

RECURSO ESPECIAL Nº 1.841.464 - PR (2019/0219311-8)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : PEDREIRA GUARAVERA LTDA
ADVOGADOS : EDVAL LUIZ MAZZARI JÚNIOR - PR051389
FERNANDO PASCHOAL LOPES - PR046886

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. 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. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 402, e-STJ):

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

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".

Embargos de declaração rejeitados.

O recorrente alega violação do artigo 1.022, II, e parágrafo único, II, 489, §1º, V, ambos do CPC/2015, ao argumento de vício de fundamentação, por não apontar os fundamentos determinantes que justificariam a exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS/COFINS.

Quanto às questões de fundo, sustenta ofensa aos artigos 11, 489, II, 10, 141, 490 e 192 do CPC/2015; 13, §1º, I, 19 e 20 da LC n. 87/1996; 1º da Lei n. 10.637/2002; 1º da Lei n. 10.833/2002; 2º da Lei n. 9.715/1998, 2º da Lei n. 9.718/1998 e 2º da LC n. 70/1991, sob o argumento de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, bem como suscitando a tese de que o valor correspondente ao ICMS a recolher/pagar é que deve ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, afastando-se o critério do ICMS destacado na nota fiscal.

Com contrarrazões (fls. 499-518, e-STJ).

Decisão de conversão do agravo em recurso especial na fl. 608, e-STJ.

É o relatório. Passo a decidir.

Não merece prosperar o recurso.

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.

A Corte de origem, ao apreciar a controvérsia, assim se posicionou:

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, in fine, 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

Superior Tribunal de Justiça

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. [...]

Na hipótese, tem-se que o acórdão *a quo* está fundamentado exclusivamente na interpretação dada pelo STF sobre a 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 REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

Superior Tribunal de Justiça

PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Segundo se observa dos fundamentos que serviram para a Corte de origem deslindar a controvérsia, o tema referente à exclusão do ICMS da 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 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.

II. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1496817/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23/10/2015).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO (SAT). ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA EM FUNÇÃO DO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP), POR NORMA CONSTANTE DE ATO INFRALEGAL. DISCUSSÃO DE CONTOURNO CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. RE 684.261/RS.

1. Inexiste violação dos arts. 458 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. As Turmas que integram a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que a discussão sobre a alteração de alíquota da contribuição ao SAT, em função do Fator Acidentário de Prevenção (FAP), por norma constante de ato infralegal, é estritamente de natureza constitucional, entendimento esse reforçado pela circunstância de o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a repercussão geral do tema, nos autos do Recurso Extraordinário 684.261/RS.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1458980/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/09/2015).

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 E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ITBI. BASE DE CÁLCULO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. **FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF.**

1. O acórdão recorrido encontra-se assentado em fundamento constitucional - princípio da legalidade - e na legislação local (Leis 11.154/1991, 14.256/2006 e Decreto 46.228/2005, do Município de São Paulo), de modo que a sua desconstituição encontra óbice no art. 102, III, da CF/88, que trata da competência exclusiva do STF e na Súmula 280/STF, que veda o exame da legislação local em sede de recurso especial.

2. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.551.942/SP, Rel. Min.

Superior Tribunal de Justiça

Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5/10/2016, grifo nosso).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI). ATUALIZAÇÃO DOS VALORES VENAIIS DOS IMÓVEIS. LEI MUNICIPAL 14.256/2006 E DECRETO MUNICIPAL 46.228/2005. AFASTAMENTO DE SUAS REGRAS, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O Tribunal de origem, por entender que eram ilegais os parâmetros estabelecidos no Decreto Municipal 46.228/2005 e na Lei 14.256/2006, para a fixação da base de cálculo do ITBI, determinou a adoção do critério previsto na Lei Municipal 11.154/91.

II. Assim, torna-se inviável, em Recurso Especial, o exame da matéria nele inserida, diante da incidência, por analogia, da Súmula 280 do STF, que dispõe: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". Nesse sentido: STJ, REsp 1.219.229/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/02/2014; AgRg no AREsp 475.774/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 1º/07/2015.

III. Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp 793.070/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17/3/2016).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ITBI. BASE DE CÁLCULO. A DESPEITO DA ALEGAÇÃO DE AFRONTA A NORMAS FEDERAIS (ARTS. 38 E 148 DO CTN) NAS RAZÕES RECURSAIS, A CONTROVÉRSIA FOI DECIDIDA PELA CORTE ESTADUAL À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL (DECRETO MUNICIPAL 46.228/2005; LEI MUNICIPAL 11.154/91; ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS MUNICIPAIS). CONTUDO, É VEDADA A APRECIÇÃO DE LITÍGIO DECIDIDO COM BASE EM DIREITO LOCAL, NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É inviável a reforma do julgado atacado em Recurso Especial quando sua fundamentação está baseada na interpretação de legislação local. Incidência da Súmula 280/STF.

2. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO a que se nega provimento (AgRg no AREsp 718.754/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 4/9/2015).

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.

Superior Tribunal de Justiça

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, grifo nosso).

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. 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, grifo nosso).

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.

Ante o exposto, **conheço parcialmente do recurso especial** e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator