

# Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.514.249 - SC (2019/0148621-0)

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**AGRAVANTE** : FAZENDA NACIONAL  
**AGRAVADO** : MALHARIA INDAIAL LTDA  
**ADVOGADOS** : NELSON ANTONIO REIS SIMAS JUNIOR - SC022332  
DOUGLAS HEIDRICH - SC032711

## EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE DECISÃO SOBRE AFETAÇÃO DO TEMA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, CPC/2015. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. Preliminarmente, não há falar em suspensão do feito, uma vez que a proposta de afetação dos REsp. 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, como representativos de controvérsia, ainda não foi apreciada pelo Relator, nos termos do que dispõe o art. 256-E do RISTJ. Ademais, não houve apreciação do mérito do recurso especial na hipótese, visto que, nessa parte, o feito sequer foi conhecido, tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional da matéria.

2. Inexistente a alegada violação aos arts. 489 e 1.022, do CPC/2015. Isto porque a Corte de Origem bem exprimiu a forma de execução do julgado (seu critério de cálculo), consignando expressamente que o paradigma julgado em repercussão geral pelo STF entendeu que o ICMS a ser excluído é aquele destacado nas notas fiscais. Igualmente houve manifestação da Corte *a quo* quanto à impossibilidade de discussão das alegações de validade do critério de liquidação pretendido pelo Fisco por entender que tais pontos integram o mérito da matéria decidida e analisada pelo STF no RE 574.706.

3. A Corte de Origem apenas aplicou o precedente ao caso concreto, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal. À toda evidência, a Corte de Origem pode fazê-lo, já que não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional. Já este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, segue lógica outra: **não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional.** Nesse sentido: EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019).

4. Agravo interno não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas,

# *Superior Tribunal de Justiça*

acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2019.

**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**

Relator



# Superior Tribunal de Justiça

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.514.249 - SC (2019/0148621-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**AGRAVANTE** : FAZENDA NACIONAL  
**AGRAVADO** : MALHARIA INDAIAL LTDA  
**ADVOGADOS** : NELSON ANTONIO REIS SIMAS JUNIOR - SC022332  
DOUGLAS HEIDRICH - SC032711

## **RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Cuida-se de agravo interno manejado pela FAZENDA NACIONAL em face de decisão de minha lavra resumida da seguinte forma:

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, CPC/2015. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO (ART. 932, III E IV, CPC/2015 C/C ART. 253, PARÁGRAFO ÚNICO, II, B, RISTJ).

A agravante insurge-se contra a decisão agravada alegando, preliminarmente, que a Comissão Gestora de Precedentes, por despacho do seu Presidente, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, candidatou à afetação à sistemática dos recursos especiais repetitivos os REsp. 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, a respeito da problemática agitada neste caso – a forma de liquidar a decisão do Supremo Tribunal Federal no tema n. 69 da lista de repercussão geral (exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS), havendo, inclusive, parecer do Ministério Público Federal no sentido de conhecer o paradigma REps 1.822.251 como representativo da controvérsia, na forma dos arts. 256-C e seguintes do RISTJ, razão pela qual pretende a suspensão do presente feito, nos termos do art. 313, V, "a", do CPC, tendo em vista que o julgamento deste depende do julgamento do supracitado recurso especial paradigma, candidato a representativo da controvérsia.

No mérito alega que o acórdão regional apenas afirmou que a questão relativa à natureza do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diz respeito ao próprio mérito da controvérsia do acórdão paradigma do STF no RE 574.706. Contudo, a Corte *a quo*, a despeito da oposição de embargos de declaração, teria deixado de explicitar qualquer razão técnico-jurídica-contábil para que o ICMS destacado na nota fiscal fosse o critério escolhido para

