

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.603.422 - PR (2019/0310432-0)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : RESIPEÇAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AUTO PEÇAS
LTDA
ADVOGADO : FLÁVIO AUGUSTO DUMONT PRADO - PR025706
ADVOGADOS : ANETE MAIR MACIEL MEDEIROS - DF015787
HENRIQUE GAEDE - PR016036

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo nos próprios autos da **FAZENDA NACIONAL**, contra decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado (fls. 549/561e):

TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ADEQUAÇÃO DO JULGADO.

Considerando que o entendimento adotado pela Turma diverge da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 69), segundo a qual "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS", cumpre alterar o julgado, em sede de juízo de retratação, adequando-o a esse entendimento.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 591/597e).

Sustenta-se estarem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial (fls. 683/700e).

Com contraminuta (fls. 704/719e), 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. 650/666e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 739/743e, pelo negativa de provimento do agravo em recurso especial.

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 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 ASSUETE 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. 550/555e):

No julgamento, com repercussão geral, do RE nº 574.706, o Tribunal Pleno do STF firmou o entendimento expresso no acórdão que traz a seguinte

ementa:

(...)

Deflui, dos termos do referido voto, que, na ótica do STF, os conceitos de faturamento e de receita não incluem o ICMS.

A tese então aprovada (tema 69) é a seguinte:

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Em face disso, fica reconhecido o direito do(a) impetrante de observar o entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

Consigne-se que o ICMS debitado nas operações sujeitas, simultaneamente, à sua incidência e à incidência do PIS e da COFINS, realizadas no período de apuração destas duas últimas contribuições, é que não deverá compor suas bases de cálculo.

Em contrapartida, pelo sistema da não cumulatividade, também o ICMS incidente nas operações que dão direito a créditos do PIS e da COFINS não poderá compor a base de cálculo de tais créditos.

(...)

Fica reconhecido, também, o direito ao ressarcimento, por meio da compensação, dos créditos apurados em virtude do recolhimento a maior do PIS e da COFINS, em virtude da inclusão do ICMS nas bases de cálculo dessas contribuições.

A compensação:

a) somente poderá ser efetuada a partir do trânsito em julgado da

decisão que a autorizar (CTN, artigo 170-A);

b) recairá sobre débitos próprios da impetrante relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;

c) não poderá ser promovida nas hipóteses em que a lei a veda ou a considera não declarada;

d) deverá ser formalizada por meio da entrega da respectiva declaração de compensação, nos prazos e na forma previstos na legislação tributária;

e) sujeita-se à homologação da autoridade administrativa;

f) poderá abranger, unicamente, os indébitos cujos ressarcimentos não estejam atingidos pela prescrição;

g) sujeita-se às demais normas que a regem.

Deverá ser observado, quanto à prescrição, o entendimento firmado, pelo Tribunal Pleno do STF, no acórdão que traz a seguinte ementa:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação

da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe- 195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540)

Os valores recolhidos indevidamente, cujo ressarcimento será feito pela via da compensação, sujeitam-se, a partir das datas em que tiverem sido promovidos os respectivos recolhimentos, aos acréscimos previstos no seguinte dispositivo da Lei nº 9.250/95:

Art. 39. (...) § 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Vide Lei nº 9.532, de 1997)

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 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.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora