

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.528.335 - PE (2019/0171850-5)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : MERCADINHO VALDENICE LTDA
ADVOGADO : MARCEL BURKHARDT COSTI - PE027375

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA NESTA VIA RECURSAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fls. 215-219, e-STJ):

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF (RE 574.706/PR). ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No RE 574.706/PR, julgado sob o regime do art. 1.036 do CPC, o Plenário do STF assentou que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, tendo em vista que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, mas apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. (Notícias STF, 15/03/2017).

2. A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. (RE 606171 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/02/2017, publ. em 03/03/2017). Não há que se falar em suspensão do processo para aguardar o julgamento final do RE 574.706/PR.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ e deste Tribunal, "o art. 166 do CTN é claro ao afirmar o fato de que deve sempre haver pelo intérprete, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. A prova a ser exigida na primeira situação deve ser aquela possível e que se apresente bem clara, a fim de não se colaborar para o enriquecimento

ilícito do poder tributante. Nos casos em que a lei expressamente determina que o terceiro assumiu o encargo, necessidade há, de modo absoluto, que o terceiro autorize a repetição de indébito (...) (STJ - 1ª Turma - AgRg no REsp 819627/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0028395-7 - J. em 16.05.2006 - Rel. Min. José Delgado), que não é o caso do PIS". (08016788320174058200, AC/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJ O (CONVOCADO), 1º Turma, JULGAMENTO: 10/04/2018; 08034767020174058300, AC/PE, DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1º Turma, JULGAMENTO: 15/12/2017) 4. Reconhece-se o direito da parte autora de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS, assegurando o direito à compensação, na via administrativa, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), dos valores pagos a maior a esse título, atualizados pela taxa SELIC, observados a prescrição quinquenal e o parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07 (que determina a inaplicabilidade do art. 74 da Lei nº 9.430/96 às contribuições sociais, restringindo a compensação a tributos da mesma espécie), resguardando-se ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar.

5. Condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC.

6. Apelação da Fazenda Nacional improvida. Apelação do particular provida.

Os embargos de declaração não providos (fls. 271-274, e-STJ).

No apelo especial, a Fazenda Nacional alega violação aos arts. 489, II, § 1º, IV e VI, e 1.022, II, ambos do CPC/2015; e, sucessivamente, o provimento do recurso especial, por ofensa aos arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, e 1.040 do CPC de 2015; 27 da Lei n. 9.868/99; e 85, §§ 3º e 4º, do NCPC, argumentando que deve ser determinado o sobrestamento do recurso, uma vez que "simplesmente não há como se determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS sem sequer identificar de qual ICMS se está a falar. Não há sentido em iniciar milhares liquidações de sentença sem que se tenha um critério uniforme para concretizar a tese firmada" (fl. 291, e-STJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 312-313, e-STJ.

Decisão de inadmissibilidade às fls. 315, e-STJ.

É o relatório. Passo a decidir.

De início, afasta-se a alegada violação dos artigos 489, II, § 1º, IV e VI, e 1.022, II, do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

Com efeito, assim se manifestou o Tribunal *a quo* a respeito da controvérsia (fls. 216-217, e-STJ):

[...]

No RE 574.706/PR, julgado sob o regime do art. 1.036 do CPC, o Plenário do STF assentou que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins, tendo em vista que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, mas apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

Quanto à eficácia imediata das decisões emanadas do Plenário do STF,

Superior Tribunal de Justiça

colhe-se o seguinte precedente: "A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma." (RE 606.171 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2017 PUBLIC 03-03-2017).

No que tange à comprovação das exigências elencadas no art. 166 do CTN, sustentada pelo Juiz a quo, razão assiste ao apelante. Nos termos da jurisprudência do STJ e deste Tribunal, "o art. 166 do CTN é claro ao afirmar o fato de que deve sempre haver pelo intérprete, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. A prova a ser exigida na primeira situação deve ser aquela possível e que se apresente bem clara, a fim de não se colaborar para o enriquecimento ilícito do poder tributante. Nos casos em que a lei expressamente determina que o terceiro assumiu o encargo, necessidade há, de modo absoluto, que o terceiro autorize a repetição de indébito(...)(STJ - 1ª Turma - AgRg no REsp 819627/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0028395-7 - J. em 16.05.2006 - Rel. Min. José Delgado), que não é o caso do PIS".

[...]

Reconhece-se o direito da parte autora de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS, assegurando o direito à compensação, na via administrativa, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), dos valores pagos a maior a esse título, atualizados pela taxa SELIC, observados a prescrição quinquenal e o parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07 (que determina a inaplicabilidade do art. 74 da Lei nº 9.430/96 às contribuições sociais, restringindo a compensação a tributos da mesma espécie), resguardando-se ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar.

Quanto aos honorários advocatícios, a luz do princípio da sucumbência, condeno apenas a ré ao pagamento de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC.

Assim, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e dou provimento à apelação do para autorizar a compensação, na via administrativa, após o trânsito em julgado (art. 170-A do particular, CTN), dos valores pagos a maior a esse título, atualizados pela taxa SELIC, observados a prescrição quinquenal e o parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07 (que determina a inaplicabilidade do art. 74 da Lei nº 9.430/96 às contribuições sociais, restringindo a compensação a tributos da mesma espécie), resguardando-se ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar e para condenar a ré no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Na hipótese, tem-se que o acórdão *a quo* esta fundamentado exclusivamente na interpretação dada pelo STF sobre *à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS*.

Dessa feita, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DO ICMS NA

BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES DO STJ. INADEQUAÇÃO DO AGRAVO INTERNO PARA VEICULAR DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto em 11/04/2016, contra decisão publicada em 06/04/2016.

II. Segundo se observa dos fundamentos que serviram para a Corte de origem deslindar a controvérsia, o tema referente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS foi dirimido no âmbito eminentemente constitucional, o que afasta a competência desta Corte para a análise do desiderato contido no Recurso Especial. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 768.212/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 12/11/2015; AgRg no AREsp 706.163/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 26/08/2015; AgRg no AREsp 657.266/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 05/06/2015; AgRg no REsp 1.487.527/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 26/11/2014.

III. Segundo o entendimento pacífico nesta Corte, "o recurso de agravo regimental não tem a finalidade de confrontar julgados ou teses dissonantes nem de dirimir eventual divergência acerca da matéria em exame. Consoante dispõe o art. 266 do RISTJ, em recurso especial, caberão embargos de divergência das decisões da Turma que divergirem entre si ou de decisão da mesma Seção" (STJ, AgRg no REsp 1.403.417/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 19/08/2014).

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 828.526/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25/5/2016)

Do mesmo modo, verifica-se que a petição de Recurso Especial possui fundamentação constitucional (interpretação do tema 69 da Repercussão Geral do STF), de modo que a sua análise encontra óbice no art. 102, III, da CF/88, que trata da competência exclusiva do STF.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS E DA COFINS. ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706/PR. TEMA 69/STF. SOBRESTAMENTO DO RESP. NÃO CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. O entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706/PR, Tema 69/STF, em sede de repercussão geral, é no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

2. A existência de precedente firmado pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 18/9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 30/5/2016).

3. Não subsiste a alegada prematuridade de julgamento que imediatamente aplica entendimento firmado pelo STF em julgamento de recurso com repercussão geral, de caráter vinculante e obrigatório, ao argumento de

Superior Tribunal de Justiça

eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração. Confiram-se: AgInt no RE nos EDcl no REsp 1.214.431/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, CORTE ESPECIAL, DJe 22/8/2018; AgInt no AREsp 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/5/2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/8/2018; AgRg no REsp 1.574.030/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2019.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.055.949/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 21/8/2019)

RECURSO ESPECIAL. REEXAME POR FORÇA DO ART. 1.040, CPC/2015. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA PREVISTA NOS ARTS. 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA. EXCLUSÃO DO VALOR DESTINADO AO PAGAMENTO DO ICMS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO FIRMADA NOS RESPS NNº 1.624.297 -RS, 1.638.772 - SC E 1.629.001 - SC, REPRESENTATIVOS DAS CONTROVÉRSIAS.

1. O STF, no julgamento do RE n. 574.706 RG / PR (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017), firmou tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (Tema 69/STF).

2. Em atenção à ratio deducendi formulada no precedente da Suprema Corte Brasileira este Superior Tribunal de Justiça emitiu julgamento nos repetitivos RESps ns. 1.624.297 - RS, 1.638.772/SC e 1.629.001/SC (Primeira Seção, julgados em 10 de abril de 2019), todos de relatoria da Min. Regina Helena Costa, no sentido da possibilidade também de exclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), instituída pela MP n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011.

3. Não há quaisquer elementos no processo em questão (situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada - art. 966, §6º, do CPC/2015) que permitam realizar um juízo de distinção ou de superação em relação ao precedente vinculante oriundo do Supremo Tribunal Federal, de modo que deve ser aplicado em sua integralidade, consoante os arts. 927, III; 985, I e II; 1.039; e 1.040, II, do CPC/2015.

4. Ressalva de entendimento pessoal do relator discordante do posicionamento do STF, já explicitado na ocasião do julgamento do REsp. n. 1.144.469 - PR (Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel p/acórdão, Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.08.2016).

5. A ressalva de entendimento se dá em homenagem a uma jurisprudência inaugurada há mais de 30 (trinta) anos com as Súmulas nn. 191 e 258 do extinto TFR, e em respeito às inúmeras e indesejadas consequências sistêmicas e econômicas de dimensões ainda não avaliadas que as razões de decidir do precedente lavrado pelo Supremo Tribunal Federal poderão ensejar quando empregadas em outros casos onde se discute a tributação sobre a receita, o faturamento ou parcela destes. Desta forma, a avaliação da pertinência da aplicação das razões de decidir do precedente do STF nos demais casos haverá que ser feita com cautela e de forma individualizada, consoante o regramento próprio de cada tributo sob exame.

6. A questão da modulação de efeitos é processual acessória ao pedido

principal da FAZENDA NACIONAL que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS e que foi decidida sob argumentação com predominância constitucional no repetitivo RE n. 574.706 RG / PR (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min.

Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017). Sendo assim, somente ao Supremo Tribunal Federal caberá analisar a possibilidade de suspender os processos sobre o tema a fim de aguardar a modulação dos efeitos do que ali decidido.

7. Agravo interno em recurso especial provido.

(AgRg no REsp 1.574.030/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2019)

Por fim, verifica-se que "o STJ tem entendido que a interpretação do conceito de faturamento para fins de incidência da contribuição ao PIS e à Cofins é matéria eminentemente constitucional, que foge à sua competência do âmbito do Recurso Especial" (REsp 1.278.769/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/12/2012).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 284 DO STF. PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA.

1. Segundo a firme jurisprudência desta Corte Superior o tema da inclusão da taxa paga às operadoras de cartão de crédito e débito na base de cálculo do PIS e da COFINS passa necessariamente pela definição e conceito de receita e faturamento previstos no art. 195, I, "b", da Constituição federal de 1988, sendo, portanto, matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal.

[...]

5. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1.435.966/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, Dje 16/02/2018).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC/1973. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. ACÓRDÃO QUE SE MANIFESTOU DE FORMA CLARA E FUNDAMENTADA A RESPEITO DA QUESTÃO RELEVANTE. SUBVENÇÕES ECONÔMICAS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA NESTA VIA RECURSAL.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que a interpretação do conceito de receita e faturamento para fins de incidência da contribuição ao PIS e à Cofins é matéria eminentemente constitucional, que foge à sua competência do âmbito do Recurso Especial. Precedentes: AgInt no REsp 1.435.966/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, Dje 16/2/2018; AgInt no REsp 1.368.328/RJ, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Dje 12/3/2018;
AgInt no AREsp 136.7613/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques,
Segunda Turma, Dje 19/2/2019

4. Agravo interno não provido (AgInt no Resp 1.668.205 - SP, Rel.
Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje 4/6/2019).

No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.261.346/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/09/2012; AgRg no REsp 1.199.538/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 09/08/2012; AgRg no REsp 1.226.835/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 10/05/2011; AgInt nos EDcl no AREsp 1.176.156/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 7/6/2019.

Ante o exposto, **conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de outubro de 2019.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator