

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.834.924 - PE (2019/0257622-6)**

**RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
**RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL**  
**RECORRIDO : CRISTALPET DO BRASIL INDUSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**  
**ADVOGADOS : RODRIGO CORRÊA MATHIAS DUARTE E OUTRO(S) - SP207493**  
**DANIEL TEIXEIRA PEGORARO - SP196221**

**DECISÃO**

Trata-se de Recurso Especial, interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CPC. Os Recursos são definidos pela natureza do ato judicial: Sentença, Decisão Interlocutória ou Despacho. O Agravo de Instrumento, no Código de Processo Civil de 2015, consiste no Recurso que tem por Objeto a Relação Jurídica sobre Decisão Interlocutória, envolvendo tutelas distintas sobre duas situações jurídicas processuais: a Evidência e a Urgência. Não estão dissociadas na Finalidade ou Função do Recurso estritamente definido.

EVIDÊNCIA. Consiste na Situação Jurídica derivada da Relação Jurídica projetando a Pretensão à obtenção do dever jurídico, buscado pela Parte diante de Ato Jurídico Processual, e exposto no conjunto ou variedade de atos confluentes da Lide, da Causa, da Demanda ou dos Pressupostos Processuais. A Interlocução própria da Jurisdição é o princípio a estabelecer diretriz do Processo ou do Recurso, porquanto a Ação é proposta e o Recurso interposto, na dicção precisa de Pontes de Miranda. Os pressupostos Processuais e as Condições da Ação são elementos considerados, em cada etapa ou fase, com Atos Processuais, quando não incorrem, em cada caso, no exame dos Atos meramente ordinatórios, nos simples Despachos. Ou, nas hipóteses terminativas encerrando literalmente a Prestação Jurisdicional de Mérito com a Sentença, e/ou com a Execução.

URGÊNCIA. Como poder-dever cautelar busca no exame da situação, de ato ou fato jurídico, realçar a utilidade da Jurisdição de modo Imediato, a realização do Direito Objetivo e, de modo Mediato, o Direto subjetivo buscado no Pedido intercorrente para obtenção do Dever Jurídico; a Obrigação de quem de Direito. A Urgência está atinada sempre à Evidência.

O Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob a sistemática de Repercussão Geral, declarou a Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na Base de Cálculo das Contribuições para o PIS e COFINS, por não constituir o Tributo Estadual Receita ou Faturamento do Contribuinte/Pessoa Jurídica.

Agravo Interno/Regimental Improvido" (fls. 614/615e).

Opostos Embargos Declaratórios, restaram eles, assim, rejeitados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO(S) ACLARATÓRIO(S). DESPROVIMENTO.

I - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: têm a finalidade de suprir Omissão, eliminar Contradição e/ou desfazer Obscuridade. É Recurso Supletivo ao Julgado, visando esclarecer a dicção do direito objetivo, de modo imediato, e restabelecer o aclaramento da Relação Jurídica e suas diretrizes pelo Órgão Judicial. Trata-se de Recurso especialíssimo interposto no curso do exercício do Direito de Ação. Não é Recurso habilitado à rediscussão da matéria, quando não há ponto omissor a ser novamente posto e não desponha(m) Contradição e/ou Obscuridade na Motivação ou matéria factual. A rediscussão não configura pressuposto recursal específico.

II - O Acórdão assentou sobre a Inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na Base de Cálculo das Contribuições para o PIS e COFINS, por não constituir o Tributo Estadual Receita ou Faturamento do Contribuinte/Pessoa Jurídica, razão pela qual não se verifica(m) o(s) apontado(s) Vício(s) aclaratório(s), na temática versada no Julgado.

III - Quanto à Modulação dos Efeitos, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região considera prescindível aguardar-se o Trânsito em Julgado de Acórdão proferido em Recurso Representativo da Controvérsia para aplicação da Tese nele firmada, haja vista o disposto no artigo 1.040 do CPC/2015, que exige apenas a publicação do Acórdão paradigma para efeito de observância por parte dos demais Órgãos do Poder Judiciário

IV - Embargos de Declaração desprovidos" (fls. 673/674e).

