AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.502.055 - PE (2019/0135176-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	BONANZA SUPERMERCADOS LTDA
ADVOGADO	:	DANIELLA MEDEIROS RÊGO E OUTRO(S) - PE018881

EMENTA

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, DO CPC2015. OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.021, §2º, CPC/2015), CONHECER DO AGRAVO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (ART. 932, V, CPC/2015 C/C ART. 253, PARÁGRAFO ÚNICO, II, C, RISTJ).

DECISÃO

Trata-se de agravo interno para levar ao crivo do órgão colegiado julgado monocrático onde foi negado conhecimento ao agravo em recurso especial por considerar que o tema já havia sido objeto de julgamento em sede de recurso repetitivo, consoante o disposto no art. 1.030, § 2º, do CPC/2015.

Alega a agravante que deve ser conhecido o agravo em recurso especial e julgado o mérito do recurso especial na medida em que a hipótese não é de aplicação do § 2º do art. 1.030 do CPC/2015, pois seu recurso especial não deixou de ser conhecido em razão de entendimento do STJ exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos, tendo sido utilizado repetitivo julgado pelo STF. Afirma que o recurso especial também trata de questões autônomas à questão da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, como a aplicação da multa prevista no art. 1.026, do CPC/2015, e tais questões têm, claramente, natureza infraconstitucional.

É o relatório. Passo a decidir.

Com razão a agravante FAZENDA NACIONAL. Efetivamente, a decisão de admissibilidade do recurso especial constante das e-STJ fls. 722/723 está calcada no fato de que a Corte de Origem considerou o julgamento efetuado pelo STF no RE 574.706/PR, sob o regime do art. 1.036 do CPC (Repercussão Geral-Tema 69), no sentido de que "*o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*", como prejudicial ao mérito do recurso especial. A negativa de seguimento do recurso especial, portanto, não foi calcada no art. 1.030, I, "b" e §2º, do CPC/2015, como o foi a do recurso extraordinário, mas sim no art. 1.030, V e §1º, do CPC/2015. Desse modo, cabível o agravo em recurso especial.

Já no exame do recurso especial, ali foram apontadas violações ao art. 1.022 e 1.026, do CPC/2015, sob o argumento de que o julgamento proferido tratou de tema estranho à lide, tendo julgado a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, quando o pedido feito na inicial seria referente a outro tema.

De fato, em exame superficial feito na petição inicial, colhe-se que a CONTRIBUINTE entende que o ICMS pago antecipadamente, instituído pelo Estado de

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8C3EDE41-95DA-4EF3-A31D-A5EB9064E431

PERNAMBUCO deveria integrar o custo do produto adquirido, o que ensejaria créditos das Contribuições para o PIS e para a COFINS, nos termos do art. 3°, inciso I, §3°, inciso II da Lei n.° 10.637/2002, e art. 3°, inciso I, §3°, inciso II da Lei n.° 10.833/2003, o que não é reconhecido pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - RFB, consoante a Solução de Consulta n. 61, de 22.04.2009.

Dito de outra forma, a Corte de Origem teria julgado pela EXCLUSÃO do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS **enquanto que o pedido feito na inicial teria sido o de INCLUSÃO do ICMS pago por antecipação na base de cálculo, não das contribuições, MAS DOS CRÉDITOS gerados dentro da sistemática da não-cumulatividade das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS**. Temas completamente diversos e sem qualquer conexão.

Aliás, o compulsar dos autos revela que o equívoco teria sido alertado não só pela FAZENDA NACIONAL mas pela própria CONTRIBUINTE ao longo de todo o processo e em sede de embargos de declaração de e-STJ fls. 580/585.

Nestas condições, não resta outra solução que dar provimento ao recurso especial fazendário para anular integralmente os acórdãos proferidos pela Corte de Origem às e-STJ fls. 569/574, 619/626 e 647/652 (consequentemente a multa aplicada) e determinar o retorno dos autos a fim de que o tribunal a quo se manifeste sobre a real questão posta a julgamento, qual seja: a possibilidade ou não de o ICMS pago por antecipação gerar créditos dentro da sistemática não cumulativa das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, tema que, repete-se, em tudo diverge do Tema n. 69 julgado em repercussão geral pelo STF.

Desta forma, há evidente omissão que não foi sanada por via dos aclaratórios interpostos na origem, gerando assim a violação ao art. 1.022, do CPC/2015, cujo exame por este STJ é inafastável. Confira-se jurisprudência correspondente construída na vigência do art. 535, do CPC/1973:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. **RECURSO ESPECIAL QUE FUNDOU-SE UNICAMENTE NA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC**. ARESTO PARADIGMA EM CONFRONTO COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO ARESTO EMBARGADO. POSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL PORQUANTO O APELO ESPECIAL SUSTENTA MALFERIMENTO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL FEDERAL. COMPETÊNCIA OUTORGADA AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
>
> 1. A competência constitucional outorgada pela Carta Maior ao Superior Tribunal de Justiça determina sua atuação na uniformização do entendimento na aplicação da legislação infraconstitucional federal.
>
> 2. **Fundando-se o recurso especial unicamente na potencial violação de legislação infraconstitucional, *in casu*, o art. 535 do CPC, revela-se mister o conhecimento do recurso especial**, mesmo em sendo o tema de fundo eminentemente constitucional, sob pena de prejudicar a parte diligente no cumprimento dos requisitos essenciais à admissão dos recursos destinados às Cortes Superiores.
>
> 3. Embargos de divergência acolhidos para anular e fazer prevalecer a orientação firmada no acórdão colacionado como paradigma, impondo a análise da alegada violação do art. 535 do CPC, veiculada no recurso especial (EREsp Nº 325.425 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10.12.2003).
>
> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – **RECURSO ESPECIAL CUJO**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8C3EDE41-95DA-4EF3-A31D-A5EB9064E431

> **OBJETO ERA O RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** QUANDO DA ANÁLISE, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL – ARESTO PARADIGMA CARACTERIZADOR DA DIVERGÊNCIA – POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TÃO-SÓ COM BASE NA VULNERAÇÃO A DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS PARA QUE SEJA APRECIADA NO RECURSO ESPECIAL A OCORRÊNCIA, OU NÃO, DAS EIVAS APONTADAS PELA PARTE RECORRENTE.
>
> A análise, em recurso especial, das pechas contidas no art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem se pronuncia acerca de matéria envolvendo dispositivos constitucionais, não arreda a competência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a decisão a ser proferida estará circunscrita ao exame de norma inserta em lei federal.
>
> **Na violação ao art. 535 do CPC, não pode esta Corte Superior de Justiça escusar-se da apreciação dessa matéria,** a pretexto de que o tema de fundo é de cunho constitucional. Se a prestação jurisdicional do Tribunal de origem não foi completa quando da análise de controvérsia constitucional, **cabe a este Sodalício, na condição de Corte Superior de Direito Federal, verificar se a Corte *a quo* incorreu nas pechas de omissão, obscuridade ou contradição,** sem que isso implique em penetrar na matéria afeta ao Supremo Tribunal Federal.
>
> Embargos de divergência acolhidos, uma vez que, além do acima exposto, outra solução, em tese, inviabilizaria o acesso ao recurso extraordinário.
>
> Decisão por unanimidade (EREsp Nº 162.765 - PR, Primeira Seção, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 25.4.2001).

Consoante a Súmula n. 568/STJ: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*".

Desta forma, nos termos do art. 1.021, §2º, do CPC/2015, entendo por bem DAR PROVIMENTO ao agravo interno para, em juízo de RETRATAÇÃO, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, *c*, do RISTJ, CONHECER DO AGRAVO para DAR PROVIMENTO ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 8C3EDE41-95DA-4EF3-A31D-A5EB9064E431