AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.457 - PE (2019/0127060-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO PRESIDENTE DO STJ**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	ASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADOS	:	MARIA FERNANDA QUINTELLA BRANDÃO VILELA - AL002679B RAFAEL NARITA DE BARROS NUNES - DF015182

DECISÃO

Trata-se de agravo apresentado por FAZENDA NACIONAL, contra a decisão que não admitiu seu recurso especial, que visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, assim ementado:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO.ICMS. PIS. COFINS. O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MAIORIA E NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, APRECIANDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, DEU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E FIXOU A SEGUINTE TESE: "O ICMS NÃO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS" (DECISÃO DE 15.03.2017). DIREITO À RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO. CÁLCULOS ARITMÉTICOS A SEREM REALIZADOS DESDE QUE OBSERVADOS O PRAZO QUINQUENAL, O ART. 170-A, DO CTN E A TAXA SELIC. CRÉDITOS A SEREM COMPENSADOS MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS HAJA VISTA FARTA DOCUMENTAÇÃO PRESENTE AOS AUTOS, UMA VEZ QUE O PARTICULAR REQUERERA PEDIDO DE COMPENSAÇÃO NA SEARA DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL MEDIANTE PERDECOMP'S, CUJOS DOCUMENTOS APRESENTAM OS VALORES A SEREM COMPENSADOS E A QUE TÍTULO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO AJUIZADA JÁ NO CURSO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 3º, INCISO III C/C § 11, DO ART 85, DO CPC. APELAÇÃO DO PARTICULAR PROVIDA. APELAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL IMPROVIDA.
>
> 1 - A Fazenda Nacional apela ante sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto que julgou procedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC, para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e para a COFINS, condenando a União a restituir o indébito, em valor a ser apurado em fase de liquidação, observada a prescrição quinquenal, a aplicação da taxa SELIC e a necessidade de prévio trânsito em julgado desta decisão (Identificador:
>
> 4058300.2784963) .

2 - Em sua apelação, a Fazenda Nacional postula a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Sustenta que o ICMS é custo da mercadoria ou do serviço, integrando a receita. Aduz que a questão versada nos autos é em tudo também semelhante aquela travada acerca da inclusão da CSLL na base de cálculo do IRPJ e de sua própria base de cálculo.

3 - Argumenta que o pedido de restituição na esfera administrativa não interrompe e nem suspende o prazo prescricional para o exercício da pretensão repetitória sob pena, inclusive, de tornar letra morta o citado art. 169 do Código Tributário Nacional. Esclarece ainda que o pedido veiculado nestes autos é de declaração do direito à repetição de suposto indébito alusivo ao período de março de 2010 a abril de 2013 e não de anulação da decisão administrativa denegatória do pedido de restituição que suscite a invocação do quanto disposto no art. 169 do CTN pelo qual "prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição."(Identificador: 4058300.2982751).

4 - Em relação à matéria principal objeto do recurso da Fazenda Nacional, esta matéria já foi decidida. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: " (Decisão de O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" 15.03.2017).

5 - Relativamente ao objeto do recurso de apelação parcial interposto pela empresa, foi o requerimento para que a apuração do indébito não seja realizada mediante liquidação, ante a procedência total dos pedidos da ação, mas sim através de simples cálculos aritméticos.

6 - Considerando que a empresa apresentou documentação suficiente para provar os valores que pretende compensar quando requereu administrativamente mediante os PERDECOMP's nº.s: 39539.15127.100415.1.2.04-0133, 39539.82664.140415.1..2.04-00032, 38564.36453.100415.1.2.04.5502, 35126.02014.100415.1.2.04.-8440, 33735.12207.100415.1.2.04.6119, 30803.90503.15127.100415.1.2.04.-0509, 9206.99498.15127.100415.1.2.04-5361, 27432..15174.100415.1.2.04-1119, 22051.14206.100415.1.2.04-1460, 19778.76346.15127.100415.1.2.04-9609, 18880.0885.140415.1.2.04.-8849, 18829.82490.140415.1.2.04-9080, 18337.40444.140415.1.2.04-2138, 16389.73626.100415.1.2.04.-1070, 15326.76419.140415.1.2.04-7103, 11783.39014.100415.1.2.04-9500, 09783.99293.140415.1.2.04-7706, 06828.62428.140415.1.2.04-7672, 04285.13255.140415.1.2.04-2764, 01399.66100.310315.1.2.04-2451, 06939.34526.100415.1.2.04-2755, cujos documentos apresentam os números dos DARFS com os códigos da receita , os valores recolhidos a título de PIS e COFINS com a inclusão do ICMS, entende-se que se tratam de simples cálculos . Ora, os valores a serem compensados encontram-se constantes nos pedidos administrativos de restituição protocolados perante a RFB. De sse modo, desde que observados a aplicação da Taxa Selic o prazo prescricional quinquenal, o art. 170-A, do CTN conforme determinado no comando sentencial, não existe óbice ao referido pedido.

7 - Mesmo não tendo sido matéria em discussão nestes autos, importa registrar que o direito à compensação do que fora recolhido indevidamente a título de PIS/COFINS segue os termos do art. 66 da Lei n.º 8.383/91,

compensando-se as parcelas vincendas com outras das contribuições sociais , a não ser que o próprio contribuinte requeira postular perante a SRF a compensação com outros tributos.

8 - Ademais, a própria Fazenda Nacional nada se opôs em suas contrarrazões (Identificador:

4058300.2993384). Portanto, defere-se o pedido para que os valores a serem compensados sejam elaborados por simples cálculos aritméticos.

8 - A sentença foi proferida já na vigência do novo código de processo civil e consequentemente há de se observar os ditames do novo código quanto à majoração da verba honorária no percentual de 1% sobre o percentual já estipulado na sentença , que segundo aponta sua parte dispositiva determinou a fixação pelos menores alíquotas previstas no art. 85, §3º, a incidirem sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, §5º, do PC/2015 . Portanto, considerando que o valor da causa refere-se a 2.222 salários mínimos que , a princípio, refere-se ao proveito econômico a ser obtido , aplica-se nos termos da douta sentença o percentual de 5% nos termos do inciso III, do § 3º e o percentual de 1%, nos termos do § 11 art. 85,do CPC. Fixando-se , por fim, o percentual nesta instância em 6%.

9 - Provimento da apelação do particular .

10 - Improvimento da apelação da Fazenda Nacional.

É o relatório. Decido.

No que concerne ao recurso apresentado, na espécie, quanto à alegada omissão perpetrada pelo Tribunal *a quo*, incide o óbice da Súmula n. 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"), uma vez que a parte recorrente alega, genericamente, a existência de violação do art. 1.022 do CPC de 2015 (art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sem, contudo, demonstrar especificamente quais os vícios do aresto vergastado e a sua relevância para a solução da controvérsia.

Nesse sentido, este Superior Tribunal de Justiça já decidiu que: "É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegada ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015 se faz sem a demonstração objetiva dos pontos omitidos pelo acórdão recorrido, individualizando o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão supostamente ocorridos, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula 284/STF" (REsp n. 1.653.926/PR, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 26/9/2018).

Confiram-se ainda os seguintes julgados: AgInt no REsp n. 1.664.349/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 15/2/2019; AgInt no REsp n.

1.247.725/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 8/2/2019; AgInt no REsp n. 1.157.185/MT, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 10/4/2018; AgInt no AREsp n. 510.571/PE, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 19/12/2016; EDcl no AgRg no REsp n. 1.108.053/RS, relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 12/8/2015.

De outra parte, quanto à tese de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ocasião em que a Recorrente aponta ofensa ao art. 97, IV e VI do CTN; art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91; art. 3º, "b", da LC 07/70; arts. 2º, I, e 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.715/98; arts. 2º e 3º, § 2º, da Lei nº 9.718/98; art. 1º, § 3º, da Lei nº 10.637/2002; art. 1º, § 3º, da Lei nº 10.833/2003 e arts. 52, 54 e 55 da Lei 12.973/2014, é incabível o recurso especial pois interposto contra acórdão com fundamento eminentemente constitucional.

Nesse sentido: "É inviável, em recurso especial, a revisão de julgado que possui fundamentação exclusivamente constitucional para declarar devida a paridade de remuneração entre trabalhadores ativos e inativos, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal" (AgInt no REsp n. 1.744.165/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 1º/3/2019).

Confiram-se ainda os seguintes precedentes: REsp n. 1.757.744/RS, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 14/2/2019; e AgInt no REsp n. 1.503.220/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 5/2/2019.

Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.**

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de advogado em desfavor da parte recorrente em 15% sobre o valor já arbitrado nas instâncias de origem, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão de justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de junho de 2019.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente