

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.403 - RS (2019/0235273-2)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : GAVASSO E BIANQUINI LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO : MARCOS HAUSEN MARCHI - RS090520B

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo nos próprios autos da **FAZENDA NACIONAL**, contra decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fls. 379/386e):

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR, SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 69 STF. LEI Nº 12.973/2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUSPENSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESNECESSIDADE.

Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, " O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706), haja vista não consubstanciar receita.

Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98), inclusive no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo).

As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da COFINS e do PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706.

No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do quantum a ser recolhido aos cofres públicos.

A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos.

Superior Tribunal de Justiça

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, apenas corrigindo erro material (fls. 410/415e).

Sustenta-se estarem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 495/512e).

Com contraminuta (fls. 519/522e), os autos foram encaminhados a esta Corte.

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. 470/474e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 534/538e, pelo sobrestamento 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.

Superior Tribunal de Justiça

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 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. 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. 382/383e):

Cinge-se a controvérsia à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, objeto do Tema STF 69.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706, com repercussão geral reconhecida, relatado pela Min. Cármen Lúcia, decidiu, por maioria, que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Ao finalizar o julgamento, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social. O acórdão do aludido paradigma restou assim ementado:

Superior Tribunal de Justiça

(...)

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98). Essa conclusão também se aplica no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo) e até mesmo da Lei nº 12.973/14.

Ressalta-se, por oportuno, que as alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 não legitimam a incidência da COFINS e da contribuição ao PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706.

A propósito, quando do julgamento da questão de ordem no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade da expressão "de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977", contida no artigo 3º, caput, da Lei 9.718/98, no artigo 1º, § 1º, da Lei 10.637/02 e no artigo 1º, § 1º, da Lei 10.833/03, conforme redação dada pela Medida Provisória 627/16, posteriormente convertida na Lei 12.973/14, foi reconhecida sua perda de objeto, sob o fundamento de que, se a alteração da legislação realmente tivesse importado em modificação do conceito de receita bruta contido na redação anterior dos dispositivos em voga, o próprio Supremo Tribunal Federal teria declarado a perda de objeto do RE 574.706, deixando de pronunciar a tese do Tema nº 69.

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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**

Superior Tribunal de Justiça

CONHECER do Recurso Especial.

Publique-se e intímem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora

