

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 608.394 - SC (2014/0284020-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **AUTO VIACAO RAINHA- EIRELI**
ADVOGADOS : **DIOGO NICOLAU PITSICA - SC013950**
VERA BONNASSIS NICOLAU PITSICA - SC000903
MAURÍCIO NATAL SPILERE - SC034550
ANSELMO CERELLO - SC031519
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto pela AUTO VIAÇÃO RAINHA-EIRELI contra acórdão assim ementado (e-STJ fls. 815/816):

TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. TEMA Nº 69 STF. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO DE NATUREZA CONSTITUTIVA NEGATIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706), haja vista não consubstanciar receita.

Em que pese o reconhecimento acerca da não inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, não se está diante de uma ação, com pedido declaratório, de inexistência de relação jurídico-tributária. Trata-se de ação de natureza constitutiva negativa por meio da qual o devedor tem por finalidade modificar ou extinguir a relação processual existente na ação de execução conexa e onde a presunção de liquidez e exigibilidade do débito deveria ter sido refutada por prova trazida pela parte embargante.

Eventual cobrança indevida implica excesso de execução, matéria a ser provada nos embargos, competindo, pois, à parte embargante juntar todos os documentos que entende necessários para a demonstração de seu direito, juntamente com a petição inicial.

Foram opostos embargos de declaração. Na petição, a ora agravante sustentou: a) ausência de manifestação quanto à necessidade de produção probatória; b) suposta violação dos arts. 9º e 10 do CPC/2015 (e-STJ fls. 823/827).

A Corte Regional rejeitou os embargos de declaração sem menção aos questionamentos efetuados pelas empresas embargantes (e-STJ fls. 823/827).

Seguiu, então, recurso especial, por alegada violação do art. 1.022 c/c 489, §1º, IV, do CPC/2015. Também do mesmo diploma legal não teriam sido observados os arts. 9º, 10, 932, 933 e 938, §1º, podendo ser extraído o seguinte trecho de sua petição de interposição (e-STJ fls. 854/868):

Ocorre que o v. Acórdão proferido pelo e. TR4, em juízo de retratação, deixou de enfrentar importantes argumentos suscitados pela Recorrente, refutando a

análise da tese defensiva, de modo que, em atenção ao art. 1.022, II, do CPC, foram interpostos Embargos de Declaração, com vistas a sanar as seguintes omissões:

(I) Ausência de enfrentamento da tese concernente ao princípio da vedação à decisão surpresa (arts. 9º e 10 do CPC), em razão da fulminação da pretensão autoral – a pretexto de não haver prova de que o ICMS foi incluído no cálculo apresentado pela Recorrida – sem que sequer fosse a parte Recorrente intimada para se manifestar acerca da comprovação, ou não, do direito aventado;

(II) Ausência de apreciação de fundamento aventado pela Recorrente, no sentido de que, despontando superveniente necessidade de produção de prova pericial, incumbe ao órgão julgador determinar a reabertura da instrução, nos termos arts. 932, 933 e 938 do CPC, considerando que, em 1º Grau, houve julgamento antecipado do mérito, isto é, sem que houvesse dilação probatória. [...]

O Recorrente tem como justo invocar a negativa de vigência aos artigos 9º e 10 do CPC/15, pois restou cerceado, permissa venia, o constitucional direito de defesa da Recorrente, bem como violado o princípio da vedação à decisão surpresa, primado nos arts. 9º e 10 do CPC/15.

[...] Necessário que se observe, todavia, que tanto a r.Sentença quanto o Aresto inicialmente prolatado nesse e.Tribunal (ainda em 2014, antes da ascensão ao e.STJ) não adentraram no tema (necessidade de produção probatória). Ou seja, restou fulminada a pretensão autoral, data vênica, sem que sequer fosse a parte Recorrente intimada para se manifestar acerca da comprovação, ou não, do direito aventado, mormente quando a (des)necessidade de perícia (devidamente postulada) jamais foi alvo de apreciação em 1º grau.

3.2.3. Deste modo, é manifesta a negativa de vigência aos arts. 9º e 10, que trazem a seguinte redação:

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

3.2.4. *In casu*, sem que fosse a Recorrente intimada para se manifestar acerca da produção de provas, foram rejeitados os Embargos à Execução Fiscal, com base justamente na de ausência de provas do direito invocado.

