RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.604 - DF (2019/0151259-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	GUAVIRA INDUSTRIAL E AGROFLORESTAL LTDA
ADVOGADOS	:	ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS E OUTRO(S) - DF015787
		HENRIQUE GAEDE - PR016036
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial com base no CPC/73 manejado por **Guavira Industrial e Agroflorestal Ltda.**, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fls. 685):

> *CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - REEXAME NECESSÁRIO (ART. 475, I, DO CPC) - AGRAVO RETIDO (ANTECIPAÇÃO DA TUTELA) - ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO - PENDÊNCIA DO RE N° 240.785/MG - INCONSTITUCIONALIDADE DO §1° DO ART. 3° DA LEI N° 9.718/98 (STF) - INTERPRETAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA DESAUTORIZADAS DESDE ENTÃO - ICMS: RECEITA ESTADUAL- EFICÁCIA: A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO.*
> *1. Obrigatório o reexame necessário da sentença contrária à União (art. 475, I, do CPC).*
> *2. De há muito se entendia que o ICMS integrava a base de cálculo de diversas exações (PIS, FINSOCIAL e FUNRURAL), porque compunha o preço de venda das mercadorias e dos serviços, sendo, pois, "receita": SÚMULAS do STJ n° 68 e n° 94 e SÚMULAS do ex-TFR n° 175 e n° 258. ."*
> *3. Em guinada jurisprudencial (interpretativa) capitaneada pelo STF (RE n° 240.785/MG, pendente), tem-se que, a prevalecer o voto do relator (Min. MARCO AURÉLIO), como até aqui a maioria formada indica, o ICMS, tributo estadual (art. 155, II, da CF/88), não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte mas, sim, do Estado -membro ao qual pertence, não estando contida, então, no conceito de faturamento nem no de receita bruta, fora, portanto, da base de cálculo do PIS (Leis 9.715/98) e da COFINS.*
> *4. A definição de "receita bruta" (§1° do art. 3° da Lei n° 9.718/98 [já declarado inconstitucional pelo STF]) não textualiza (ou textualizava) que o ICMS nela se contenha (ou contivesse). É equivocada a livre interpretação fazendária tanto do "caput" do art. 3° como do seu inconstitucional § 1°,*

desprovida de razoabilidade e perpetrada em absoluta oposição ao conceito usual de direito privado (art. 110 do CTN), que malfere, ainda, a literalidade do conceito de faturamento apropriado pelo art. 195, I, "b", da CF/88.
5. O RE n° 240.785/MG, se, por um lado, tem a força necessária para afastar a tributação vindoura (a partir do trânsito em julgado), não a tem, entretanto, para autorizar pura e simplesmente a repetição do suposto indébito, não apenas porque não concluído o julgamento do precedente paradigma citado, mas já ante o fato de que a jurisprudência do STF tem-se inclinado para que a "modulação temporal" da eventual declaração de inconstitucionalidade se aplique, como no controle concentrado (ADIN, art. 27 da Lei n° 9.868/99), também na via do controle difuso (vide Informativo STF n° 463/2007 e RE-AgR n° 353.508/RJ).
6. A inclusão do ICMS derivava, não o bastante, de "interpretação" que o Fisco e a jurisprudência promoviam (de modo então sereno e convergente, sumulado). O fato novo ou a mudança de entendimento não pode, a bem da estabilidade das relações jurídicas, retroagir a ponto de dizer inexigíveis valores que, ao tempo em que recolhidos, ninguém duvidava que fossem exigíveis, pois não consulta à ordem jurídica o elemento surpresante com efeitos retroativos.
7. Agravo retido não provido. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, providas em parte: pedido procedente em parte.
8. Peças liberadas pelo Relator, em 28/10/2008, para publicação do acórdão.

Opostos embargos declaratórios por **Guavirá Industrial e Agroflorestal Ltda.** (fls. 689/695), foram improvidos (fls. 740/744).

Interpostos, em seguida, embargos aclaratórios por ambas as partes litigantes (fls. 748/750 e 755/775), foram rejeitados (fls. 792/799).

Nas razões do recurso especial, violação aos arts. 535 do CPC/73; 73, 74 da Lei 9.430/96; 37, § 4º, da Lei 9.250/95; e 27 da Lei 9.868/99. Sustenta, em síntese, que: (I) a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* remanesceu omisso acerca das questões neles suscitadas; (II) uma vez reconhecida a impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, necessário o reconhecimento do direito à repetição/compensação do indébito; e (III) de acordo com a norma de regência, na declaração de inconstitucionalidade, "*a modulação de efeitos é matéria de competência exclusiva do órgão plenário do E. Supremo Tribunal Federal"* (fl. 813),

pelo que andou mal a Corte de origem quando restringiu "*os efeitos de sua decisão para impedir o direito de repetição do indébito e possibilitar que apenas após o trânsito em julgado é que a Recorrente poderá deixar de incluir o ICMS na base de cálculo das contribuições vincendas"* (fl. 813).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 - devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

A pretensão recursal merece acolhida pelo art. 535 do CPC/73.

Ao julgar o apelo ordinário, a Corte Regional assim deliberou acerca do pleiteado direito à repetição do indébito (fl. 683):

> *Não há falar, assim, por agora ao menos, em repetição do indébito e, de conseqüência, em definir consectários e limitações ao futurível acerto de contas dos recolhimentos pretéritos, sendo possível, apenas, assegurar, como se assegura (e só a partir do trânsito em julgado desta decisão), o afastamento do ICMS das respectivas bases de cálculo dos tributos em comento.*

Foram, então, opostos embargos de declaração, nos quais a parte ora recorrente pleiteou esclarecimentos nos seguintes termos (fl. 692):

> *Ao analisar o feito, não obstante o reconhecimento do indébito, esta C. Turma acabou não se pronunciando sobre a questão atinente ao direito de repetição do valores pela Embargante, nos termos em que postulado, por entender que, diante da eventual modulação do direito de repetição pelo Plenário do STF no julgamento do Leading case, não haveria que se falar, "por agora ao menos, em repetição do indébito e, de conseqüência, em definir consectários e limitações ao futurível acerto de contas dos recolhimentos pretéritos".*
> *Todavia, se não há que se falar, por agora ao menos, em repetição de indébito, é porque o processo não poderia ser julgado agora. Por outro lado, se poderia ser julgado, deveria ter sido analisada a questão da repetição do indébito. Portanto,*

> *há omissão que merece ser sanada, sob pena de que não se tenha a devida prestação jurisdicional por esse E. Tribunal, inviabilizando inclusive o acesso da Embargante às instâncias superiores*.

O recurso integrativo foi, entretanto, improvido, nos termos do acórdão de fls. 740/744.

Apesar de novamente terem sido opostos embargos de declaração (fls. 755/775), o Tribunal de origem quedou-se silente sobre tal argumentação, rejeitando os pertinentes aclaratórios do ora agravante, em franca violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto não prestada a jurisdição de forma integral.

ANTE O EXPOSTO, dou provimento ao recurso especial de **Guavira Industrial e Agroflorestal Ltda.** por violação do art. 535 do CPC/73, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos aludidos embargos de declaração.

Publique-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator