AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.670.496 - PR (2020/0046160-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO PRESIDENTE DO STJ**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	AGOSTINHO ZARPELLON E FILHOS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADO	:	SILVIO LUIZ DE COSTA - SC005218A

DECISÃO

Trata-se de agravo apresentado pela FAZENDA NACIONAL contra a decisão que não admitiu seu recurso especial.

O apelo nobre, fundamentado no art. 105, inciso III, alínea "a", da CF/88, visa reformar acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim resumido:

> TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ADEQUAÇÃO DO JULGADO.

Quanto à primeira controvérsia, alega violação do art 1.022, inciso II, e parágrafo único, inciso II, do CPC, no que concerne à negativa de prestação jurisdicional, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

> Cumpre destacar que as questões tidas por omitidas não se tratam de mero inconformismo em face de decisão contrária aos interesses da Fazenda Nacional, mas, pelo contrário, constituem fundamentos imprescindíveis à correta e integral resolução da controvérsia judicial, cuja análise certamente infirmaria os fundamentos deduzidos pelo v. acórdão recorrido, pois visavam sanar omissão concernente à natureza do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a qual, frise-se, não consta expressamente da tese firmada no tema 69 da repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, tanto assim o é que foram opostos embargos de declaração no próprio acórdão paradigma (fl. 1072).

Quanto à segunda controvérsia, alega violação do art. 489, § 1°, inciso V, do CPC, no que concerne à deficiência na fundamentação do acórdão recorrido, que se limitou a invocar precedente proferido em sede de repercussão geral sem indicar os fundamentos determinantes que justificariam a definição do critério de cálculo do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6071B52E-14B3-4672-877D-AFB921BD3061

> Eis aqui o vício de fundamentação a que incide o v. acórdão recorrido, pois, ao fundamentar que a questão relativa à natureza do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS referia-se ao "mérito da controvérsia do próprio acórdão paradigma", competia-lhe indicar os fundamentos determinantes que justificariam a exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS/COFINS, o que efetivamente não o fez.
>
> 13. Com efeito, ao deixar de indicar os fundamentos do acórdão paradigma que se referia ao capítulo específico do ICMS destacado da nota fiscal, o v. aresto recorrido incorreu em clara e manifestação violação ao artigo 1.022, inciso II, e parágrafo único, inciso II, c/c o artigo 489, §1º, inciso V, do Código de Processo Civil [...] (fl. 1071).

Quanto à terceira controvérsia, alega violação dos arts. 10, 11, 141, 192, 489, inciso II, e 490 do CPC, no que concerne à ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido quanto ao critério de cálculo a ser utilizado, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

> Ao longo da tramitação processual a questão relativa ao critério de cálculo a ser utilizado não foi debatida nos autos. Não houve discussão sobre qual o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Os argumentos jurídicos, tanto da parte autora quanto ré, limitaram-se a defesa da tese em si, ou seja, se os valores do ICMS poderiam ser incluídos no valor total das receitas auferidas no mês, contudo, em momento algum houve discussão sobre a apuração do ICMS.
>
> Dessa forma, o acórdão recorrido, que consignou que deve ser excluído o ICMS destacado nas notas fiscais, violou normas processuais importantes, que garantem o devido processo legal, e o direito à defesa.
>
> Por todo o exposto, a decisão recorrida deve ser anulada por ausência de fundamentação. Superada a alegação de ausência de fundamentação, impõe-se a reforma do acórdão recorrido, excluindo-se das razões de decidir as determinações atinentes à qual o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, tendo em vista que tal controvérsia não faz parte dos limites da lide e não foi discutida nos autos (fl. 1074).

Quanto à quarta controvérsia, alega violação dos arts. 13, § 1°, inciso I, 19 e 20, da Lei Complementar n. 87/96; 1° da Lei n. 10.637/02; 1° da Lei n. 10.833/02; 2º da Lei n. 9.715/89; e 2° da Lei Complementar n. 70/91, sob o fundamento de que ainda não se definiu em sede de repercussão geral qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS, e de que, a partir de uma interpretação do mérito julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível se concluir que o valor a ser excluído deve ser aquele relativo à parcela a recolher para a Fazenda Pública, e não ao ICMS destacado nas notas fiscais, trazendo o(s) seguinte(s) argumento(s):

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6071B52E-14B3-4672-877D-AFB921BD3061

No entanto, 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", o que, ao nosso entender viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991.

[...]

V.A – TEMA 69 DE REPERCUSSÃO GERAL

i) O QUE (NÃO) FOI DECIDIDO?

37. "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Esse foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706/PR, que fixou o Tema 69 de Repercussão Geral, e esse foi o entendimento adotado no v. acórdão recorrido, razão pela qual a Fazenda Nacional não se insurge contra a tese neste momento processual.

A discussão aqui é outra, uma vez que o acórdão paradigma não enfrentou expressamente todas as questões decorrentes da tese fixada. Não houve, por exemplo, definição a respeito da exclusão do ICMS-Substituição Tributária das operações realizadas pelos substituídos; não houve definição da exclusão de outros tributos da base de cálculo do PIS e da COFINS; e – mais importante para o caso em apreço – não houve definição a respeito de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, se o ICMS destacado na nota fiscal ou se o ICMS a recolher (E tais temas não seria de ordem constitucional, o que autoriza a interposição do presente recurso especial).

