

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.630 - RS (2019/0235818-5)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : COMEL COMERCIO DE MATERIAIS ELETRICOS E
HIDRAULICOS LTDA
ADVOGADO : FELIPE GAZOLA VIEIRA MARQUES - MG076696

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. 159):

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

Afastado o sobrestamento para 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".

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 191/196).

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, "*no ponto específico que trata da exclusão do ICMS destacado da nota fiscal, uma vez que não se indicou os fundamentos determinantes do acórdão paradigma*" (fl. 221); e (II) "*a despeito das nebulosas dúvidas que ainda pairam sobre a conclusão do julgamento do RE 574706 (tema 69 da repercussão geral), o v. acórdão recorrido reconheceu em favor do contribuinte "o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento"*" (fl. 224), uma vez 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. 225).

Decisão presidencial local negou seguimento ao recurso extraordinário da **Fazenda Nacional** às fls. 262/264, considerando a conformidade do acórdão recorrido com o que decidido pelo STF no **RE 574.706/PR**.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 322/325).

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. 193/196). 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. 160/162 - 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, 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:

[...]

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.

[...]

*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.

Ademais, no exame dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, a Corte regional consignou o seguinte (fl. 194 - grifou-se):

O 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.

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.

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 nQ 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.

Diante desse contexto, 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

Superior Tribunal de Justiça

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 (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator