

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.572.203 - RS (2019/0256012-9)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **FAZENDA NACIONAL**
AGRAVADO : **EXPRESSO CAXIENSE S/A**
ADVOGADO : **IAGUI ANTÔNIO BERNARDES BASTOS - SP138071**

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. 240):

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LC Nº 118, DE 2005.

Em se tratando de ação para aproveitamento em compensação tributária de quantias pagas indevidamente, a título de tributo, ajuizada depois de 09-06-2005, ou seja, após a vacatio legis da Lei Complementar nº 118, de 09-02-2005, que alterou o art. 168 do Código Tributário Nacional (CTN), o prazo prescricional aplicável é de cinco (5) anos.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO.

É indevida a inclusão dos valores referentes ao ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados, nos termos da seguinte ementa (fl. 314):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. FORMA DE RESTITUIÇÃO. OMISSÃO.

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. A forma de restituição é mero efeito da sentença e, por isso, deve ser fixada desde já. A restituição deve obedecer à forma como calculados o PIS e a COFINS; assim, entendendo que deve-se dar sobre o valor destacado na nota fiscal, e não sobre o valor

Superior Tribunal de Justiça

efetivamente "pago", já que eventuais compensações na escrita fiscal (créditos) não são levados em conta para apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 10, 11, 141, 489, § 1º, V, 490, e 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.331); 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 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.344/345), 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. 345).

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. 242/245), integrado pelo acórdão que julgou os pertinentes aclaratórios (fls.305/306). 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. 243/244- grifou-se):

O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 574.706/PR com repercussão geral reconhecida, firmou a orientação de que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). O julgado paradigma restou assim sintetizado:

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).

Superior Tribunal de Justiça

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" (Tema nº 69 do STF).

Acresce que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se de imediato, desde a publicação do acórdão, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado do leading case ou mesmo o julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela União, nos quais pedida a modulação de efeitos (v.g. Rcl 30996 TP/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-164 DIVULG 13- 08-2018 PUBLIC 14-08-2018).

Ressalte-se, ademais, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se mesmo após a alteração legislativa efetuada pela Lei nº 12.973, de 2014, conforme entendeu a Corte Especial deste Tribunal ao declarar a perda de objeto do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000, no pressuposto de que "se a alteração da legislação realmente tivesse importado em modificação do conceito de receita bruta contido na redação anterior dos dispositivos em voga, o próprio Supremo Tribunal Federal teria declarado a perda de objeto do RE 574.706, deixando de pronunciar a tese do Tema nº 69" (TRF4, Questão de Ordem no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Des. Federal Fernando Quadros da Silva, Juntado aos Autos em 30-07-2018).

Daí que, no caso concreto, tem a parte impetrante o direito de ver excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores atinentes ao ICMS, mesmo após a vigência da Lei nº 12.973, de 2014.

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

305):

A alegação da embargante de que o valor de ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais foi formulada apenas nas suas razões de embargos de declaração. Não havia razão, dessarte, para a Turma examinar essa questão, que não constou da petição inicial e nem foi debatida pelas partes antes da sentença, o que hoje se reconhece como indispensável à validade da decisão judicial (cf. CPC, art. 10).

Da leitura do excerto supracitado, é possível alcançar duas conclusões. A primeira é que, no presente caso, o recurso especial não impugnou fundamento basilar que

Superior Tribunal de Justiça

ampara o acórdão recorrido, a saber, "*a alegação da embargante de que o valor de ICMS a ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais foi formulada apenas nas suas razões de embargos de declaração. Não havia razão, dessarte, para a Turma examinar essa questão, que não constou da petição inicial e nem foi debatida pelas partes antes da sentença*", esbarrando, pois, no obstáculo da Súmula 283/STF, que assim dispõe: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida se assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*". A respeito do tema: **AgRg no REsp 1.326.913/MG**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4/2/2013; **EDcl no AREsp 36.318/PA**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012.

A segunda conclusão alçada é 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