[...] Da leitura dos dispositivos acima elencados, verifica-se que, vislumbrando a superveniente necessidade de prova pericial, competiria ao e.TRF4 anular a r.Sentença e determinar a reabertura da instrução ou, ainda, adotar as providências necessárias para suprir a ausência de produção probatória, a qual se mostrava imprescindível para o correto deslinde do feito.

3.3.2. Contudo, desconsiderando as particularidades do caso sub judice, limitou-se o e.TRF4, no v.Acórdão objurgado, a decidir pela inexistência de prova que comprove o sustentado nos Embargos à Execução [...]

Ora, deve-se considerar que, entre a interposição da Apelação (19/12/2012) e a recentíssima decisão proferida em juízo de retratação, houve transcurso de longo lapso temporal, no qual houve sensível alteração do posicionamento do e.TRF4 acerca dos requisitos probatórios em sede de embargos à execução fiscal. Esse o fato superveniente.

3.3.4. *Concessa venia*, com o desprovimento do apelo com base na ausência de provas (quando sequer formalmente indeferida a prova pericial postulada), tomou-se por inócuo o decidido pelo c.STF no que concerne ao Tema 69, deixando de aplicar o justo direito ao caso concreto sem antes oportunizar a complementação da instrução ou mesmo a manifestação da parte lesada.

Requereram, por fim, o provimento do recurso especial para que fosse: "anulado o feito a partir do julgamento dos Embargos de Declaração, por ofensa aos arts. 1.022 do CPC e 489, § 1º, IV, do CPC, retornando a origem para novo julgamento".

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 878/882).

O Tribunal de origem não admitiu o apelo extremo sob o fundamento de que a controvérsia possuía feição eminentemente constitucional (e-STJ fls. 886/889).

Irresignada, AUTO VIAÇÃO RAINHA-EIRELI interpôs agravo em recurso especial defendendo que a matéria devolvida à apreciação do Poder Judiciário é de caráter infraconstitucional. Repisou, em seguida, as violações legais que entendeu ocorridas (e-STJ fls. 897/909).

Passo a decidir.

Inicialmente, cumpre registrar que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo 3 do STJ).

Consta dos autos que se trata, originalmente, de embargos à execução fiscal ajuizados pela agravante com o objetivo de ver reconhecida nulidade das certidões de dívida ativa n. 91608001564-03 e n. 91708000173-62. O juízo de 1º grau julgou improcedente a ação (e-STJ fls. 478/498).

Seguiu-se apelação em cujo julgamento o Tribunal *a quo* entendeu, entre outros fundamentos, líquidas as certidões apresentadas e presente o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Sobrevindo agravo de recurso especial não admitido no Tribunal *a quo*, determinei a realização do juízo de conformação pela Corte de origem com o precedente do STF, bem como a devolução dos autos, com a respectiva baixa, para que essa providência fosse realizada (e-STJ fls. 756/757).

Em reexame, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que, em que pese o reconhecimento acerca da não inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS, o contribuinte deveria ter feito prova em sentido contrário ao disposto nas certidões de dívida ativa exequendas, em razão da presunção de liquidez e certeza dessas, a saber (e-STJ fls. 811/812):

Juízo de Retratação - ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS - Tema STF 69

Cinge-se a controvérsia à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, objeto do Tema STF 69.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706, com repercussão geral reconhecida, relatado pela Min. Cármen Lúcia, decidiu, por maioria, que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Ao finalizar o julgamento, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

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".

Contudo, vale registrar que a presente ação é de embargos à execução e visa, especificamente, a atacar o feito executivo. Dessa forma, mais do que sustentar direito em tese, incumbe à parte embargante demonstrar que tal direito foi efetivamente violado na execução.

Em que pese o reconhecimento acerca da não inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, não se está diante de uma ação, com pedido declaratório, de inexistência de relação jurídico-tributária. Pelo contrário, trata-se de ação de natureza constitutiva negativa por meio da qual o devedor tem por finalidade modificar ou extinguir a relação processual existente na ação de execução conexa e onde a presunção de liquidez e exigibilidade do débito deveria ter sido refutada por prova trazida pela parte embargante.

De nada adianta declarar, em embargos, ser ilegal ou inconstitucional a inclusão deste ou daquele tributo na base de cálculo desta ou daquela contribuição se não provado que, na execução, houve tal incidência. A pretensão a ser veiculada nos embargos não é meramente declaratória, nem é possível relegar-se a apuração da quantia correta para fase de liquidação, mormente quando a demonstração de excesso faz parte do objeto da ação. Eventual cobrança indevida implica excesso de execução, matéria a ser provada nos embargos.

Compete, pois, à parte embargante juntar os documentos necessários para a demonstração de seu direito, ou seja, escrita contábil e memória de cálculo. Inclusive é seu o ônus da juntada do processo administrativo.

Ademais, quando o crédito objeto da execução foi constituído por meio de declarações apresentadas pela própria embargante, conclui-se que é ela quem detém as informações acerca dos verdadeiros fatos geradores e bases de cálculo do débito cobrado, uma vez que foi ela quem informou e confessou a dívida ao Fisco.

Portanto, o ônus da prova é da embargante quanto ao fato constitutivo do seu direito e o momento oportuno para a apresentação de documentos é com a petição inicial, conforme entendimento firmado nos autos da AC nº 5004442-45.2015.4.04.7114, Primeira Turma, vencido o Relator Roger Raupp Rios, acórdão lavrado pelo Juiz Federal Marcelo de Nardi, julgado em 04/10/2018.

Na presente hipótese, a parte embargante não apresentou prova documental para comprovação da inclusão de montante relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Ademais, desistiu da prova pericial (evento 19). Assim, não demonstrado excesso de execução, deve ser mantida a sentença que reconheceu a higidez do título que embasa o feito executivo.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por, em juízo de retratação, previsto no artigo 1.040, II, do CPC, negar provimento à apelação.

Pois bem.

Tenho que o inconformismo sob exame merece prosperar quanto à alegada nulidade do julgado recorrido por violação do art. 1.022 do CPC/2015.

Do que se observa, as recorrentes opuseram embargos de declaração com o propósito de obter manifestação do Tribunal *a quo* acerca de ausência de manifestação quanto à necessidade de produção probatória e de suposta violação dos arts. 9º e 10 do CPC/2015.

Ocorre que, mesmo depois de oportunamente provocada mediante aclaratórios, a Corte de origem não se manifestou sobre os tópicos questionados, rejeitando o recurso integrativo com fundamentação genérica (e-STJ fls. 838/847).

Percebe-se, portanto, que, em relação aos argumentos ventilados pelas embargantes, o Tribunal *a quo* nada decidiu a respeito.

É cediço que o magistrado, desde que amparado em fundamentação suficiente, não está obrigado a responder a todos os argumentos suscitados pela parte.

Todavia, na espécie, as alegações apresentadas nos aludidos embargos de declaração, como visto, mostram-se relevantes para a solução da controvérsia, razão por que elas devem ser expressamente enfrentadas, até mesmo para fins de efetivo prequestionamento, sob pena de inviabilizar o acesso à instância especial, nos termos da Súmula 211 do STJ.

A ocorrência de vício de integração acerca de questão relevante justifica a nulidade do julgado recorrido por violação do art. 1.022 do CPC/2015.

A esse respeito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TESE DE CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO PARA FINS DE MORADIA. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. OMISSÃO. VÍCIO CONFIGURADO.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material.

2. No caso, não houve pronunciamento quanto à alegada nulidade da decisão administrativa de retomada do bem em virtude da existência de direito adquirido dos embargantes à concessão especial de uso para fins de moradia, nos termos dos arts. 1º da MP 2.220/01 e 183, § 1º, da CF/1988.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a parte deve vincular a interposição do recurso especial à tese de violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* mantém-se em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, ou, ainda, quando persista desconhecendo omissão ou

contradição arguida como existente no decisum.

4. Por estar configurada a agressão ao dispositivo da legislação processual, impõe-se a decretação de nulidade do acórdão que apreciou o agravo interno, a fim de que os vícios sejam sanados. [...]

(EDcl no AgInt no REsp 1.698.791/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 28/05/2019).

Reconhecido o vício de nulidade do acórdão recorrido, ficam prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso especial.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo em recurso especial e DOU PROVIMENTO ao recurso especial para anular o acórdão prolatado em sede de embargos declaratórios, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que este reaprecie os embargos de declaração e sane o vício de integração ora identificado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator