

# Superior Tribunal de Justiça

## AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.548.780 - SC (2019/0214926-0)

**RELATOR** : MINISTRO SÉRGIO KUKINA  
**AGRAVANTE** : FAZENDA NACIONAL  
**AGRAVADO** : KARSTEN S/A  
**ADVOGADOS** : JÚLIO CÉSAR KREPSKY - SC009589  
CLAYTON RAFAEL BATISTA - SC014922  
FERNANDO FERNANDES - SC052472

### 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. 589):

*TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR. SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69 STF. LEI 12.973/2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUSPENSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESNECESSIDADE.*

*Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706). haja vista não consubstanciar receita.*

*Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98). inclusive no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo).*

*As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da COFINS e do PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE nº 574.706.*

*No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do quantum a ser recolhido aos cofres públicos.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos.*

Opostos embargos declaratórios, foram estes rejeitados (fls. 615/620).

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 omissa 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. 629); 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.237/238), 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. 238).

## **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.

# *Superior Tribunal de Justiça*

No mais, destaca-se da fundamentação do acórdão recorrido o seguinte trecho (fls. 166/167- grifou-se):

*O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574.706, com repercussão geral reconhecida em sessão do dia 15/03/2017 e tendo por relatora a 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.*

*O acórdão do aludido paradigma restou assim ementado:*

**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).*

*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".*

*Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98). Essa conclusão também se aplica no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo) e até mesmo da Lei nº 12.973/14.*

*Ressalta-se, por oportuno, que as alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 não legitimam a incidência da COFINS e da contribuição ao PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706.*

*A propósito, quando do julgamento da questão de ordem no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade da expressão "de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977", contida no artigo 3º, caput, da Lei 9.718/98, no artigo 1º, § 1º, da Lei 10.637/02 e no artigo 1º, § 1º, da Lei 10.833/03, conforme redação dada pela Medida Provisória 627/16, posteriormente convertida na Lei 12.973/14, foi reconhecida sua perda de objeto, sob o fundamento 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.*

*(...)*

*Ademais, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão quando do julgamento do RE nº 574.706, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal, in verbis:*

*Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".*

*(...) 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.*

*(...) 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.*

*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. (sem grifos no original)*

*Dessa forma, tem a parte autora o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014, a fim de que, ajustada a nova base de cálculo, apure os valores indevidamente pagos.*

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

(fl.196):

*A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União no RE 574.706/PR, não tem o condão de suspender a análise da tramitação dos processos sobre o tema. Com efeito, a jurisprudência do STF encontra-se sedimentada no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

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

