

**EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.609.298 - PR
(2019/0321692-5)**

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
EMBARGANTE : MASCARELLO CARROCERIAS E ÔNIBUS LTDA
EMBARGANTE : COMIL SILOS E SECADORES LTDA
ADVOGADO : MICHELE JACOBBER PASQUALIN ZANETTE - PR031100
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela MASCARELLO CARROCERIAS E ÔNIBUS LTDA. e outra contra decisão de e-STJ fls. 907/909, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial.

Alegam que há omissão na decisão impugnada, pois teria deixado de se pronunciar quanto às preliminares arguidas no apelo especial de nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* (negativa de vigência dos arts. 489, § 1º, III, IV, VI e 1.022 do CPC/2015), bem como nulidade do acórdão recorrido em razão da ocorrência de julgamento *citra petita*, (contrariedade dos arts. 342, I, 490 e 492 do CPC/2015 e do art. 303, I do CPC/73).

Decorrido *in albis* o prazo para impugnação (e-STJ fl. 923).

Passo a decidir.

Com efeito, o recurso especial em epígrafe também alegou suposta nulidade do acórdão recorrido por violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, e a decisão embargada deixou de se manifestar sobre esse ponto da insurgência recursal.

Todavia, esse equívoco, ora sanado, em nada altera a conclusão do julgado, visto que, sob esse aspecto, o recurso também não merece provimento, tendo em vista que, ao contrário do sustentado pelos embargantes, o Tribunal *a quo* se manifestou de forma expressa e clara a respeito das omissões arguidas, conforme se depreende dos trechos a seguir transcritos dos acórdãos proferidos pela Corte Regional:

[E]m sede de juízo de retratação, tenho que o pedido formulado pela parte autora merece acolhida, na medida em que, na esteira do entendimento fixado pelo STF o ICMS não deve compor a base de cálculo da Cofins e do Pis, seja considerando o faturamento, ou a receita.

Cumprido registrar, todavia, que a presente ação deve produzir efeitos apenas até 31/12/2014, na medida em que a partir de 1º de janeiro de 2015 passou a vigor a Lei n. 12.973/2014, que alterou o quadro normativo da matéria e não foi expressamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, pretendendo a parte autora a produção de efeitos já sob a égide da novel legislação, entendo que deverá ajuizar ação própria a fim de impugnar os preceitos de tal norma, já que tal regramento não faz parte do objeto do presente feito.

Quanto à eficácia de provimento judicial referente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, efetivamente, há de se observar qual o litígio material deduzido na relação processual, a fim de que se distinga exação relativa ao período anterior e posterior à Lei n. 12.973/2014, em

vigor a partir de 01/01/2015. De outro modo, incorreríamos em dinâmica jurídica divorciada do edifício normativo, substituindo este, inadequadamente, por um conjunto de teses. Há também que se atentar para os limites do controle de constitucionalidade frente à divisão funcional dos poderes, que encontra explícitas restrições constitucionais inclusive em sede de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

Com efeito, em processos subjetivos, onde o controle de constitucionalidade exercido é concreto, o que se julga é a exigência tributária concreta, o que pressupõe a ocorrência do fato gerador à luz da lei vigente ao tempo de sua concretização. Não se julga uma tese abstrata, o que configuraria, até mesmo, hipótese de 'função consultiva prospectiva'.

De fato, não se pode estender, para o momento de incidência de uma lei futura, inexistente e, logicamente, fora do âmbito do litígio instaurado, decisão proferida para a relação jurídica pretérita, ainda que os figurantes na relação jurídica sejam os mesmos e seja idêntica a disciplina legal. O que se pode legitimamente esperar é que, em eventual litígio agora instaurado sob a nova lei, a decisão observará a jurisprudência anterior, uma vez demonstrado que nem o contexto fático, nem o jurídico abstrato, sofreram alteração.

O ordenamento jurídico não é composto de teses. Ele congrega o conjunto das relações jurídicas produzidas a partir da incidência da legislação vigente. A veiculação de teses, súmulas ou enunciados não substitui o direito vigente, muito menos acima dele deve pairar. Isso pode ser ilustrado até mesmo pelo histórico da matéria litigiosa nesse processo, que até muito recentemente contava com uma série de súmulas em desfavor do contribuinte e, diante de nova legislação, experimentou novo entendimento, ainda que muitos julgadores, em todas as instâncias, não tenham vislumbrado alteração normativa apta a tanto. Fossem teses em abstrato o objeto desse histórico de julgamentos e súmulas, estes seriam aplicados automaticamente aos novos diplomas legais, ensejando o insucesso da pretensão dos contribuintes.

Nesse sentido, a propósito, a distinção, já feita em outros casos, tanto em primeiro grau, quanto em segundo, dando pela necessidade de os contribuintes, sob a égide da nova legislação de 2014, pleitearem declaração de que, diante dessa nova incidência normativa, também não se sujeitaram à exigência tributária.

[...]

Note-se que pleitear a extensão de uma decisão referente à outra relação jurídica (pois instaurada sob outra norma, ainda que com conteúdo idêntico), iria muito além até mesmo da postulação de que no controle de constitucionalidade teríamos uma *causa petendi* aberta, aplicável para o futuro mesmo diante de modificações formais e temporais. Ademais, contrariaria a Lei n. 9.868/99, que determina, quanto ao julgamento, mesmo no controle concentrado, o conteúdo do dispositivo abranger a 'constitucionalidade ou inconstitucionalidade da disposição da norma impugnada, e não de uma tese.

Mais importante ainda seria criar uma espécie de efeito vinculante perante o legislador, o que ofenderia o art. 102, p. 2, da CRFB/88.

[...]

Além disso, a leitura das Leis n.º 12.973/2014 e n.º 9.718/1998 revela que há diferenças entre os textos normativos, como bem ilustra estudo especializado sobre o tema ...

Outro aspecto que se faz necessário salientar decorre do julgamento do STF no RE n.º 574.706. Não bastasse haver diferenças na letra da Lei, que ensejam diferentes resultados interpretativos, ainda que a redação fosse idêntica, não se pode considerar inválido, por inconstitucionalidade, dispositivo encartado na Lei n. 12.973/2014, quando o objeto do controle

de constitucionalidade realizado pelo STF no RE nº 574.706 foi a exigência com base em outro diploma legal.

De fato, o RE 574.706 origina-se da apelação em mandado de segurança nº 2006.70.00.030559-9/PR ajuizada em 2006, efetivamente o quadro normativo considerado no exame do feito não contemplava a Lei nº 12.973/2014. Nessa linha, o fato de alguns ministros, em suas razões de decidir, ao exporem o histórico legislativo, arrolarem diploma posterior à estabilização da lide, ocorrida muito antes (a apelação foi julgada em 2007), não significa declaração de inconstitucionalidade de lei cujos termos não foram objeto do litígio. Não somente porque houve alteração legislativa significativa, como também por se tratar de controle difuso concreto, ainda que com repercussão geral.

O acórdão proferido em sede de embargos de declaração ainda dispôs (e-STJ fl. 396):

O voto condutor do acórdão foi cristalino no sentido de que a Lei n. 12.973/2014 foi analisada e expressamente considerada, decidindo-se com fundamentos consistentes, os quais não podem ser alterados por meio de embargos declaratórios.

Em julgamento de novos embargos de declaração opostos pelos contribuintes, o Tribunal *a quo* assim se manifestou:

Os declaratórios objetivam suprir omissão e erro material no julgado, quanto à aplicação da tese firmada no tema 69 do STF também ao período posterior à vigência da Lei nº 12.973/2014 e ao julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.4.04.0000 por esta Corte.

[...]

Passo ao voto.

Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: a) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; c) corrigir erro material (CPC/2015, art. 1.022, incisos I a III). Em hipóteses excepcionais, admite a jurisprudência emprestar-lhes efeitos infringentes.

A parte embargante sustenta que a decisão recorrida foi omissa e apresenta erro material, devendo ser revista.

A questão já foi analisada no acórdão embargado, que entendeu que a Lei nº 12.973/2014 foi considerada, não podendo a condenação alcançar período posterior à sua vigência.

Assim, é caso de rejeição dos novos aclaratórios.

Acrescento, apenas, que o julgado foi proferido de acordo com as circunstâncias fáticas e o entendimento da turma existente à época da sua prolação, não podendo o entendimento ser alterado em razão, tão-somente, de alteração de entendimento decorrente do julgamento da arguição de inconstitucionalidade, o que inclusive motivou alteração da orientação da turma sobre a matéria.

De toda forma, ainda que alterado o entendimento em relação a casos outros, não há como se modificar o julgado em sede de embargos de declaração, quando ausente omissão, contradição ou obscuridade.

Diante desse cenário, emerge a conclusão de que pretende a embargante reabrir a discussão acerca de matéria que já foi apreciada e julgada no acórdão, sem que esteja ele eivado de quaisquer dos vícios sanáveis através dos aclaratórios.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por rejeitar os embargos de declaração.

A par disso, verifica-se que os arts. 342, I, 490 e 492 do CPC/2015 e o art. 303, I do CPC/73 não foram prequestionados pela Corte *a quo*.

Embora não seja exigida a menção expressa a dispositivo de lei federal, a admissibilidade do recurso na instância excepcional pressupõe que a Corte de origem tenha se manifestado sobre a tese jurídica apontada pelo recorrente. Esse é o entendimento consagrado na edição da Súmula n. 211 do STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Ressalte-se que o art. 1.025 do CPC/2015 dispõe que se "consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade".

A regra processual, portanto, exige o reconhecimento da violação do art. 1.022 do CPC/2015 para o fim de admissão do prequestionamento ficto, o que não ocorreu no caso dos autos.

Nesse sentido, entre outros: AgInt no AREsp 1.224.882/MA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 19/06/2018; AgInt no REsp 1.707.780/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018; AgInt no REsp 1.669.746/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 18/05/2018; AgInt no REsp 1.650.256/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 09/05/2018.

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, apenas para sanar a omissão acima identificada.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator