

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.541.486 - PR (2019/0203179-1)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : CAP LOGISTICA FRIGORIFICADA S.A
ADVOGADOS : GILVAN ANTÔNIO DAL PONT - PR015275
Saimon Diego Saurin - PR051816
LIEGE DALLAGNOL HEBEL - PR062225

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 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fls. 185-193, e-STJ):

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

Afastado o sobrestamento para adoção 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".

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 900-903, e-STJ).

No apelo especial, a Fazenda Nacional alega violação ao art. 1.022, II, e parágrafo único, II, c/c art. 489, § 1º, ambos do CPC/2015; e, sucessivamente, o provimento do recurso especial, por ofensa aos arts. 13, § 1º, I, 19 e 20 da Lei Complementar n. 87/1996, o art. 1º da Lei n. 10.637/2002, o art. 1º da Lei n. 10.833/2003, art. 2º da Lei n. 9.715/98, e art. 2º da Lei Complementar n. 70/1991, "reconhecendo-se que o valor correspondente ao ICMS a recolher (ou ICMS a pagar) é que deve ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, de modo a afastar o critério do ICMS destacado da nota fiscal" (fl. 941, e-STJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 946-948, e-STJ.

Decisão de inadmissibilidade às fls. 954-956, e-STJ.

É o relatório. Passo a decidir.

De início, afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1.022 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.

869-873, e-STJ):

[...]

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:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, infine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Merece destaque o seguinte trecho do voto da relatora do referido acórdão, Ministra CARMEN LÚCIA:

8. Por ser inviável a apuração do ICMS considerando cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, resolveu-se adotar o sistema de sua apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS.

(...) Essa forma escritural de cálculo do ICMS a recolher baseia-se na verdade matemática segundo a qual a ordem dos fatores não altera o resultado. É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.

9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(...)

12. Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário para excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Sem condenação em honorários, nos termos da Súmula n. 512 do Supremo Tribunal Federal.

Proponho como tese do presente julgamento: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

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.

[...]

Ora:

a) na dicção do Tribunal Pleno do STF, o conceito de **receita** ou de **faturamento** não compreende o ICMS;

b) a exemplo do que fazia o ordenamento anterior à Lei nº 12.973/2014, o ordenamento resultante de suas alterações também prevê a incidência do PIS e da COFINS sobre a receita ou o faturamento, com a única diferença de ser mais expresso, já que faz remissão ao conceito de receita bruta estabelecido no artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/78, cujo parágrafo 5º determina a inclusão, na receita bruta, dos tributos sobre ela incidentes (caso do ICMS);

c) logo, o entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS aplica-se tanto ao ordenamento (dessas contribuições) anterior à Lei nº 12.973/2014, quanto ao ordenamento por ela alterado.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

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

Superior Tribunal de Justiça

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 eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração. Confirmam-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.

3. 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 REsp 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

Superior Tribunal de Justiça

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 16/2/2018).

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.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

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. 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