Sustenta o recorrente violação aos arts. 1.022, II, e 1.040, ambos do CPC/2015; 97, IV e VI, do CTN; 2º, parágrafo único, da Lei Complementar 70/91; 3º, b,

da Lei Complementar 07/70; 2º e 3º, § 2º, ambos da Lei 9.718/98; 1º, § 3º, da Lei 10.637/2002; 1º, § 3º, da Lei 10.833/2003; 373, I, 485, IV, 320 e 434, todos do CPC/2015 e 1º da Lei 12.016/2009.

Alega, de início, que "omitiu-se o v. acórdão sobre o fato de que o valor do ICMS/ISS integra o preço da operação comercial para qualquer efeito, e esse valor incrementa a receita bruta da pessoa jurídica, devendo, pois, compor a base de cálculo não só do PIS, como também da COFINS" (fl. 708e); que "o julgado foi omissivo também por desconsiderar que o legislador ordinário estabeleceu como base de cálculo do PIS e da COFINS a RECEITA BRUTA e não a receita líquida, ou algo que ficasse no meio do caminho entre esses dois conceitos" (fl. 712e); que "ainda restou omissivo o acórdão em questão no que tange à necessidade de prova pré-constituída quando da impetração do Mandado de Segurança" (fl. 720e).

Afirma que "a decisão mais acertada seria a paralisação processual - sobrestamento do feito - para que se aguarde de fato o fim do processo julgado sob o tema de nº 69 junto ao STF e seja de fato aplicado à presente demanda o que restar decidido pelo Supremo" (fl. 724e); que, "face a não prolação de decisão no tocante à modulação, à ausência de encerramento do processo com conseqüente decisão definitiva no âmbito do STF e ao cabimento de recurso frente a decisão a que se refere, o sobrestamento do presente feito é medida que se impõe" (fl. 724e).

Aduz que "o v. acórdão recorrido, ao autorizar dedução da base de cálculo do PIS e da COFINS, não prevista em lei, acabou contrariando o disposto no art. 97, IV e VI, do CTN" (fl. 730e); que não poderia ter sido "reconhecido o direito de compensação do contribuinte, sem que ele houvesse juntado aos autos prova pré-constituída do direito líquido e certo" (fl. 731e).

Requer, ao final, "preliminarmente, o conhecimento e provimento do presente recurso especial TENDO EM VISTA O ENTENDIMENTO DO STJ NO RECURSO REPETITIVO RESP Nº 1.144.469/PR QUE DEVE SER APLICADO AO CASO DOS AUTOS. Caso não seja provido o Recurso Especial, que o Acórdão ora recorrido seja declarado nulo, relativamente à omissão destacada pela Fazenda Nacional nos seus embargos de declaração, e seja determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem para nova manifestação sobre a matéria omitida, efetivando-se integralmente a prestação jurisdicional. Caso assim não entenda esse eg. Tribunal Superior, então que o acórdão regional seja provido no sentido de não ser aplicado ainda ao caso dos autos o RE 574.706, tendo em vista a ausência do trânsito em julgado do mesmo; que seja reconhecida a legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em derradeiro, o provimento do recurso especial, eis que ausente a prova pré-constituída quando da impetração do Mandado de Segurança . Isto porque, o decisum em tela não observou que o

suposto direito à compensação deve se dar nos termos do delineado no RESP representativo da controvérsia n.º 1.111.164-BA" (fl. 735e).

Contrarrazões apresentadas (fls. 737/757e), foi o Recurso admitido na origem (fls. 775/776e).

A irresignação não merece prosperar.

De início, em relação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido não incorreu em qualquer vício, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente.

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 1.666.265/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/03/2018; STJ, REsp 1.667.456/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2017; REsp 1.696.273/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017.

Não há que se falar em omissão do Tribunal de origem, se a questão sequer foi suscitada em sede de Embargos de Declaração, porquanto configura-se indevida inovação recursal, além de a matéria estar acobertada pela preclusão consumativa.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

**"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MULTA APLICADA PELA ANS. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. ATIVIDADE DE INSTRUMENTAÇÃO CIRÚRGICA. RECUSA DA OPERADORA. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA.**

1. Ao fundamentar o pedido de reconhecimento de violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, a recorrente alega: "A propósito, observa-se que a fundamentação apresentada no voto que conduziu a definição espelhada no acórdão recorrido, não analisou com a merecida atenção a questão de fato em que se assentou a autuação da ANS, tal como arguido pela recorrente, já na petição inicial (item 2.3 - Da inexistência de prova do desembolso). No caso concreto, não há nos autos do referido processo administrativo (e tampouco nos presentes autos), recibo que ateste ter havido a cobrança de honorários de instrumentador cirúrgico reclamada pela beneficiária perante a ANS, o que torna equivocada a autuação da ANS, também

sob o aspecto fático. Esta matéria, de absoluto relevo para o desate da discussão, não foi apreciada pelo acórdão recorrido, mesmo provocado em sede de embargos de declaração" (fls. 512-513, e-STJ).

**2. A tese apresentada não foi objeto dos Embargos de Declaração opostos na origem, caracterizando inovação recursal suscitar a questão em Recurso Especial. Precedentes do STJ.**

3. Quanto à alegação de ofensa dos arts. 1º, 3º e 4º, XXIII, da Lei 9.961/2000; 1º, I e I e §§ 1º e 2º, da Lei 9.656/1998; 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999; e 926 e 927, caput e § 4º, do CPC/2015, ela não merece prosperar, uma vez que o debate proposto no Recurso Especial não foi apreciado pelo Tribunal de origem. É necessária a efetiva discussão do tema pelo Tribunal a quo para que se tenha cumprido o requisito do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Incidência da Súmula 211 do STJ.

4. No mérito, cinge-se a controvérsia em definir a obrigatoriedade de cobertura, por parte das operadoras de plano de saúde, da despesa relacionada aos honorários do instrumentador cirúrgico em caso de intervenção cirúrgica.

5. O art. 12, II, "c", da Lei 9.656/1998 prevê que, em caso de internação hospitalar, cumpre ao plano de saúde cobrir despesas relacionadas à alimentação, honorários médicos e serviços gerais de enfermagem, o que inclui as despesas relacionadas à atividade de instrumentação cirúrgica, pois intrínseco ao procedimento realizado. Precedente: REsp 1.821.860/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 30/8/2019.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido" (STJ, REsp 1.822.089/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/11/2019).

Quanto à alegação de violação ao art. 1.040 do CPC/2015, ressalto que, nos termos do entendimento firmado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a existência de precedente firmado pelo Plenário do STF em julgamento de recurso com repercussão geral, de caráter vinculante e obrigatório, autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, não tendo que se falar em sobrestamento do presente feito ao argumento de eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 18/9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 30/5/2016; AgInt no RE nos EDcl no REsp 1.214.431/RJ, Rel.

Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 22/8/2018; AgInt no AREsp 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/5/2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/8/2018; AgRg no REsp 1.574.030/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2019" (STJ, AgInt no REsp 1.840.083/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/11/2019).

No que concerne à alegada violação ao art. 97 do CTN, tem-se que este dispositivo reproduz o Princípio da Legalidade Tributária, norma prevista no art. 150, I, da Constituição Federal, tratando de limitação ao poder de tributar. Nesse aspecto, é assente a jurisprudência desta Corte no sentido de que não pode ser examinada eventual ofensa do referido dispositivo legal em sede de Recurso Especial, sob pena de violação a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, do permissivo constitucional.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. RECOMPRA DE ORTN'S. APLICABILIDADE DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 2.065/83 C/C OS ARTS. 3º, II, §1º E 4º, II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI 2.072/83. FUNDAMENTO AUTÔNOMO INATACADO. SÚMULA 283/STF. INSURGÊNCIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. ART. 97, I, DO CTN. REPRODUÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 150, I, DA CF. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Constatado que a Corte a quo empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. O fundamento autônomo do acórdão recorrido, relacionado à aplicabilidade do art. 5º do Decreto-Lei 2.065/83 c/c os arts. 3º, II, §1º e 4º, II, parágrafo único, do Decreto-Lei 2.072/83 ao caso concreto, não foi impugnado. Aplica-se, no ponto, a Súmula 283/STF.

**3. O art. 97 do CTN reproduz a norma encartada no art. 150, I, da Constituição da República (Princípio da Legalidade Tributária) e sua análise implica apreciação de questão constitucional, o que é inviável em sede de recurso especial.** Nesse sentido: AgRg no REsp 1.176.217/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/9/2010; AgRg no REsp 1.154.339/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 26/08/2010 e REsp 753.562/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki,

Primeira Turma, DJe 2/2/2010.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.260.055/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/11/2013).

Quanto à alegada ofensa aos arts. 373, I, 485, IV, 320 e 434, todos do CPC/2015 e 1º da Lei 12.016/2009, o Recurso Especial não ultrapassa a admissibilidade, ante o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada").

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, é necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não ao caso concreto.

Nesse contexto, por simples cotejo das razões recursais e os fundamentos do acórdão, percebe-se que a tese recursal vinculada aos dispositivos tidos como violados não foi apreciada no voto condutor, sequer de modo implícito, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA N. 284 DO STF. PREQUESTIONAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SUMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A deficiência na fundamentação do recurso, de modo a impedir a compreensão da suposta ofensa ao dispositivo legal invocado, obsta o conhecimento do recurso especial (Súmula n. 284/STF).

**2. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento, a teor da Súmula n. 282 do STF.**

3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos ou interpretação de cláusula contratual, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. No caso dos autos, a modificação das conclusões do acórdão recorrido, a respeito da conduta protelatória do agravante, para fins de

afastamento da multa por litigância de má-fé, demandaria análise do conteúdo fático dos autos.

5. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no AREsp 273.612/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 23/03/2018).

No mais, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela parte ora recorrida, objetivando seja reconhecido o direito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores cobrados indevidamente.

O Juízo **a quo** concedeu a segurança (fls. 513/517e). Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs recurso de Apelação.

Por sua vez, o Tribunal de origem negou provimento à Apelação, com fundamento no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, sob a sistemática de Repercussão Geral, Tema 69/STF (fls. 603/605e).

Verifica-se, portanto, que a controvérsia foi dirimida, pelo Tribunal de origem, sob enfoque eminentemente constitucional, competindo ao Supremo Tribunal Federal eventual reforma do acórdão recorrido, sob pena de usurpação de competência inserta no art. 102 da Constituição Federal.

Dessa forma, é inviável o exame da insurgência, tal como posta, em sede de Recurso Especial, que se restringe à uniformização da legislação infraconstitucional.

Ilustrativamente:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REAJUSTE DE VANTAGEM PESSOAL INCORPORADA JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DO APELO NOBRE.

1. Não ocorre julgamento extra petita quando o juiz aplica o direito ao caso concreto com base em fundamentos diversos dos apresentados pela parte. Não há falar, assim, em violação dos arts. 128 e 460 do CPC/1973.

**2. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamento eminentemente constitucional (art. 37, XIII, da Constituição Federal), circunstância que torna inviável o exame da matéria em sede de recurso especial.**

3. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.478.367/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA,



# *Superior Tribunal de Justiça*

DJe de 14/03/2018).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço parcialmente do Recurso Especial, e, nessa parte, nego-lhe provimento.

I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES  
Relatora