



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1807679 - PR
(2020/0298086-2)**

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : ICILEGEL INDUSTRIA E COMERCIO IBAITI LTDA
ADVOGADO : JULIO CESAR BARBEIRO CONSTANTINO - PR049742

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FATO SUPERVENIENTE. MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 69/STF. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA CONCLUSÃO DE JUÍZO DE CONFORMAÇÃO. ANULAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL.

1. De acordo com a norma prevista no art. 1.022 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão embargada.
2. Na hipótese, a embargante suscita fato superveniente, capaz de influir na correta aplicação, pela Corte de origem, do entendimento consolidado pelo STF no **Tema 69/STF**, a saber, a modulação dos efeitos no **RE 574.706**.
3. Nesse panorama, considerando-se a disposição inserta no art. 493 do CPC, de rigor a remessa dos autos à origem, a fim de que promova a conclusão do juízo de conformação previsto nos arts. 1.030 e 1.040 do CPC.
4. Por conseguinte, tendo em vista a reabertura da competência do Tribunal *a quo*, tem-se por não exaurida, ainda, a instância ordinária, impondo-se a anulação das decisões já proferidas no agravo em recurso especial epigrafado.
5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para anular as decisões de fls. 353/360 e 395/398 e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que conclua o juízo de conformação com o **Tema 69/STF**, nos termos dos arts. 1.030 e 1.040 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam

os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 11 de outubro de 2021.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1807679 - PR
(2020/0298086-2)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : ICILEGEL INDUSTRIA E COMERCIO IBAITI LTDA
ADVOGADO : JULIO CESAR BARBEIRO CONSTANTINO - PR049742

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FATO SUPERVENIENTE. MODULAÇÃO DE EFEITOS NO TEMA 69/STF. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM PARA CONCLUSÃO DE JUÍZO DE CONFORMAÇÃO. ANULAÇÃO DAS DECISÕES PROFERIDAS NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL.

1. De acordo com a norma prevista no art. 1.022 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão embargada.

2. Na hipótese, a embargante suscita fato superveniente, capaz de influir na correta aplicação, pela Corte de origem, do entendimento consolidado pelo STF no **Tema 69/STF**, a saber, a modulação dos efeitos no **RE 574.706**.

3. Nesse panorama, considerando-se a disposição inserta no art. 493 do CPC, de rigor a remessa dos autos à origem, a fim de que promova a conclusão do juízo de conformação previsto nos arts. 1.030 e 1.040 do CPC.

4. Por conseguinte, tendo em vista a reabertura da competência do Tribunal *a quo*, tem-se por não exaurida, ainda, a instância ordinária, impondo-se a anulação das decisões já proferidas no agravo em recurso especial epigrafado.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para anular as decisões de fls. 353/360 e 395/398 e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que conclua o juízo de conformação com o **Tema 69/STF**, nos termos dos arts. 1.030 e 1.040 do CPC.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de embargos de

declaração opostos pela **Fazenda Nacional** desafiando acórdão prolatado pela Eg. Primeira Turma, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ.

1. É inviável a apreciação do agravo interno que deixa de atacar, especificamente e de forma particularizada, o fundamento da decisão agravada. Incidência, na espécie, da Súmula 182/STJ.

2. Acerca dessa exigência, JOSÉ ANTONIO SAVARIS e FLÁVIA DA SILVA XAVIER, com precisão, assinalam que “não se pode considerar efetivamente impugnada a decisão quando a parte recorrente se limita a deduzir razões pelas quais entende deter o direito reivindicado, mas deixa de destinar qualquer argumento que demonstre o desacerto da decisão recorrida” (Manual dos recursos nos juizados especiais federais. 5. Ed. Curitiba: Alteridade, 2015, p. 50).

3. Caso concreto em que a parte agravante não atendeu a esse encargo processual.

4. Agravo interno não conhecido.

A embargante, em suas razões, sustenta haver omissão no aresto embargado. Refere a existência de fato superveniente, a saber, o julgamento pelo STF dos embargos de declaração opostos no **RE 574.706**, nos quais houve a modulação dos efeitos do julgado, "cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral 'O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS' -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento" (fl. 404).

Transcorreu *in albis* o prazo para impugnação (fl. 412).

É O RELATÓRIO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): De acordo com o previsto no artigo 1.022 do CPC, são cabíveis embargos de declaração para "esclarecer obscuridade ou eliminar contradição"; "suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento"; ou "corrigir erro material".

No caso, a ora embargante suscita nos aclaratórios a existência de fato superveniente, capaz de influir no julgamento, consistente no acolhimento parcial pelo STF dos embargos de declaração opostos no **RE 574.706**, para a modulação dos efeitos do julgado, "cuja **produção haverá de se dar após 15.3.2017** - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral 'O ICMS não compõe a base de

cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS' -, **ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento**" (fl. 404 - g.n.).

O Diploma Processual Civil, a esse respeito, assim dispõe:

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Na espécie, o especial apelo foi interposto no bojo de **mandado de segurança impetrado em 12/3/2018** pelo ora recorrido, objetivando "excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS, e, via de consequência, seja reconhecido o seu direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos 5 (cinco) anos" (cf r. sentença à fl. 102).

Concedida a segurança nos termos em que pleiteada (cf fls. 102/106), a **Fazenda Nacional** interpôs o competente recurso de apelação (fls. 119/143), o qual restou improvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, já com amparo no entendimento consolidado pela Excelsa Corte no **Tema 69/STF**.

Confira-se, por pertinente, a ementa do julgado regional (fls. 165/166):

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR, SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 69 STF. LEI Nº 12.973/2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUSPENSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESNECESSIDADE.

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.

Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I,"b" - redação dada pela EC nº 20/98), inclusive no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo).

As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da COFINS e do PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706.

No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do quantum a ser recolhido aos cofres públicos.

A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos.

Opostos embargos de declaração pelo ente fazendário (fls. 176/187), foram rejeitados (fls. 205/213).

Foram, então, manejados recursos especial e extraordinário pela **Fazenda Nacional** (fls. 224/244 e 245/266, respectivamente), tendo sido o apelo raro inadmitido (fls. 278/280) e, com relação ao recurso extraordinário, a Corte Regional, promovendo o juízo de conformação com o **Tema 69/STF**, a ele **negou seguimento**, com espeque nos arts. 1.030, I, *a*, e 1.040, I, do CPC (fls. 282/285).

O ente público, em seguida, interpôs o agravo em recurso especial epigrafado e o competente agravo interno (fls. 314/320), a fim de desafiar o juízo de negativa de seguimento do recurso extraordinário *stricto sensu*.

No aludido agravo interno, a Fazenda ora embargante sustentou que: "A Ministra Relatora do **RE 574.706/PR**, recurso paradigma para julgamento do **Tema 69**, proferiu decisões determinando a devolução dos autos à origem para observância do art. 1.036 do CPC, referindo: [...] considerada a pendência, no paradigma, de embargos de declaração nos quais a União requer a modulação dos efeitos da decisão de mérito, adequado o retorno dos autos à origem para aguardar-se o trânsito em julgado e, após, observar-se o disposto no art. 1.036 do Código de Processo Civil (RE 1.207.394)" (fl. 316), pugnando, assim, fosse "mantido o sobrestamento do RE até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento de tal recurso" (fl. 320).

O Sodalício *a quo*, entretanto, negou provimento ao aludido agravo interno (fls. 336/339).

Pois bem.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a **AC 2.177 MC-QO/PE**, Rel. Ministra Ellen Gracie, asseverou que "*o parágrafo 3º do art. 543-B, do CPC, estabelece que, após julgamento de "mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turma Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se" [...] É incontestante, dessa forma, que mesmo após o reconhecimento da repercussão geral, a jurisdição do Tribunal a quo ainda não se encontrará esgotada*" e "*A jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pela instância ordinária, de decisão contrária ao entendimento firmado nesta Corte, em face do disposto no § 4º do art. 543-B do CPC*". (**AC 2.177 MC-QO**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em

12/11/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-00945 RTJ VOL-00209-03 PP-01021).

A partir desse julgamento, pode-se compreender que só haverá exaurimento das instâncias ordinárias, para fins de cabimento dos apelos extraordinários, após o Tribunal de origem realizar o **juízo de conformidade** à luz do posicionamento firmado pelos Tribunais Superiores (STF/STJ), o qual se dá ou por meio da **negativa de seguimento** do recurso (arts. 1.030, I, b, e 1.040, I, do CPC), ou através do **rejulgamento da apelação** pelo órgão fracionário competente (arts. 1.030, II, e 1.040, II, do CPC).

Na hipótese dos autos, o fato superveniente apontado pela ora embargante, a saber, a modulação de efeitos no **RE 574.706/PR**, parece ter o condão de influir na correta aplicação, ao caso concreto - ação mandamental impetrada em 12/03/2018 -, do entendimento consolidado pelo STF no **Tema 69/STF**.

Nesse panorama, tendo em conta o ditame do art. 493 do CPC, impõe-se a remessa dos autos à Corte de origem, a fim de que promova a conclusão do juízo de conformação (arts. 1.030 e 1.040 do CPC), considerando o fato superveniente aventado.

Por conseguinte, uma vez reaberta a competência do Tribunal de origem para a conclusão do juízo de conformação, não se tem, ainda, por exaurida a instância ordinária, sendo, pois, de rigor, a anulação das decisões proferidas no agravo em recurso especial vertente (fls. 353/360 e 395/398).

Nessa mesma linha de intelecção:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. TEMA EM REPERCUSSÃO GERAL. CONCLUSÃO DO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA JUÍZO DE CONFORMAÇÃO.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

2. A matéria tratada nos autos diz respeito à exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, matéria que foi afetada em repercussão geral pelo STF, no RE 574706 (Tema 69).

Concluído recentemente o julgamento dos embargos de declaração, com modulação dos efeitos, é de se reconhecer a necessidade de retorno dos autos ao Tribunal de origem para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015.

3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento de que, havendo julgamento pelo órgão colegiado de matéria submetida à sistemática da repercussão geral, o recurso integrativo deve ser acolhido, com efeitos modificativos, para anular o acórdão embargado, determinando-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que seja promovido o juízo de conformação. Precedentes.

4. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes, tornando-se sem efeitos as decisões anteriores e determinando-se a devolução dos autos ao

Tribunal de origem.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.820.489/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/08/2021, DJe 01/09/2021)

ANTE O EXPOSTO, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos, para anular as decisões de fls. 353/360 e 395/398 e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que conclua o juízo de conformação com o **Tema 69/STF**, nos termos dos arts. 1.030 e 1.040 do CPC.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

EDcl no AgInt no AREsp 1.807.679 / PR

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0298086-2

Número de Origem:

50031714420184047001

Sessão Virtual de 05/10/2021 a 11/10/2021

Relator dos EDcl no AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : ICILEGEL INDUSTRIA E COMERCIO IBAITI LTDA

ADVOGADO : JULIO CESAR BARBEIRO CONSTANTINO - PR049742

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - COFINS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO : ICILEGEL INDUSTRIA E COMERCIO IBAITI LTDA

ADVOGADO : JULIO CESAR BARBEIRO CONSTANTINO - PR049742

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 12 de outubro de 2021