RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.221 - MG (2019/0148196-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE	:	ORTENG EQUIPAMENTOS E SISTEMAS S.A
ADVOGADO	:	MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - MG064029
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

EMENTA

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, DO CPC2015. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO (ART. 932, III E IV, DO CPC/2015 C/C ART. 255, § 4º, I E II, RISTJ).

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que excluiu o ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS e realizou modulação do julgado para reconhecer o direito à repetição de indébito apenas após o trânsito em julgado, consoante a seguinte ementa (e-STJ fls. 535/542):

> CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – **ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO** – PENDÊNCIA DO RE Nº 240.785/MG – INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98 (STF) – INTERPRETAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA DESAUTORIZADAS DESDE ENTÃO – ICMS: RECEITA ESTADUAL – **"MODULAÇÃO" DO TERMO DE EFICÁCIA: A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO –.**
>
> 1. 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 nº 68 e nº 94 e SÚMULAS do ex-TFR nº 175 e nº 258.
>
> 2. Em guinada jurisprudencial (interpretativa) capitaneada pelo STF (RE nº 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.
>
> 3. A definição de "receita bruta" (§1º do art. 3º da Lei nº 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. 3º como do seu inconstitucional § 1º, desprovida de razoabilidade e perpetrada em absoluta oposição ao conceito

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: 8E0C9114-AD9D-42FA-8FD4-67FED78EC8C2

> 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.
> 4. O RE nº 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 nº 9.868/99), também na via do controle difuso (vide Informativo STF nº 463/2007 e RE-AgR nº 353.508/RJ).
> 5. 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.
> 6. Apelação provida em parte: segurança concedida em parte.
> 7. Peças liberadas pelo Relator, em 09/09/2008, para publicação do acórdão.

Os primeiros embargos de declaração interpostos restaram rejeitados, contudo foi aplicada a "decadência quinquenal" prevista no RE n. 566.621/RS (e-STJ fls. 577/581).

Já os segundos aclaratórios também foram rejeitados (e-STJ fls. 598/602).

Alega a recorrente que houve violação ao art. 535, I, do CPC/1973. Afirma que a decisão da Corte de Origem, ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, mas tão somente a partir do trânsito em julgado do mandado de segurança, entrou em contradição e violou dispositivos de natureza infraconstitucional, notadamente o art. 170, do CTN, bem como o art. 74, da Lei n. 9.430/96, que autorizam a compensação de créditos tributários vencidos ou vincendos. Afirma que a contradição reside no fato de que a Corte de Origem registrou que somente o STF poderia modular os efeitos do julgado, no entanto acabou por modular ele mesmo o julgado em questão. Procura demonstrar o dissídio (e-STJ fls. 607/623).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 717/721.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 739/740).

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso foi interposto na vigência do CPC/1973, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo Nº 2: *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (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"*.

O caso concreto envolve Mandado de Segurança impetrado com a finalidade de garantir o direito da empresa de não se sujeitar ao recolhimento da contribuição do PIS e da COFINS incidentes sobre às parcelas recolhidas aos Estados da Federação a título de ICMS, bem como a declaração do seu direito à compensação dos valores recolhidos

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: 8E0C9114-AD9D-42FA-8FD4-67FED78EC8C2

indevidamente ao erário.

Com efeito, a Corte de Origem, ao efetuar o julgamento da causa, entendeu por aplicar de forma analógica o art. 27, da Lei n. 9.868/99, a exemplo do que o faz o Supremo Tribunal Federal (já que ainda não vigente o CPC/2015), a fim de modular os efeitos da sua decisão, permitindo a repetição de indébito somente para pagamentos do tributo (com inclusão do ICMS) efetuados após o trânsito em julgado. Para isso, citou precedentes do STF onde a modulação foi discutida. Transcrevo trechos de interesse do acórdão (e-STJ fls. 538/540):

> Restam, entretanto, como discussões remanescentes, o exame do direito ou não à repetição do indébito; o prazo decadencial eventualmente aplicável; e, se o caso, os requisitos para compensação e a metodologia para cálculo do montante compensando, se tal houver.
>
> O pendente RE nº 240.785/MG (acima noticiado), apontando que o STF, ao que tudo indica, **poderá concluir** pela inexigibilidade da exação, 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.
>
> **Explica-se**: a Lei nº 9.868/99, que, em princípio, regularia apenas o processo de controle concentrado de constitucionalidade (STF, pela via da ADIN e ADECON), assim preceitua:
>
>> *Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento** que venha a ser fixado.*
>
> A "modulação" da data de início ou da retroação ("*ex nunc*", "*ex tunc*" e "*pro futuro*") dos efeitos práticos de eventual declaração de inconstitucionalidade, portanto, **é poder do STF**, o que, conforme o caso, eliminará o direito do contribuinte à repetição do indébito, se "*razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*" assim o indicarem (a declaração de "constitucionalidade", noutro sentido, tem sempre efeitos "ex tunc", perenizando, quando o caso, a presunção - antes relativa - de constitucionalidade).
>
> Em julgamento (também pendente), contudo, o STF vai além e afirma que a "modulação" também estaria autorizada nos processos de controle de constitucionalidade pela **via difusa** (Recurso Extraordinário). É ler-se (Informativo STF nº 463, de ABR 2007):
>
> [...]
>
> A repetição, pois, reclama conclusão do julgamento dos recursos extraordinários de modo a aferir se, de fato, a inexigibilidade do tributo será mantida e, ainda, se induzirá ou não e em que medida direito à repetição: deve-se aguardar que o STF, pois, defina a data de início da eficácia de sua decisão, se retroativa (e desde quando) ou se apenas "pro futuro".
>
> O entendimento ora exposto mais se reforça na medida em que, lendo-se a Lei nº 9.718/98 (art. 2º e art. 3º), vê-se que ela não trata expressamente do ICMS.
>
> Sua inclusão na base de cálculo, ao longo dos anos que precederam o recente entendimento do STF, derivava de "interpretação" que o Fisco e a jurisprudência promoviam (de modo então sereno e convergente,

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: 8E0C9114-AD9D-42FA-8FD4-67FED78EC8C2

> sumulado).
>
> **O fato novo (guinada jurisprudencial) 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 assim o fossem (a hipótese é até – como acima apontado - "sumulada" [pelo ex-TFR e pelo STJ], sendo a função precípua da súmula exatamente estancar inquietudes).**
>
> O que o STF, na prática, fez – mantido o entendimento até aqui por seus membros professado - foi, em tudo, semelhante ao labor que realiza quando, no controle concentrado de constitucionalidade, finda declarando determinada "interpretação inconstitucional" sem, todavia, redução do seu texto: afirma que dada norma é constitucional desde que interpretada de tal ou qual maneira, hipótese em que a "modulação dos efeitos" é ainda mais usual, pois, como dito, norma alguma seria expurgada do mundo jurídico, seja por nulidade ou inexistência, já que a "interpretação conforme sem redução de texto" a tanto não chega, **mantendo-se a constitucionalidade da norma em si**, eliminando-se tão-somente a reputada interpretação dissonante (fala-se, portanto, em constitucionalidade condicionada a certa interpretação).
>
> **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.**

Desse modo, resta ausente qualquer contradição no julgado e o recurso não merece provimento quanto ao ponto, consoante multifários precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, para exemplo:

> PROCESSUAL CIVIL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS ASSOCIADOS PARA DEMANDAR. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF (RE 573.232/SC). ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NO JULGADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.
>
> 1. Esta Corte Especial ao adequar o julgado ao RE 573.232/SC, por bem autorizou a regularização da autorização para a propositura da ação inicial, tendo em vista o lapso temporal (ação proposta em 2001) e o julgamento favorável do mérito pelo TJMG, configurando tal medida a mais adequada, em homenagem aos princípios da economia processual e da não surpresa.
>
> 2. Ademais, verifica-se que a APLEMG já cumpriu com as determinações contidas no acórdão (fls. 1.150/1.165) quanto a autorização da Assembleia e a relação nominal dos associados representados no ato da propositura da ação.
>
> 3. O art. 2o.-A da Lei 9.494/1997 já foi objeto de discussão implícita e o art. 5o., LIV e LV da CF/88, não cabe a manifestação desta Corte acerca de dispositivos constitucionais.
>
> 4. Embargos de Declaração do ESTADO DE MINAS GERAIS rejeitados (EDcl nos EREsp. n. 953.431 / MG, Corte Especial, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 15.03.2017).

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: 8E0C9114-AD9D-42FA-8FD4-67FED78EC8C2

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. RESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTA DO PIS E DA COFINS SOBRE RECEITA FINANCEIRA MEDIANTE DECRETO DO PODER EXECUTIVO N. 8.426/2015. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE CREDITAMENTO EM LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO STJ. COMPETÊNCIA DO STF.
> 1. Inexiste ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.
> 2. A controvérsia veiculada nos autos diz respeito à legalidade do Decreto n. 8.246/15, que, ao restabelecer as alíquotas do PIS e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, no regime não cumulativo, deixou de prever a possibilidade de creditamento do montante pago a esse título em operações anteriores.
> 3. A instância ordinária decidiu a controvérsia afirmando que o regime não cumulativo do PIS e da COFINS foi relegado à disciplina infraconstitucional, pelo que, não havendo previsão legal para apuração de créditos dessas exações sobre receitas financeiras, fica inviável o pleito. Ao assim decidir, colocou em discussão os limites da autorização constitucional para a implementação do regime não cumulativo das contribuições ao PIS e à CONFINS.
> 4. A fundamentação do acórdão combatido teve por objeto o exame da legislação federal sob o enfoque de sua conformidade constitucional, atraindo a competência do Supremo Tribunal Federal para o deslinde da controvérsia.
> 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido (REsp. n. 1.642.490 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 21.03.2017).

Já em relação à alegada violação ao art. 170, do CTN, e art. 74, da Lei n. 9.430/96, o recurso especial não merece conhecimento, visto que não prequestionados os dispositivos legais pela Corte de Origem (incidência da Súmula n. 211/STJ: "*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo"*). De observar também que a decisão foi calcada no art. 27, da Lei nº 9.868/99 (que trata de modulação), aplicado de forma analógica, não tendo que ver com os comandos legais insculpidos nos artigos de lei invocados no recurso especial que tratam apenas de compensação (incidência da Súmula n. 284/STF). Ou seja, nenhuma dessas normas legais possui comando explícito ou implícito que abone a tese da recorrente de que impossível à Corte de Origem efetuar a modulação.

Incide na espécie, por analogia, o enunciado n. 284, da Súmula do STF: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*". Precedentes:

> "*2. O dispositivo legal supostamente violado - art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal - possui comando normativo dissociado das razões recursais, na parte em que se aponta nulidade do acórdão dos embargos infringentes com base nas alegações de reformatio in pejus e ofensa ao contraditório e ampla defesa.Aplica-se, no particular, o óbice*

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: 8E0C9114-AD9D-42FA-8FD4-67FED78EC8C2

> *contido no enunciado n.° 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal*" (AgRg no REsp 1438740 / PE, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26.08.2014)
>
> "*[...] a impertinência do dispositivo legal apontado como violado, no sentido de ser incapaz de infirmar o aresto recorrido, revela a deficiência das razões do recurso especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*'" (AgRg no AREsp 144.399/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 18/06/2012).
>
> "*1. O artigo de lei apontado como violado não possui comando normativo capaz de respaldar a tese da recorrente e infirmar o fundamento do acórdão atacado, porquanto não induz ao direito pleiteado, uma vez que se reporta tão somente aos percentuais mínimos a serem observados no caso de vendas a prazo. Assim,incide, na espécie, a Súmula 284/STF*" (AgRg no REsp 1219009 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 15.10.2013).

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*".

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III e IV, do CPC/2015 c/c o art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, CONHEÇO EM PARTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO.

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: 8E0C9114-AD9D-42FA-8FD4-67FED78EC8C2