

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.609.274 - SC (2019/0321654-5)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : MANNES LTDA
ADVOGADOS : TAMARA RAMOS BORNHAUSEN - SC007598
FÁBIO GIROLLA - SC010371

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado pela **Fazenda Nacional**, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 511):

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 declaratórios, foram estes rejeitados (fls. 533/540).

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação ao art. 489, § 1º, V, 1.022, II, parágrafo único, do CPC/2015; 13, § 1º, I, 19, 20 da Lei Complementar 87/96; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2002; 2º da Lei 9.715/88; e 2º da Lei Complementar 70/91. Sustenta que: **(I)** a despeito dos embargos de declaração, o Tribunal de origem remanesceu omissos acerca das questões neles suscitadas, a saber, "ao deixar de indicar os fundamentos do acórdão paradigma que se referia ao capítulo específico do ICMS destacado da nota fiscal" (fl.561); e **(II)** "ao reconhecer o direito de o contribuinte excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor corresponde ao ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias, o eg. Tribunal a quo não

Superior Tribunal de Justiça

só desconsiderou as implicações nefastas em desacordo com o efetivamente restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706 (tema 69 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal)" (fls. 574/575), sendo certo que "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, também chamado ICMS escritural" (fl. 575).

É O RELATÓRIO. SEGUE-SE A FUNDAMENTAÇÃO.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.

Com efeito, a respeito da questão apontada como omitida, colhe-se do acórdão recorrido expressa manifestação (cf. fls. 165/170). Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

No mais, destaca-se da fundamentação do acórdão recorrido o seguinte trecho (fls. 501/503- grifou-se):

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/PR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Pleno, julgado em 15/03/2017).

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

8. Por ser inviável à 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 escriturai do ICMS.(...)

Essa forma escriturai 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

(...)

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".

Colhe-se, ademais, do acórdão que julgou os embargos de declaração

(fl.536):

A embargante pretende a reforma do decisum, a fim de que se reconheçam as lacunas que reputa presentes no julgado, com o fito de, conferindo efeitos infringentes aos presentes embargos, arredar a conclusão de que o ICMS a ser deduzido da base de cálculo do PIS e da COFINS é o ICMS destacado nas notas fiscais.

No que diz respeito à alegação de que o julgado carece de fundamentação no ponto em que determinou a exclusão do ICMS destacado da base de cálculo do PIS e da COFINS, teço as considerações que se seguem.

O voto-condutor apontou, expressamente, que, na ótica do STF, os conceitos de faturamento e de receita não incluem o ICMS.

Ora, o ICMS incidente sobre a receita ou sobre o faturamento é aquele destacado nos documentos fiscais, ou seja, o ICMS debitado.

Superior Tribunal de Justiça

O ICMS recolhido ou a recolher corresponde, de regra, a apenas uma parte do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte que o apura.

Sucedede que o Tribunal Pleno do STF, no julgamento do RE nº 574.706, firmou a tese no sentido de que o ICMS, todo ele, não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em suma, a tese firmada pelo Tribunal Pleno do STF não pode ser aplicada apenas em parte.

Logo, não há falar em ausência de fundamentação da decisão embargada.

Assim, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamentos eminentemente constitucionais, a saber, o posicionamento consolidado pela Corte Suprema quando do julgamento do **RE 574.706/PR - Tema 69 da Repercussão Geral** (Tese firmada: "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"), matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator