

RECURSO ESPECIAL Nº 1.827.141 - PR (2019/0208978-1)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE : ELETROPAR AUTOPEÇAS LTDA
ADVOGADO : GILMARA ALVES DE MELLO SIMAS - PR080725
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto por Eletropar Autopeças Ltda., com amparo nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região assim ementado (e-STJ, fls. 230-231):

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DAS SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. São cabíveis embargos de declaração contra decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; suprir omissão ou corrigir erro material, conforme dispõe o artigo 1.022 do CPC.

2. Constatada a existência de erro material, devem ser acolhidos os embargos de declaração para correção da inconsistência.

3. Não se pode extrair do Tema nº 69 do STF a conclusão de que os valores pagos a título de PIS e COFINS devem ser excluídos das suas próprias bases de cálculo. Em primeiro lugar, porque os fundamentos em que o Supremo Tribunal Federal se baseou para declarar a impossibilidade de o ICMS integrar a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS não são uníssonos e tampouco se estendem automaticamente à incidência dessas contribuições sobre si próprias. Em segundo lugar, porque, a rigor, a COFINS e a contribuição ao PIS não integram as suas próprias bases de cálculo.

4. A despeito da dicção legal, sequer se pode falar que a COFINS e o PIS são tributos "calculados por dentro", na medida em que essa expressão diz respeito a tributos não cumulativos que incidem sobre o valor da operação e/ou da prestação de serviço e que, apesar de serem destacados na nota fiscal para fins de creditamento pelo adquirente e/ou tomador do serviço, não são acrescidos ao montante da operação e/ou da prestação, como sucede com o ICMS no regime normal de tributação. Em contraposição, a COFINS e a contribuição ao PIS não incidem sobre o valor da operação e/ou da prestação de serviço, senão sobre a receita bruta das empresas; e mesmo no regime não cumulativo, não há destaque do seu valor na nota fiscal para fins de creditamento pelo adquirente ou pelo tomador do serviço, na medida em que o valor do crédito deste não corresponde ao montante devido pelo alienante e/ou pelo prestador do serviço. Como não incidem sobre o valor da operação, não há como se reconhecer que, sob uma perspectiva jurídica, estejam inclusos em tal montante.

Superior Tribunal de Justiça

5. Em suma, a COFINS e a contribuição ao PIS não compõem, a rigor, a receita bruta. São simplesmente contribuições que oneram essa materialidade. Por consequência, não há falar em incidência da COFINS sobre a COFINS ou sobre a contribuição ao PIS, da mesma forma que não se pode falar na incidência desta contribuição sobre aquela. E, por idêntica razão, não há fundamento jurídico para se reconhecer o direito dos contribuintes à exclusão de tais valores das bases de cálculo das contribuições em apreço.

A parte recorrente aduz, em síntese, que (e-STJ, fl. 244):

Após a alteração do conceito de receita bruta trazida pela lei 12.973/2014, houve a alteração da legislação referente ao PIS e a COFINS, incorporando a ela, indiretamente, o conceito de receita bruta previsto no art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77.

No entanto, a Lei nº 12.973/2014 não pode determinar que na receita bruta (compreendida no faturamento) sejam incluídos tributos sobre ela incidentes (conforme o § 5º incluído no artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77).

Requer, assim, sejam excluídos os valores referentes à contribuição sobre PIS e Cofins de suas próprias bases de cálculo.

Contrarrrazões recursais apresentadas às e-STJ, fls. 258-274.

Admitido o recurso especial na origem (e-STJ, fls. 277-278), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

O tema da exclusão do PIS e da Cofins de suas próprias bases de cálculo foi decidido pelo Tribunal de origem com fundamentação de cunho eminentemente constitucional, sendo defeso o exame por este Tribunal, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte.

É o que se depreende do seguinte excerto do julgado questionado (e-STJ, fls. 300-301):

"Cinge-se a controvérsia à inclusão ou não da contribuição ao PIS e da COFINS nas suas próprias bases de cálculo, haja vista que as impetrantes pretendem a aplicação, por simetria, da interpretação dada pelo STF no julgamento do RE 574.706/PR. Defendem, em síntese, que os valores dessas contribuições sociais se destinam ao pagamento de terceiros (União), não se incorporando ao seu patrimônio, porquanto apenas transitam pela sua contabilidade, sem configurar receita da empresa.

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.

[...]

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".

Ocorre que não se pode extrair de tal julgamento a conclusão de que os valores pagos a título de PIS e COFINS devem ser excluídos das suas próprias bases de cálculo.

Em primeiro lugar, porque os fundamentos em que o Supremo Tribunal Federal se baseou para declarar a impossibilidade de o ICMS integrar a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS não são uníssonos e tampouco se estendem automaticamente à incidência dessas contribuições sobre si próprias.

Deveras, ao decidir o Tema nº 69, o STF conferiu acentuada relevância ao regime não cumulativo do ICMS para declarar a impossibilidade de o valor correspondente a este imposto integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, como se denota da análise do inteiro teor do precedente e deste excerto da ementa: "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". E as multicitadas contribuições incidem de forma cumulativa para as empresas que pagam o IRPJ e a CSLL sobre o lucro presumido; e para as demais empresas que as recolhem (sujeitas à apuração do lucro real), adota-se um peculiar regime não cumulativo, inconfundível com o do ICMS. Logo, não há como se transpor automaticamente os fundamentos do Tema nº 69 para a controvérsia em tela.

Em segundo lugar, porque, a rigor, a COFINS e a contribuição ao PIS não integram as suas próprias bases de cálculo.

Sequer se pode falar que são tributos "calculados por dentro", na medida em que essa expressão diz respeito a tributos não cumulativos que incidem sobre o valor da operação e/ou da prestação de serviço e que, apesar de serem destacados na nota fiscal para fins de creditamento pelo adquirente e/ou tomador do serviço, não são acrescidos ao montante da operação e/ou da prestação, como sucede com o ICMS no regime normal de tributação. Em contraposição, a COFINS e a contribuição ao PIS não incidem sobre o valor da operação e/ou da prestação de serviço, senão sobre a receita bruta das empresas; e mesmo no regime não cumulativo, não há destaque do seu valor na nota fiscal para fins de creditamento pelo adquirente ou pelo tomador do serviço, na medida em que o valor do crédito deste não corresponde ao montante devido pelo alienante e/ou pelo prestador do serviço. Como não incidem sobre o valor da operação, não há como se reconhecer que, sob uma perspectiva jurídica, estejam inclusos em tal montante.

Colho, a propósito, excerto de artigo em que analiso o conceito legal de receita bruta, considerando a controvérsia do Tema nº 69.

Nesse contexto, eventual contrariedade, caso existente, ocorreria no plano constitucional, sendo inviável a rediscussão da matéria por esta Corte Superior em recurso especial.

Superior Tribunal de Justiça

Consoante reiterada jurisprudência, "não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na Constituição Federal, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal" (AgInt no REsp 1.765.436/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/5/2019).

Ademais, "esta Corte já se manifestou no sentido de que, apesar de constar de lei federal, a definição de faturamento para delimitar a base de cálculo do PIS e da COFINS tem índole constitucional" (AgInt nos EDcl no AREsp 874.055/AM, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 19/9/2016).

A corroborar com tal posicionamento, em hipóteses assemelhadas:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI N. 12.546/11. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA DA EMPRESA. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DO ICMS, ISS, PIS E COFINS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RECEITA E FATURAMENTO. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. Na espécie, o Tribunal de origem apreciou a controvérsia acerca da base de cálculo da contribuição previdenciária instituída pela Lei n. 12.546/2011 sob enfoque constitucional, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial.

3. Segundo a jurisprudência majoritária desta Corte, a discussão referente ao conceito de faturamento e receita bruta, notadamente no que se refere à definição da base de cálculo, implica análise de matéria constitucional, o que é vedado nesta Corte Superior, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.505.664/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/3/2015, DJe 9/3/2015)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI 9.718/98 DECLARADA PELO STF. INOVAÇÃO RECURSAL, EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE DECIDIU A MATÉRIA SOB FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Superior Tribunal de Justiça

I. Descabe a esta Corte emitir juízo de valor, em Agravo Regimental, sobre teses que não foram objeto do Recurso Especial, por se tratar de inovação recursal, vedada, em razão da preclusão consumativa.

Inovação do feito que não se admite. Precedentes.

II. Trata-se de Execução Fiscal que visa cobrar débitos da COFINS, com base no § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que foi declarado inconstitucional, pelo STF, por considerar que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. O acórdão de origem manteve a extinção do processo de execução, haja vista a inconstitucionalidade dos fundamentos jurídicos do título executivo.

III. Inviável o Recurso Especial, interposto contra acórdão que decidiu a controvérsia sob enfoque exclusivamente constitucional.

Precedentes do STJ.

IV. "A discussão relativa à validade da alteração da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei 9.718/1998, notadamente no que tange à definição dos conceitos de receita bruta e faturamento, foi dirimida pelo Tribunal *a quo* com base na interpretação do art. 195, I, da CF. Nesse contexto, é inviável reformar o acórdão recorrido no STJ, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, visto que a questão de fundo do presente feito foi tratada na origem à luz de fundamentos constitucionais, o que torna inviável sua alteração em Recurso Especial" (STJ, AgRg no Ag 1.407.946/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/9/2011).

V. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 346.760/PE, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/5/2014, DJe 14/5/2014)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial.

Tendo em vista que o acórdão combatido foi publicado na vigência do novo CPC, em virtude da constatação de fundamento eminentemente constitucional no aresto impugnado, deve a parte recorrente ser intimada para, no prazo de 15 dias, demonstrar a existência de repercussão geral e se manifestar sobre a questão constitucional aventada no mencionado acórdão, nos termos do art. 1.032 do CPC/2015.

Sucessivamente, dê-se vista à parte recorrida para, querendo, contra-arrazoar os fundamentos apresentados pela insurgente, no prazo de 15 (quinze) dias.

Após, remetam-se os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

Ministro Og Fernandes
Relator