção ou da Turma, conforme o caso, computando-se também o seu voto.

§ 7º Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate.

Ao exame da situação posta em debate nesse agravo interno, verifica-se que a irresignação da agravante não merece acolhimento, notadamente por se considerar que os argumentos levantados pela parte, não são capazes de alterar o entendimento proferido na decisão monocrática, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, por incidência da Súmula 7/STJ:

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do recurso especial.

A irresignação não merece prosperar.

O Tribunal de origem concluiu que não há demonstração incontroversa do vício que se contraponha à liquidez e certeza do presente título executivo, baseado nos fatos e nas provas existentes nos autos, de acordo com o seguinte trecho do acórdão (fl. 298):

De início, destaco que estou de acordo com a premissa lançada pelo e. relator, no sentido deque "A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída".

Ocorre que, no caso presente, não há prova pré-constituída do valor considerado indevido, decorrente da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Comungo, assim, com o entendimento esposado pela MM. Juíza de primeiro grau, segundo quem "embora entenda admissível a Exceção de Pré-Executividade para afastar a exação declarada inconstitucional, a constatação do excesso de execução decorrente da inclusão de eventual parcela indevida na base de cálculo do tributo não pode ser aferida de pronto. E tampouco

existem elementos nos autos capazes de dirimir a questão. No caso em apreço, a análise do alegado pela Excipiente não pode ser aferida de plano, fazendo-se indispensável a dilação probatória, o que não é permitido em sede de Exceção de Pré-Executividade".

Rever tal entendimento, conforme pretendido, implica o reexame do contexto fático-probatório dos autos. Sendo assim, incide a Súmula n. 7/STJ, segundo a qual "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

[...]

Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial (e-STJ, fls. 466-469).

O espectro de cognição do recurso especial não é amplo e ilimitado, como nos recursos comuns, mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica delineada pelas instâncias ordinárias.

Trata a Súmula 393/STJ acerca da exceção de pré-executividade: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Extrai-se do enunciado que a exceção de pré-executividade somente é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem formal e outro de ordem material: a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

Indene de dúvidas que a análise da controvérsia relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, com consequente necessidade ou não de dilação probatória para fins de conhecimento da exceção de pré-executividade, demandaria o revolvimento fático-probatório das premissas fixadas pelo Tribunal de origem, soberano neste exame, providência vedada em recurso especial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393/STJ.

1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).

2. No caso, a questão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS demanda a regular dilação probatória para que seja verificado eventual excesso de execução, razão por que não é matéria aferível em sede de exceção de pré-executividade.

Nesse sentido: AgInt no AREsp nº 1.775.722/SE, relator Ministro

Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 10/12/2021; AgInt no AREsp nº 1.850.316/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 2/9/2021; AgInt no REsp n. 1.885.901/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 9/3/2021. AREsp 2392657

3. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 2.051.709/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 1/9/2023).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se de Agravo Interno interno contra decisão monocrática que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

2. A agravante alega em síntese: "No apelo especial, o ora Agravante, demonstrou que não existia no recurso pleito e/ou necessidade de reexame das provas produzidas nos autos de origem, o que é vedado em sede de Recurso Especial. Em verdade, o questionamento levantado é no sentido de que o TRF5, diante das ponderações da Recorrente NEGOU vigência ao disposto em lei federal, frise-se, os Arts. 204 do CTN e o artigo 3º da Lei nº 6.830/80.

Conforme devidamente demonstrado em sede de Recurso Especial, e posteriormente no Agravo em Recurso Especial, desde a oposição da Exceção de Pré- Executividade, restou demonstrado que há entendimento firmado pelo STJ e demais Cortes Federais acerca da desnecessidade de dilação probatória em casos idênticos, e que as decisões proferidas feriam sobremaneira os artigos 204 do CTN e 3º da lei 6.830/80." (fl. 427, e-STJ).

3. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.110.925/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC, proclamou ser cabível a Exceção de Pré-Executividade para discutir questões de ordem pública na Execução Fiscal, ou seja, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória (REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 4/5/2009).

4. Tal orientação foi posteriormente consolidada com a edição da Súmula 393 do STJ, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

5. O acórdão recorrido, ao interpretar as provas produzidas, entendeu que "O crédito inscrito em Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, presunção esta relativa, mas que somente poderá ser afastada por prova cabal a descaracterizá-la, cujo ônus é conferido ao devedor ou ao terceiro interessado. Nessa ordem de ideias, impõe-se ao executado o ônus da prova, competindo-lhe elidir a presunção que imanta o crédito exequendo, ex vi do art. 3.º da Lei n.º 6.830/1980 (...)

Ressalvado o entendimento pessoal do Relator, tem-se que os precedentes desta colenda Primeira Turma são no sentido da impossibilidade de ser arguida, em sede de exceção de pré-executividade, a questão relativa ao recolhimento do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, eis que necessária a elaboração de cálculos para que se quantifique o suposto excesso, operação a demandar dilação probatória e o estabelecimento do contraditório" (fls. 62- 63, e-STJ). Necessitando de dilação probatória, sua análise está impossibilitada por meio da Exceção de Pré-Executividade.

6. Rever o entendimento do acórdão recorrido quanto à necessidade ou não de dilação probatória para o conhecimento da Exceção de Pré-Executividade, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, demanda revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

7. Agravo Interno não provido (AgInt no AREsp 1.775.722/SE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 10/12/2021).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE DA CDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DESCABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE. PRECEDENTE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO.

1. Afastada a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC, eis que o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. Não há que se falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional, visto que tal somente se configura quando, na apreciação de recurso, o órgão julgador insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi.

2. A aferição dos requisitos da CDA para fins de anulação do título demanda dilação probatória, haja vista a presunção de liquidez e certeza de que goza a CDA, de modo que não é possível veicular tal questão em sede de exceção de pré-executividade, sobretudo quando a necessidade de dilação probatória já foi constatada pelo Tribunal de origem, não sendo possível ao STJ desconstituir tal premissa em sede de recurso especial, forte no óbice da Súmula nº 7 do STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial".

3. A Primeira Seção do STJ já se manifestou no sentido de que a exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória. (REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009)

4. Agravo interno não provido (AglInt no AREsp 1.850.316/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 30/8/2021, DJe de 2/9/2021).

Diante desse contexto, o que se colhe é que as razões das agravantes não merecem acolhimento, devendo ser mantido o inteiro teor da decisão monocrática proferida.

Isso posto, nego provimento ao agravo interno.

Sem custas.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2022/0246469-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AgInt no
AREsp 2.185.170 /
SP

Números Origem: 50126532620204030000 50152683820184036182

PAUTA: 19/03/2024

JULGADO: 19/03/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **AFRÂNIO VILELA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DISAC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : PEDRO AFONSO KAIRUZ MANOEL - SP194258
MAURICIO REHDER CESAR - SP220833
GIOVANNA BENETTI DE FREITAS FIORIN - SP306796
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : DISAC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : PEDRO AFONSO KAIRUZ MANOEL - SP194258
MAURICIO REHDER CESAR - SP220833
GIOVANNA BENETTI DE FREITAS FIORIN - SP306796
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.