RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.831 - SP (2018/0280414-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : CLARO S.A
ADVOGADOS : CAMILA KLUCK GOMES - SP273076
SIMONE RODRIGUES COSTA BARRETO - SP179027
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Recurso Especial interposto por **CLARO S.A**, contra acórdão prolatado, por maioria, pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em julgamento de apelação, assim ementado (fl. 298e):

> ***CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.***
> *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o n° 94 do STJ que prescrevia que "Aparcela relativa ao ICMS inclui-se na base de calculo do FINSOCIAL"*
> *Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.*
> *Em relação ao pedido de restituição, assinalo que não será possível compensar os valores pleiteados pela autora uma vez que esta não comprovou sua qualidade de contribuinte.*
> *Em face da sucumbência recíproca, fixo os honorários advocatícios em R$ 5.000,00, a serem rateados equitativamente pelas partes, com base no artigo 21, caput, do Código de Processo Civil.*
> *Apelação parcialmente provida.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 391/399e).

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, aponta a Recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos dispositivos legais a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

(i) Art. 535, II, do CPC/1973 – "na medida em que a União deixou de apresentar contestação, tem-se como confessados e incontroversos os fatos alegados na inicial, nos termos do art. 319 do CPC, notadamente o fato de ser a ora Recorrente contribuinte do PIS e da COFINS, tendo recolhido valores indevidos a título dessas

contribuições, correspondentes à inclusão do ICMS em sua base de cálculo. E, se assim é, tem-se por inexigível a prova, conforme prescreve o caput do art. 334 do CPC"; "por outro lado, considerando ser contribuinte do PIS e da COFINS a pessoa jurídica que aufere faturamento/receita bruta, tem-se que a condição da ora Recorrente como contribuinte dessas contribuições é fato notório, decorrente da lei. E, também na linha desse entendimento, tem-se por inexigível a prova, conforme prescreve o caput do art. 334 do CPC"; "como visto, o v. acórdão fundamentou o indeferimento da compensação pleiteada na ausência de prova quanto à sua condição de contribuinte do PIS e da COFINS. Todavia, olvidou-se de que o feito foi sentenciado sem que o D. Juiz procedesse à abertura da fase de instrução probatória"; e "embora o v. acórdão tivesse indeferido a compensação pleiteada, faz-se necessário que o mesmo se manifeste sobre o prazo [prescricional] e legislação aplicável, para se evitar questionamentos futuros. Na hipótese de reforma parcial do v. acórdão, forçoso esteja explícito o prazo prescricional a ser considerado, tendo em vista o disposto nos arts. 168, I, 156, VII c/c 150, §§ 1º e 4º, todos do CTN, bem como nos arts. 3º e 4º da LC 118/05" (fls. 413/415e);

(ii) Arts. 319 e 334, I, II e III, do CPC/1973 - "diante da ausência de contestação por parta do Réu, devem ser reputados como verdadeiros os fatos alegados pelo Autor em sua peça"; e "ademais, a ora Recorrente apresentou planilha demonstrando o efeito da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições, apontando as diferenças a serem compensadas no mês de abril de 2010" (fl. 417/419e);

(iii) Art. 515, § 4º, do CPC/1973 - "não foi observado pelo Egrégio Tribunal *a quo* que o feito foi julgado em primeira instância sem a abertura da fase de instrução processual" (fl. 421e); e

(iv) Art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/1973 - "tampouco pode prevalecer o v. acórdão recorrido na parte em que arbitrou os honorários advocatícios, uma vez que a questão em tela fio decidida tendo por base unicamente matéria de direito, sem a Recorrida ter sequer apresentado Contestação, certo é que a atuação das partes não percorreu caminho longo" (fl. 452e).

Com contrarrazões (fls. 492/496e), o recurso foi inadmitido (fls. 601/602e), tendo sido interposto Agravo (fls. 612/649e), posteriormente convertido em Recurso Especial (fl. 691e).

Feito breve relato, decido.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do

provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a dar provimento ao recurso quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante da respectiva Corte ou Tribunal Superior.

Assiste parcial razão à Recorrente quanto à violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil.

Verifico que, de fato, foram defendidas as seguintes teses elencadas no Recurso Especial:

a) "na medida em que a União deixou de apresentar contestação, tem-se como confessados e incontroversos os fatos alegados na inicial, nos termos do art. 319 do CPC";

b) "considerando ser contribuinte do PIS e da COFINS a pessoa jurídica que aufere faturamento/receita bruta, tem-se que a condição da ora Recorrente como contribuinte dessas contribuições é fato notório, decorrente da lei"; e

c) "o feito foi sentenciado sem que o D. Juiz procedesse à abertura da fase de instrução probatória".

A despeito disso, o Tribunal quedou-se silente, mesmo após a oposição de embargos de declaração, limitando-se o acórdão integrativo a consignar que (fl. 396e):

> *Quanto à comprovação do pagamento indevido, esclareço não ser possível compensar em juízo os valores pretendidos, não obstando à autora, entretanto, a habilitação do seu crédito junto à Receita Federal, a fim de viabilizar a sua compensação no âmbito administrativo, onde deverá ser comprovado e apurado pela autoridade fiscal competente, observado prazo prescricional qüinqüenal, a teor do que dispõe a LC n° 118/2005.*

Observo tratar-se de questões relevantes, oportunamente suscitadas, e que, se acolhidas, poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do proclamado. Ademais, a não apreciação das teses, à luz dos dispositivos constitucional e infraconstitucional indicados a tempo e modo, impede o acesso à instância extraordinária.

Caracterizada, portanto, a omissão, como o demonstram os seguintes arestos:

> ***PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. ART. 535 DO CPC. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NÃO SANADA. VIOLAÇÃO OCORRIDA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE***

DECLARAÇÃO.
1. É omisso o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado.
2. Necessidade da análise de questão relacionada à decadência do direito de anulação do ato de demarcação das terras de marinha no Município de Joinville, por ter sido a ação ajuizada mais de cinco anos depois da homologação do procedimento administrativo que determinou a linha preamar média de 1831.
3. Recurso especial da UNIÃO provido.
4. Recurso especial de H CARLOS SCHNEIDER S/A COMÉRCIO INDÚSTRIA prejudicado.
(REsp 1343519/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013).

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. VIOLAÇÃO OCORRIDA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO.
1. É omisso o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado.
2. Recurso especial provido.
(REsp 1213515/RS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

Nesse sentido: REsp 1.529.187/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 01.06.2015; REsp 1.444.331/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 18.05.2015; REsp 1.502.033/MG, DJe de 05.06.2015; dentre outros.

Posto isso, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **CONHEÇO E DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Especial, para determinar o retorno dos autos ao tribunal *a quo* a fim de que sejam supridas as omissões indicadas.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora