

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.569.813 - RS (2019/0250870-2)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : GIRANDO COMERCIO DE PECAS LTDA
ADVOGADOS : NESTOR FRESCHI FERREIRA E OUTRO(S) - PR024379
FABRICIO RESENDE CAMARGO - PR025034

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo nos próprios autos da **FAZENDA NACIONAL**, contra decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fls. 333/343e):

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, foram rejeitados, apenas corrigindo erro material (fls. 372/380e).

Sustenta-se estarem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 484/501e).

Com contraminuta (fls. 505/512e), os autos foram encaminhados a esta Corte.

Superior Tribunal de Justiça

No Recurso Especial, 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. Arts. 10, 11, 141, 192, 489, II, § 1º, V, 490 e 1.022, II, do CPC/2015 – a despeito das importantes questões essenciais e necessárias para o julgamento da causa, devidamente deduzidas pela Fazenda Nacional nos embargos de declaração, o tribunal de origem houve por bem rejeitá-los, recusando-se a analisar a omissão suscitada;

II. Arts. 13, § 1º, I, 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/1996, 1º das Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003, 2º da Lei n. 9.715/1998 e 2º da Lei Complementar n. 70/1991 – o ICMS que se deve excluir da base 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. 445/452e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 525/542e, pelo não provimento do recurso especial.

Feito breve relato, decidido.

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 do Agravo, passo à análise

Superior Tribunal de Justiça

do Recurso Especial.

No que tange à admissibilidade do recurso relativamente à alínea *a* do permissivo constitucional, observo que não se pode conhecer da apontada ofensa aos arts. 10, 11, 141, 192, 489, II, § 1º, V, 490 e 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.

Ademais, 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, o entendimento do verbete sumular n. 284/STF segundo o qual "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nessa linha:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL DA CONSTRUTORA OAS. AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO. CONTRATO FIRMADO COM EMPREITEIRA QUE APRESENTOU A PROPOSTA DE MENOR VALOR. SUBEMPREITADA PACTUADA EM MOMENTO ANTERIOR À ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME E POR PREÇO BASTANTE INFERIOR AO DA PROPOSTA VENCEDORA. FRAUDE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DO ATO LESIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ACTIO NATA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADO.

[...]

6. A mera indicação do dispositivo legal tido por violado, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido o teria malferido, não enseja a abertura da via especial. Aplicação da Súmula 284/STF.

7. Recurso especial da Construtora OAS Ltda. não provido.

(REsp 1.065.573/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/09/2019).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. AÇÃO ANULATÓRIA. TESE RECURSAL NÃO PREQUESTIONADA. SÚMULA 211 DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA. LEI LOCAL, CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. EXAME. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REEXAME DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

IV. Na forma da jurisprudência, o Recurso Especial, de fundamentação vinculada, exige a indicação do dispositivo legal que teria sido violado ou objeto de interpretação divergente e a exposição, de forma clara e individualizada, das razões de reforma do acórdão recorrido, sob pena de incidência, por analogia, da Súmula 284/STF. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.716.998/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 16/05/2018; AgRg no REsp 1.346.588/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, DJe de 17/03/2014; AgRg no AREsp 732.546/MA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/11/2015; AgRg no REsp 1.478.870/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 12/02/2015. Hipótese em que a recorrente, embora aponte ofensa aos mencionados dispositivos de lei federal, não desenvolveu, argumentos tendentes a demonstrar no que consistiria a suscitada contrariedade, o que caracteriza deficiência de fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

[...]

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 491.982/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 16/04/2019).

Quanto à questão de fundo, o tribunal de origem manifestou-se nos seguintes termos (fls. 335/339e):

2. Tema 69 - ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS

O acórdão ora objeto de retratação concluiu pela necessidade de manutenção do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, restando assim ementado:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. ART. 4º DA LC 118/05. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO RETIDO. ART. 523, § 1º DO CPC.

1. A Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, que interpretou o disposto no art. 168, I, do CTN, para estabelecer que o prazo de cinco anos para a postulação da repetição do indébito conta-se do recolhimento do tributo supostamente indevido, e não da homologação tácita do lançamento (art. 150, § 4º do CTN), aplica-se apenas às ações ajuizadas sob sua vigência. Precedentes do STJ e da Corte Especial deste TRF4 (Arguição de Inconstitucionalidade nº 2004.72.05.003494-7/SC e embargos declaratórios correspondentes).

2. Sendo a ação posterior à 09 de junho de 2005, quando se implementou o prazo de vacatio legis, da referida alteração legislativa, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, a partir do recolhimento indevido.

3. O valor do ICMS integra o preço de venda de mercadorias e, portanto, o faturamento da empresa, incluindo-se na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Súmulas nºs 68 e 94 do STJ.

Superior Tribunal de Justiça

4. Não se conhece de agravo retido à ausência de requerimento expresso na interposição da apelação (art. 523, § 1º do CPC).

Ocorre que, ao apreciar o Tema 69 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no sentido de que o ICMS não deve integrar a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Portanto, a parte autora tem o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, a fim de, ajustada a nova base de cálculo, apurar os valores indevidamente pagos.

3. Atualização/Compensação

Os pagamentos indevidos, observada a prescrição do art. 3º, da LC 118/05, poderão ser compensados após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), ou restituídos, a critério do contribuinte, nos termos da Súmula 461, do STJ.

A compensação deverá obedecer ao disposto no art. 74, da Lei 9.430/96.

No caso de mandado de segurança, como não é substitutivo da ação de cobrança, a parte poderá, com base na eficácia declaratória do julgado, optar pela restituição na via administrativa.

Os créditos ficam sujeitos à atualização pela taxa SELIC a partir do mês seguinte ao do pagamento indevido (art. 39, §4º, da Lei 9.250/95 c/c o art. 73 da Lei 9.532/97).

Considerando-se que a ação foi ajuizada a após o início da vigência da Lei Complementar 118/2005, em 09/06/2005, estão prescritas as parcelas relativas aos fatos geradores ocorridos anteriormente ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da presente ação.

4. Limites da coisa julgada

Esta ação foi ajuizada na égide da Lei 9.718/98, anteriormente à vigência da Lei n. 12.973/2014.

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Extraí-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 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 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** do Agravo para **NÃO CONHECER** do Recurso Especial.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se e intímese.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