O ideal, reconheça-se, era que a questão tivesse sido decidida expressamente já no julgamento da repercussão geral. Disso não discorda a Fazenda Nacional, que inclusive retomou a discussão nos embargos de declaração opostos contra o acórdão do RE nº 574.706/PR, ainda pendentes de julgamento. Mas este é o quadro que se apresenta no momento: uma tese fixada em sede de repercussão geral que não define expressamente que parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

[...]

ii) O QUE PODE SER EXTRAÍDO DO ACÓRDÃO PARADIGMA DO STF

42. Afirmamos no tópico precedente que a Suprema Corte não tomou posição expressa a respeito de qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS – se o ICMS destacado na nota ou se o ICMS a recolher, resultante do encontro de contas entre débitos e créditos do imposto. Isso, porém, não significa que não seja possível extrair uma conclusão a partir das premissas firmadas no acórdão.

43. O principal fundamento do voto vencedor é o de não constituir o ICMS receita do contribuinte, porque se trata de valor que será repassado ao Estado. A relatora, ministra Cármen Lúcia, cita parecer de Roque Antônio Carrazza, no qual o tributarista faz paralelo entre o conceito de receita pública, tal como concebido por Aliomar Baleeiro, e o conceito de receita ou faturamento, para fins de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS. Para Baleeiro, as quantias recebidas pelos cofres públicos são

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6071B52E-14B3-4672-877D-AFB921BD3061

> genericamente designadas entradas ou ingressos financeiros. A receita pública é a espécie do gênero entrada que se distingue por integrar-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas 1 . Daí por que, analogamente, o ingresso no caixa do estabelecimento do montante destinado ao recolhimento de ICMS não poderia ser considerado receita.
>
> [...]
>
> Dois pontos apontam na direção da exclusão do ICMS a recolher. No item 1 – que contextualiza a discussão e deve servir de norte para o que vem a seguir –, a ementa fala em apuração mensal do ICMS e em ICMS a recolher. E no item 3, ficou dito que não se inclui todo o ICMS na definição de faturamento. "Todo" tem nessa frase o sentido de "inteiro". Isso, porém, não significa que pelo menos parte do ICMS não integra o conceito – ao menos a parte destacada na nota fiscal que não é repassada ao Estado. O que quis dizer a ministra Cármen Lúcia foi que não se inclui o ICMS todo (todo ele, ele todo) na base de cálculo das contribuições. Do ponto de vista lógico-formal, se dizemos que o inteiro de X não está contido em Y, isso não significa que parte de X não está contida em Y. A propósito, se considerados o item 1 da ementa e o argumento de que o ICMS não constitui receita porque é repassado ao Estado, o único conteúdo semântico admissível para o trecho é o de que o ICMS a recolher (parte do todo, do ICMS destacado na nota fiscal) é que não integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (fls. 1075/1079).

É o relatório. Decido.

No que concerne à primeira controvérsia, na espécie, incide o óbice da Súmula n. 284/STF, uma vez que a parte recorrente aponta a violação do art. 1.022 do CPC/2015 (art. 535 do CPC/1973) sem a anterior e necessária oposição de embargos declaração, o que atrai a aplicação, por conseguinte, do referido enunciado: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou na linha de que "os embargos de declaração representam o meio adequado a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes na decisão agravada. Não opostos os competentes embargos, a análise da pretensão de nulidade da decisão encontra o óbice contido na Súmula 284 do STF" (AgInt no AREsp n. 1.175.224/MT, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 13/11/2018).

Confiram-se ainda os seguintes julgados: AgInt no REsp n. 1.367.247/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 6/10/2016; REsp n. 1.728.189/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/11/2018; e AgRg no AREsp n. 338.282/PR, relator Ministro João Otávio De Noronha, Terceira

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6071B52E-14B3-4672-877D-AFB921BD3061

Turma, DJe de 11/11/2013; AgRg no AREsp n. 99.038/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 26/9/2012.

Quanto à segunda e à terceira controvérsias, incide o óbice das Súmulas n. 282/STF e 356/STF, uma vez que a questão não foi examinada pela Corte de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração para tal fim. Dessa forma, ausente o indispensável requisito do prequestionamento.

Nesse sentido: REsp n. 1.160.435/PE, relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe de 28/4/2011; AgInt no AREsp n. 1.339.926/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 15/2/2019; e REsp n. 1.730.826/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/2/2019.

Quanto à quarta controvérsia, é possível extrair tanto do acórdão recorrido quanto das razões do recurso especial que seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em sede de recurso especial.

Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados desta Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INTERPRETAÇÃO DE TESE FIRMADA PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. À luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.
>
> 2. Tem natureza constitucional a controvérsia inerente à interpretação da tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da repercussão geral e respectivo julgamento, sendo certo que, relacionando-se o debate com a forma de execução do julgado do Supremo, não poderia outro tribunal, em princípio, ser competente para solucioná-lo.
>
> 3. Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido, pois o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, interpretando a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu ser o ICMS destacado na nota fiscal a parcela de tributo a ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
>
> [...]
>
> 5. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt no AREsp 1508155/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 11/10/2019)

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6071B52E-14B3-4672-877D-AFB921BD3061

> ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.
>
> 1. Impossibilidade de manifestação desta Corte, em sede de recurso especial, sobre alegação de ofensa a princípios e dispositivos da Constituição Federal, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.
>
> 2. O acórdão embargado se manifestou de forma clara e fundamentada no sentido de que a Corte de Origem apenas aplicou ao caso concreto o entendimento firmado pelo STF no RE 574.706, em sede de repercussão geral, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, o que é possível ao Tribunal a quo, já que aquela Corte não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional, ao contrário desta Corte superior que, em sede de recurso especial, segue lógica outra: não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional. Nesse sentido: EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019).
>
> [...]
>
> 5. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (EDcl no AgInt no AREsp 1515851/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 07/11/2019).

Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de março de 2020.

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Presidente

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 6071B52E-14B3-4672-877D-AFB921BD3061