# Superior Tribunal de Justiça

a liquidação do julgado, e não o ICMS efetivamente recolhido pelo contribuinte ou o ICMS contabilizado como "a recolher". Dai porque entender haver ofensa aos arts. 489, § 1º, V, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015. Aduz, outrossim, que a ausência de fundamentação teórica para a adoção do supracitado critério viola os arts. 10, 11, 141, 490 e 492 do CPC/2015. No ponto alega ser inegável a existência de violação infraconstitucional apta a ser analisada por este STJ, tanto em relação aos dispositivos supracitados quanto em relação aos arts. 13, § 1º, I, 19 e 20, *caput*, da Lei Complementar nº 87/1996; 1º da Lei nº 10.637/2002; 1º da Lei nº 10.833/2002; 2º da Lei nº 9.715/1998 e 2º da Lei Complementar nº 70/1991. Assevera que a apuração tanto dos PIS/COFINS, cumulativo ou não, quanto do ICMS é mensal, e não operação a operação, de modo que na estrutural legal para a apuração do valor do ICMS a recolher mensalmente, não é o valor destacado em cada nota fiscal de venda o *quantum* definitivo a ser recolhido, mas sim o valor calculado com base no confronto entre o somatório das notas fiscais de entrada (geradoras de crédito) e das notas fiscais de saída (geradoras de débitos), bem como de outros ajustes e deduções decorrentes de benefícios e incentivos fiscais eventualmente concedidos pelos Estados ou pelo Distrito Federal, ao término de cada período de apuração mensal, de modo que é possível que após o encontro de contas não haja valor algum a recolher a título de ICMS. Dai porque entende que a exclusão do ICMS a ser feita, na forma do entendimento firmado pelo STF no RE 574.706, é do ICMS a recolher na competência, e não do ICMS destacado nas notas fiscais.

Requer a reconsideração do feito, ou sua submissão ao órgão colegiado, para que seja determinada a suspensão do feito ou, no mérito, seja determinado o retorno dos autos à origem para pronunciamento a respeito das diversas normas infraconstitucionais ventiladas nos aclaratórios. reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito a julgamento perante a Turma.

A parte contrária apresentou contrarrazões.

É o relatório.

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.514.249 - SC (2019/0148621-0)**

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE DECISÃO SOBRE AFETAÇÃO DO TEMA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, CPC/2015. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. Preliminarmente, não há falar em suspensão do feito, uma vez que a proposta de afetação dos REsp. 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, como representativos de controvérsia, ainda não foi apreciada pelo Relator, nos termos do que dispõe o art. 256-E do RISTJ. Ademais, não houve apreciação do mérito do recurso especial na hipótese, visto que, nessa parte, o feito sequer foi conhecido, tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional da matéria.

2. Inexistente a alegada violação aos arts. 489 e 1.022, do CPC/2015. Isto porque a Corte de Origem bem exprimiu a forma de execução do julgado (seu critério de cálculo), consignando expressamente que o paradigma julgado em repercussão geral pelo STF entendeu que o ICMS a ser excluído é aquele destacado nas notas fiscais. Igualmente houve manifestação da Corte *a quo* quanto à impossibilidade de discussão das alegações de validade do critério de liquidação pretendido pelo Fisco por entender que tais pontos integram o mérito da matéria decidida e analisada pelo STF no RE 574.706.

3. A Corte de Origem apenas aplicou o precedente ao caso concreto, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal. À toda evidência, a Corte de Origem pode fazê-lo, já que não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional. Já este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, segue lógica outra: **não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional.** Nesse sentido: EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019).

4. Agravo interno não provido.

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: “*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões*

# Superior Tribunal de Justiça

publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

A irresignação não merece acolhida.

Preliminarmente, registro que não há que se falar em suspensão do feito, uma vez que a proposta de afetação dos REsps. 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, como representativos de controvérsia, ainda não foi apreciada pelo Relator, nos termos do que dispõe o art. 256-E do RISTJ.

Ademais, não houve apreciação do mérito do recurso especial na hipótese, visto que, nessa parte, o feito sequer foi conhecido, tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional da matéria, de modo que a pretensão de definir balizas para a aplicação do entendimento fixado no RE 574.706, em sede de repercussão geral, deve ser discutida em recurso próprio no Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não há falar em sobrestamento do feito para posterior análise da questão no âmbito desta Corte.

Quanto ao mais, entendo inexistente a alegada violação aos arts. 489 e 1.022, do CPC/2015. Isto porque a Corte de Origem bem expressiu a forma de execução do julgado (seu critério de cálculo), consignando expressamente que o paradigma julgado em repercussão geral pelo STF entendeu que o ICMS a ser excluído é aquele destacado nas notas fiscais. Igualmente houve manifestação da Corte *a quo* quanto à impossibilidade de discussão das alegações de validade do critério de liquidação pretendido pelo Fisco por entender que tais pontos integram o mérito da matéria decidida e analisada pelo STF no RE 574.706.

Já quanto ao critério de cálculo eleito, o recurso especial não merece conhecimento e explico. É consabido que o STF, no julgamento do RE n. 574.706, firmou tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (Tema 69/STF). Segue a ementa do julgado:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.**

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias

# Superior Tribunal de Justiça

ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3.(sic) Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (RE n. 574.706 RG / PR, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017).

A Corte de Origem apenas aplicou o precedente ao caso concreto, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal. À toda evidência, a Corte de Origem pode fazê-lo, já que não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional.

Já este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, segue lógica outra: **não cabe a este Superior Tribunal de Justiça emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional.**

Sabe-se que a ideia de que "*a decisão do Supremo Tribunal Federal deixou claro que o ICMS a ser abatido é o destacado na nota fiscal de saída*" é ponto de vista da contribuinte e que não condiz com o ponto de vista fazendário externado na Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, que elegeu o ICMS escritural como objeto do precedente. Decerto, esse novo conflito entre o contribuinte e o fisco não pode ser dirimido dentro de recurso especial já que diz respeito à interpretação constitucional do precedente no RE n. 574.706 RG / PR, lavrado pelo STF. Nesse sentido há precedente desta Casa:

RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O STF, no julgamento do RE n. 574.706, firmou tese de que "o ICMS não

# Superior Tribunal de Justiça

compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (Tema 69/STF). Este Superior Tribunal de Justiça apenas aplicou o precedente ao caso concreto, não cabendo a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando-lhe novas balizas.

2. A ideia de que "*a decisão do Supremo Tribunal Federal deixou claro que o ICMS a ser abatido é o destacado na nota fiscal de saída*" é ponto de vista exclusivo da contribuinte e que não condiz com o ponto de vista fazendário externado na Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018. **Esse novo conflito entre o contribuinte e o fisco não pode ser dirimido dentro deste recurso especial, tratando-se de verdadeira inovação recursal.**

O novo tema há que ser objeto de impugnação subjetiva e individual por via própria (administrativa ou judicial) ou de aferição objetiva e geral dentro do mesmo repetitivo julgado pelo STF acaso aquela Corte entenda ter havido ali qualquer omissão, obscuridade ou contradição nos aclaratórios pendentes de julgamento.

3. O manejo de embargos de declaração não se presta para tutelar inovação recursal. Precedentes da Corte especial: AgInt no RE nos EDcl no AgRg no REsp. n. 1.410.519 / MG, Corte Especial, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 15.08.2018; EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgInt no REsp. n. 1.702.212 / ES, Corte Especial, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21.11.2018; EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgRg no AREsp. n. 729.742 / RS, Corte Especial, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19.09.2018.

4. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.

5. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019).

De observar que **a compreensão de que o ICMS a ser abatido é aquele destacado das notas fiscais de saída das mercadorias toca a interpretação do art. 155, §2º, II, "b", da CF/88, que determina a anulação do crédito relativo às operações anteriores se a empresa não for contribuinte na operação de saída.** Dito de outra forma, acaso se entenda que a empresa é mera agente arrecadadora do ICMS devido pelo consumidor na operação de saída da empresa (lógica que parece ter sido a adotada por alguns ministros do STF ao defender que o valor do ICMS não compõe o preço da mercadoria vendida ao consumidor), os créditos de ICMS da empresa adquiridos na entrada haveriam que ser anulados, devendo a empresa repassar integralmente o ICMS destacado nas notas de saída ao Estado e, por conseguinte, abater todo esse valor da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS (aplicação do art. 155, §2º, II, "b", da CF/88). Por outro lado, acaso se entenda que a empresa é sim sujeito passivo do ICMS devido na saída (e não o consumidor), somente é possível retirar da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS o que a empresa

# Superior Tribunal de Justiça

realmente deve e entregou ao Estado, ou seja, o ICMS escritural a recolher, sendo aquele apurado após o encontro de créditos e débitos de ICMS.

Por aí se vê que **a questão da forma de efetivação do precedente é também constitucional e acessória ao pedido principal de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Nessa toada, somente o Supremo Tribunal Federal poderá definir com a necessária acuracidade a extensão de seu julgamento, já que essa própria extensão está a depender de interpretação e compatibilização de temas constitucionais, mormente se for considerado seu impacto sistêmico em todo o Direito Tributário Brasileiro. Com todas as vênias, uma indevida atuação deste Superior Tribunal de Justiça irá apenas aumentar a insegurança jurídica desejável no trato da matéria.**

De registro que o precedente RE n. 574.706 RG / PR (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017) foi atacado por embargos de declaração Fazendários que restam ainda pendentes de julgamento onde foram levantados vários temas essenciais para o efetivo cumprimento do precedente, notadamente a questão que é objeto do presente processo (se o ICMS a ser excluído é o destacado das notas fiscais de saída das mercadorias ou o ICMS escritural a recolher) e a necessidade de modulação de efeitos tendo em vista a alteração em jurisprudência antiga e sedimentada com fortes impactos arrecadatórios. A este respeito, **destaco a presença de parecer da Exma. Sra. Chefe do Parquet Federal, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge (Parecer do MPF N.º 1708/2019 – AJC/SGJ/PGR), no sentido da necessidade de modulação de efeitos do julgado, com a atribuição de eficácia *ex nunc*, a partir do julgamento dos próprios embargos de declaração.** Transcrevo trecho da peça citada:

Assim, perfeitamente cabível a oposição dos embargos declaratórios para fins de **modulação dos efeitos do julgado**. **Aqui, embora não vislumbre vícios aptos à reforma da decisão, entende o Parquet que os embargos devem ser acolhidos e parcialmente providos, com integralização do acórdão, tão somente para este fim.**

Isso porque, de fato, como afirma a embargante, **o julgado traz em si impacto e abrangência que impõem seja sua eficácia lançada pro futuro, com efeitos *ex nunc*.**

Neste ponto, cumpre destacar, inicialmente, que a presente pretensão envolve tese que claramente rompe com entendimento jurisprudencial histórico e tem potencial de influenciar outras exações, além de promover significativa alteração no sistema jurídico tributário.

# Superior Tribunal de Justiça

O forte impacto do decidido já era registrado quando da apreciação deste recurso extraordinário. O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, fez referência ao grande receio da Fazenda Pública quanto ao resultado deste julgado, mencionando a existência de trabalho sobre o impressionante argumento de possível quebra do Estado com a solução da controvérsia, além de registrar a veiculação do pedido de modulação prospectiva, feito na sustentação oral, justamente em razão daquele receio.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, destacou o impacto orçamentário imediato e as implicações para o sistema tributário brasileiro, ressaltando o evidente e vultoso impacto fiscal da decisão que se estava a adotar. Registrou como consequências do julgado, ainda, a ruptura com o entendimento jurisprudencial histórico do Tribunal acerca da possibilidade de o ICMS integrar a base de cálculo de outros tributos, bem como apontou os efeitos do *decisum* em relação a outras questões tributárias, afirmando que, **na prática, o acórdão encadeia uma reforma tributária judicial, sem medir exatamente as decorrências dessa iniciativa.**

O cenário de crise fiscal também não passou despercebido pelo Ministro Roberto Barroso. Sua Excelência ponderou que, embora não seja fator decisivo no seu juízo de valor acerca do que é legítimo ou ilegítimo, seu julgamento não é indiferente à grave situação fiscal existente no país. Afirmou o Ministro, ademais, que considerar inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins impõe considerar inconstitucionais múltiplas outras incidências, assinalando, por fim, que **a decisão pela exclusão do tributo produziria um impacto imprevisível e, possivelmente, indesejável.**

As considerações feitas pelos ministros da Suprema Corte evidenciam haver, realmente, fundado receio de graves implicações e danos no imediato cumprimento do julgado e aplicação da tese firmada neste *leading case*.

**Fica claro que a decisão tomada pela Suprema Corte, formada em sede de repercussão geral e, portanto, com eficácia vinculante e efeitos ultra partes, produz importante modificação no sistema tributário brasileiro, alcança um grande número de transações fiscais e pode acarretar o pagamento de restituições que implicarão vultosos dispêndios pelo Poder Público.**

Todos esses riscos, somados à atual e notória crise econômica por que passa o país e à necessidade de dar-se primazia ao equilíbrio orçamentário financeiro do Estado, **impõem a cautela de proceder-se à modulação dos efeitos da decisão embargada, de modo que o cumprimento do aresto não detenha efeitos retroativos, mas eficácia póstera.**

**Assim, opino pelo parcial provimento dos embargos, tão somente para que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste recurso paradigmático tenha eficácia pro futuro, a partir do julgamento destes declaratórios** (Parecer do MPF N.º 1708/2019 – AJC/SGJ/PGR, nos autos dos EDcl. no RE n. 574.706 RG / PR).

Sendo assim, a decisão agravada foi correta ao concluir que o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia a partir de um enfoque eminentemente constitucional a impedir o reexame da controvérsia em sede de recurso especial. Vários os precedentes que afastam o

# Superior Tribunal de Justiça

conhecimento de temas constitucionais em sede de recurso especial:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO RECOLHIDA A FAVOR DO SEBRAE, APEX-BRASIL E ABDI. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.002.932-SP. APLICAÇÃO DO ART. 543-C DO CPC. LEGALIDADE DA EXAÇÃO. EXAME. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. Hipótese em que a Fazenda Nacional insurge-se contra a aplicação da tese dos "cinco mais cinco" na contagem do prazo prescricional conferida ao caso. A Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), além de irresignar-se contra a referida tese, manifesta-se acerca legalidade e constitucionalidade da contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a folha de salários da empresa recolhida a favor do SEBRAE, da APEX-BRASIL e da ABDI.

2. [...]

3. [...].

4. No julgamento do recurso especial com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC decidiu-se apenas acerca da prescrição dos créditos que ora estão sendo discutidos em juízo, ou seja, nos limites da pretensão deduzida. **A questão relativa à validade da cobrança da contribuição foi decidida favoravelmente à ABDI pela Corte de origem e com fundamento constitucional, tendo sido atacada pela ora agravada através de recurso extraordinário admitido e pendente de julgamento. Desse modo, além da falta de interesse recursal, é flagrante a incompetência dessa Corte para o exame da referida pretensão.**

5. Agravos regimentais não providos (AgRg no REsp 1159971 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 07.06.2011).

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA O SEBRAE. LEI N. 8.029/90. EXAME DE TEMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF.

1. Alegação genérica de ofensa a lei federal não é suficiente para delimitar a controvérsia, sendo necessária a especificação do dispositivo legal considerado violado (Súmula n. 284 do STF).

2. **Discussão acerca da inconstitucionalidade e da necessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o Sebrae possui contornos constitucionais, razão pela qual não pode ser apreciada no âmbito da instância especial.**

3. A contribuição ao Sebrae é devida por todos aqueles que recolhem as contribuições ao Sesc, Sesi, Senac e Senai, independentemente de serem micro, pequenas, médias ou grandes empresas.

4. Recurso especial conhecido parcialmente e improvido (REsp 550827 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 06.02.2007).

Por fim, registro que a presença de recurso extraordinário da ora agravante nos autos sobre o tema, afasta a aplicação do disposto no art. 1.032, do CPC/2015.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo interno.

# *Superior Tribunal de Justiça*

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2019/0148621-0

**AgInt no  
AREsp 1.514.249 /  
SC**

Número Origem: 50124189220134047205

PAUTA: 10/09/2019

JULGADO: 10/09/2019

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

**AUTUAÇÃO**

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL  
AGRAVADO : MALHARIA INDAIAL LTDA  
ADVOGADOS : NELSON ANTONIO REIS SIMAS JUNIOR - SC022332  
DOUGLAS HEIDRICH - SC032711

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

**AGRAVO INTERNO**

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL  
AGRAVADO : MALHARIA INDAIAL LTDA  
ADVOGADOS : NELSON ANTONIO REIS SIMAS JUNIOR - SC022332  
DOUGLAS HEIDRICH - SC032711

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.