

# Superior Tribunal de Justiça

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.590 - SC (2019/0232040-6)**

**RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA**  
**AGRAVANTE : TASCA CALÇADOS E VIAGEM LTDA**  
**ADVOGADOS : GLEISON MACHADO SCHÜTZ - RS062206**  
**LUCAS HECK - RS067671**  
**AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL**  
**AGRAVADO : OS MESMOS**

## **DECISÃO**

**Vistos.**

Trata-se de Agravo nos próprios autos de **TASCA CALÇADOS E VIAGEM** e **FAZENDA NACIONAL**, contra decisão que inadmitiu Recursos Especiais interpostos contra acórdão assim ementado (fls. 373/379e):

**TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF. LEIS 9.718/1998 E 12.973/2014. ALTERAÇÃO NORMATIVA NÃO JULGADA PELO STF. MUTAÇÃO DE ELEMENTO MATERIAL DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. LIMITES DA COISA JULGADA. RETRATAÇÃO.**

1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. Declarado o direito à compensação, na forma prevista no art. 74 da Lei 9.430/96, observada a prescrição quinquenal e atualização dos créditos pela taxa SELIC (art. 39, §4º, da Lei 9.250/95 c/c o art. 73 da Lei 9.532/97).
3. A tese jurídica advinda do julgamento do RE 574.706 não se aplica aos pagamentos efetuados sob a égide da Lei 12.973/2014, uma vez que o referido precedente tomou por base substrato normativo diverso ("caput" do art. 3º da Lei 9.718/98).
4. A mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014, tendo afetado um dos elementos essenciais da obrigação tributária, inaugurou uma nova relação jurídica, tomando por base de cálculo grandeza distinta da prevista na Lei 9.718/98.

Opostos embargos de declaração por ambas as partes, foram rejeitados (fls. 434/440e).

Sustentam estarem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 617/634e e 640/658e).

Com contraminutas (fls. 666/679e e 684/691e), os autos foram encaminhados a esta Corte.

# Superior Tribunal de Justiça

No primeiro Recurso Especial (fls. 448/465e), fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, **TASCA CALÇADOS E VIAGEM LTDA** aponta ofensa ao arts. 5º e 926 do Código de Processo Civil de 2015, alegando-se, em síntese, que (fl. 462e):

*Nessa medida, a decisão recorrida desconsidera a pacificação jurisprudencial realizada pelo Tribunal Supremo e acolhida pela esmagadora maioria dos julgados do próprio Juízo a quo, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de não haver a limitação imposta em relação à Lei 12.973/2014. Ademais, a perda do objeto do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 5051557-64.2017.404.0000 também não deveria ter deixado de ser considerada, pois constitui parte integrante do movimento de aplicação da decisão consolidada em repercussão geral.*

*Assim, a configuração do caso em apreço afronta, diretamente, o Artigo 926 do CPC, segundo o qual “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, além do pressuposto estrutural do próprio Direito pátrio e valor superior do Estado Democrático de Direito, consubstanciado no Princípio da Boa-fé Objetiva Processual, isto é, princípio ético fundamental que vem antes e acima da relação processual, pairando sobre ela durante todo o seu transcurso, dogmatizado no Artigo 5º do CPC, o qual estabelece que “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”, este, por consequência, também violado.*

*Ora, em face dessas normas processuais e do Princípio da Boa-fé objetiva, o entendimento assentado pelo STF no Tema 69 deve ser aplicado inclusive ao período posterior às alterações promovidas pela Lei n. 12.973/2014, sob pena de afronta direta a tais preceitos, o que não se pode admitir, em nenhuma hipótese.*

A **FAZENDA NACIONAL**, no seu Recurso Especial (fls. 495/505e) fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos legais a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 1.022, II, do CPC/2015 – “mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes no *decisum*” (fl. 495e);

II. Art. 1º da Lei n. 10.637/2002, 1º da Lei n. 10.833/2003, 1º da Lei n. 9.715/1998 e 2º da Lei Complementar n. 70/1991 – o ICMS que se deve excluir da base

# Superior Tribunal de Justiça

de cálculo do PIS e COFINS corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal. Excluir o ICMS destacado na nota fiscal significa excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS mais do que é devido ao Estado a título de ICMS.

Requer, em essência, seja reconhecido que o ICMS a ser excluído das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS corresponda apenas àquele destinado aos cofres públicos, e não à parcela destacada da nota fiscal.

Com contrarrazões (fls. 562/580e e 582/586e).

## **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 2015.

Nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com os arts. 34, XVIII, *a*, e 253, II, *a*, do Regimento Interno desta Corte, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial inadmissível, prejudicado ou daquele que não tenha impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade dos Agravos, passo à análise dos Recursos Especiais.

Em relação ao Recurso Especial de **TASCA CALÇADOS E VIAGEM LTDA** (fls. 448/465e), no que se refere à questão da boa-fé ou, ainda da uniformização da jurisprudência, observo que a insurgência carece de prequestionamento, uma vez que não foi analisada pelo tribunal de origem.

Com efeito, o prequestionamento significa o prévio debate da questão no tribunal *a quo*, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

No caso, o tribunal de origem não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação do suscitados arts. 5º e 926 do Código de Processo Civil de 2015.

É entendimento pacífico desta Corte que a ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo tribunal *a quo* impede o acesso à instância especial,

# *Superior Tribunal de Justiça*

porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula 282 do Colendo Supremo Tribunal Federal: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Nesse sentido:

**ADMINISTRATIVO, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENSINO SUPERIOR. PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DAS TAXAS DE DIPLOMA. PRAZO PRESCRICIONAL. FATO DO SERVIÇO. ARTIGO 2º DA LEI N. 9.870/1999. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282 DO STF.**

1. No caso, não há se falar em violação do art. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto inaplicável o prazo decadencial a que alude este artigo, uma vez que não se trata de responsabilidade do fornecedor por vícios aparentes ou de fácil constatação existentes em produto ou serviço, mas de danos causados por fato do serviço, consubstanciado pela cobrança indevida da taxa de diploma, razão pela qual incide o prazo quinquenal previsto no art. 27 do CDC.

2. O artigo 2º da Lei n. 9.870/1999 não foi apreciado pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 282 do STF.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1327122/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 15/04/2014, destaque meu).

**ADMINISTRATIVO. — SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ENQUADRAMENTO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CÔMPUTO COMO TEMPO EFETIVO DE EXERCÍCIO. LEI 11.091/05. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 83 DO STJ. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADO. SÚMULA 182 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.**

1. A orientação do STJ é de que, se a licença-prêmio não gozada foi computada como tempo efetivo de serviço, para fins de aposentadoria, conforme autorização legal, não pode ser desconsiderada para fins do enquadramento previsto na Lei 11.091/05.

2. É inviável o agravo que deixa de atacar os fundamentos da decisão agravada. Incide a Súmula 182 do STJ.

3. Fundamentada a decisão agravada no sentido de que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, deveria a recorrente demonstrar que outra é a positivação do direito na jurisprudência do STJ.

4. A tese jurídica debatida no Recurso Especial deve ter sido objeto de discussão no acórdão atacado. Inexistindo esta circunstância, desmerece ser conhecida por ausência de prequestionamento. Súmula 282 do STF.

# *Superior Tribunal de Justiça*

*5. Agravo Regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1374369/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013, destaque meu).

Ademais, em relação à afronta aos arts. 5º e 926 do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se a ausência de demonstração precisa de como tal violação teria ocorrido, limitando-se a parte recorrente em apontá-la de forma vaga, o que impede o conhecimento do recurso especial.

Desse modo, em consonância com o entendimento desta Corte, nos casos em que a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se ao recurso especial, por analogia, a incidência da orientação contida na Súmula 284, do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.**

**AÇÃO DE COBRANÇA. DÉBITO DE TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR QUE EFETIVAMENTE UTILIZOU O SERVIÇO.**

*1. O recurso especial não pode ser conhecido no tocante à alegada ofensa à Resolução ANEEL 456/00. Isso porque o referido ato normativo não se enquadra no conceito de "tratado ou lei federal" de que cuida o art. 105, III, a, da CF.*

*2. A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência, o que não ocorreu no caso em exame. Hipótese em que incide a Súmula 284/STF, por deficiência na fundamentação.*

*(...)*

*4. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 401.883/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014).

**PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO**

**CONFIGURADA. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE FOI INTERPOSTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.**

(...)

3. No que tange à apontada violação do art. 292 do Código de Processo Civil, a insurgente restringe-se a alegar genericamente ofensa à citada norma sem, contudo, demonstrar de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 441.462/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014).

Em relação ao Recurso Especial da **FAZENDA NACIONAL** (fls. 495/505e), no que tange à admissibilidade do recurso relativamente à alínea *a* do permissivo constitucional, observo que não se pode conhecer da apontada ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015, porquanto o recurso não demonstra, com transparência e precisão, qual seria o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, ou eventuais vícios na fundamentação e apreciação dos pedidos, bem como a sua importância para a solução da controvérsia. Aplica-se, também, ao recurso especial, por analogia, o entendimento do verbete sumular n. 284/STF.

Quanto à questão de fundo, o tribunal de origem manifestou-se nos seguintes termos (fls. 374/376e):

*O julgamento proferido pelo STF no RE 574.706 e que deu origem ao Tema 69 tomou por base o substrato normativo do "caput" do art. 3º da Lei 9.718/98.*

*O precedente considerou a norma jurídica então vigente e deve ser aplicado nas soluções dos casos análogos, decorrentes de idêntica relação jurídica fundada no mesmo preceito normativo, razão por que não se aplica para os pagamentos efetuados a partir de 01 de janeiro de 2015, quando entrou em vigor a Lei 12.973/2014, alterando a moldura normativa do PIS/COFINS.*

*A mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014, tendo afetado um dos elementos essenciais da obrigação tributária, inaugurou uma nova relação jurídica, tomando por base de cálculo grandeza distinta da prevista na*

*Lei 9.718/98. A base de cálculo do PIS/COFINS passou a ser a receita bruta ("caput" do art. 3º da Lei 9.718/98), na qual se incluem os tributos sobre ela incidentes, nos termos do §5º do art. 12 do DL 1.598/77, não podendo ser confundida com a receita líquida, apurada a partir da exclusão dos tributos incidentes sobre a receita bruta (inciso III do §1º do*

# *Superior Tribunal de Justiça*

art. 12 do DL 1.598/77).

*A mutação de um elemento material da relação jurídico tributária, por força de alteração normativa não julgada pelo STF, afasta a possibilidade de aplicação da tese originada de decisão de questão constitucional de repercussão geral.*

*A eficácia do pronunciamento em sede de repercussão geral não é indene à necessidade, inerente à eficácia da coisa julgada, de permanência das condições fáticas e jurídicas sob as quais proferido.*

*Tratando do tema da coisa julgada, é de grande valia o ensinamento de Teori Albino Zavascki:*

*'Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de saber qual é o termo ad quem de tal eficácia. A solução é esta e vem de longe: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque supôs a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a inexistência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo litigante interessado. A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula rebus sic stantibus, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.'* (Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, p. 88, São Paulo, RT, 2001).

*A lição é transponível à análise dos efeitos do pronunciamento em sede de repercussão geral. A qualidade de imutabilidade e a eficácia vinculante do julgamento em repercussão geral, nas relações tributárias sucessivas (que perduram no tempo) existe enquanto mantido o suporte fático ou jurídico – alterado este, se estará diante de nova relação jurídica, fenômeno decorrente da natureza sabidamente dinâmica dos fatos e do direito.*

*A Lei 12.973/2014 modificou o substrato jurídico essencial da relação tributária, atuando ex tunc, e afetando prospectivamente a eficácia vinculante do pronunciamento judicial que a antecede. A análise da constitucionalidade de suas disposições, portanto, requer manifestação judicial*

*posterior a sua edição.*

*Não por outra razão, ao tratar da aplicabilidade do precedente aos casos individuais, Taís Schilling Ferraz, em sua obra O Precedente na*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Jurisdição Constitucional, após elencar os encaminhamentos possíveis para os casos que permaneceram sobrestados aguardando a decisão em repercussão geral, ressalva que 'a adoção desses caminhos pressupõe a identidade entre o caso individual sob apreciação (instant case) e o precedente (precedent case).*

*Havendo distinções relevantes ou outros motivos específicos (...) o órgão de origem não estará a ele vinculado' (Saraiva Jur, 2017, p. 225).*

*Isto porque, embora a natural vocação expansiva que caracteriza as decisões do STF, especialmente em tema de controle de constitucionalidade de atos normativos ou de decisões das instâncias inferiores, ligada à aceitação da denominada causa petendi aberta, vislumbrada no julgamento das questões constitucionais com relevância e transcendência, não foi essa a tônica do pronunciamento havido na repercussão geral reconhecida no RE 574.706, em que as alterações produzidas pela Lei 12.973/2014 na disciplina da base de cálculo das contribuições, versando sobre o conceito de receita bruta, embora referida nos votos (vencidos) de dois Ministros, não foram objeto de deliberação. Logo, não houve o exame ampliado da questão constitucional, a abranger a novel legislação.*

*Por fim, está pendente de julgamento perante a Corte Especial deste Tribunal o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 5051557-64.2015.4.04.0000/RS, destinada à análise da constitucionalidade da expressão 'de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977', contida no art. 3º, caput, da Lei nº 9.718/98, no § 1º do art.*

*1º da Lei nº 10.637/02 e no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.833/03. No entanto, não é o caso de sobrestamento deste processo, uma vez que foi ajuizado antes da edição da Lei 12.973/2014 e não abrange período por esta regido.*

*Em decorrência do exposto, os efeitos deste julgado ficam limitados a 31 de dezembro de 2014.*

Extrai-se do julgado, bem como do teor das razões recursais, que o deslinde da controvérsia demandaria reinterpretar o alcance e os limites de tese jurídica vinculante fixada, com primazia, pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (RE n. 574.706/PR).

Anote-se, ainda, que a jurisdição daquela Corte sobre as questões trazidas encontra-se não exaurida, porquanto pendentes de julgamento embargos de declaração, opostos pela Fazenda Nacional, no apontado recurso extraordinário, nos quais se expõe, precisamente, a posição ora defendida, dentre outras, impedindo, por conseguinte, a cognição de recursos sobre a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Por tal fundamento, aliás, a 1ª Turma desta Corte, por maioria, na sessão

# Superior Tribunal de Justiça

presencial de 17.09.2019, além de afastar a necessidade de sobrestamento dos feitos em tramitação neste Superior Tribunal envolvendo o tema, negou provimento a agravo interno do ente público, interposto nos autos do AREsp n. 1.508.155/RS, da relatoria do Sr. Ministro Gurgel de Faria, cujo acórdão pende de publicação.

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos enunciados administrativos ns. 3 e 7, editados em 09.03.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à *novel* legislação, tanto nas hipóteses em que o novo julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos, quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

Ademais, vislumbrando o nítido propósito de desestimular a interposição de recurso infundado pela parte vencida, entendo que a fixação de honorários recursais, em favor do patrono da parte recorrida, está adstrita às hipóteses de não conhecimento ou improvimento do recurso.

Quanto ao momento em que deva ocorrer o arbitramento dos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15), afigura-se-me acertado o entendimento segundo o qual incidem apenas quando esta Corte julga, pela vez primeira, o recurso, sujeito ao Código de Processo Civil de 2015, que inaugure o grau recursal, revelando-se indevida sua fixação em agravo interno e embargos de declaração.

Registre-se que a possibilidade de fixação de honorários recursais está condicionada à existência de imposição de verba honorária pelas instâncias ordinárias, revelando-se vedada aquela quando esta não houver sido imposta.

Na aferição do montante a ser arbitrado a título de honorários recursais deverão ser considerados o trabalho desenvolvido pelo patrono da parte recorrida e os requisitos previstos nos §§ 2º a 10º, do art. 85, do estatuto processual civil de 2015, sendo desnecessária a apresentação de contrarrazões (v.g. STF, Pleno, AO 2063 AgR/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Luiz Fux, j. 18.05.2017), embora tal elemento possa influir na sua quantificação.

*In casu*, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto não houve anterior fixação de verba

# *Superior Tribunal de Justiça*

honorária.

Isto posto, com fundamento nos arts. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015 e 34, XVIII, *a*, e 253, II, *a*, do RISTJ, **CONHEÇO** dos Agravos para **NÃO CONHECER** dos Recursos Especiais de **TASCA CALÇADOS E VIAGEM LTDA** e da **FAZENDA NACIONAL**.

Publique-se e intinem-se.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2019.

**MINISTRA REGINA HELENA COSTA**

Relatora

