



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.488 - SE (2019/0327751-1)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : SERGIFIL INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA
ADVOGADOS : JOSEMAR ESTIGARIBIA - SP096217
RAFAEL COSTA ESTIGARIBIA - SP391742

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS. RE N. 574.706/PR. ENTENDIMENTO FIRMADO SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA N. 69 DO STF. ABRANGÊNCIA. DECISÃO COM ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 97 DO CTN. MERA REPRODUÇÃO DO PRINCÍPIO INSCULPIDO NO ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. ANÁLISE INVIÁVEL EM RECURSO ESPECIAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 66 DA LEI N. 8.383/1991. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO ORIUNDO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS APENAS COM PARCELAS VINCENDAS RELATIVAS A TRIBUTOS DA MESMA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA N. 211 DO STJ. APLICAÇÃO DE ENTENDIMENTO FIRMADO EM JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO SUBMETIDO AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. IMEDIATA E INDEPENDENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. SUPERAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ANTERIORES. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 1.040 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDÉBITO TRIBUTÁRIO DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DOS RECOLHIMENTOS INDEVIDOS. PRESCINDIBILIDADE. RESP N. 1.365.095/SP E RESP N. 1.715.256/SP. EXPLICITAÇÃO DA TESE FIRMADA NO JULGAMENTO DO RESP N. n. 1.111.164/BA, SUBMETIDO AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC/1973 (TEMA N. 118/STJ).

I - Trata-se de recurso especial interposto pela União (Fazenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nacional) contra acórdão responsável por manter a sentença que concedeu a segurança pleiteada na ação mandamental impetrada, consistente no reconhecimento da inexigibilidade da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre as parcelas relativas ao ICMS, bem como na declaração do direito da parte impetrante à restituição dos indébitos tributários decorrentes do referido reconhecimento, operada mediante compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), na forma do art. 74 da Lei n. 9.430/1996.

II - A controvérsia referente à exclusão do ICMS da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, a qual abrange a parcela do ICMS, se o destacado nas notas fiscais ou o escritural, objeto da dita exclusão, foi dirimida por meio da aplicação, ao caso concreto, do entendimento firmado no julgamento do RE n. 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017), submetido ao regime de repercussão geral (Tema n. 69/STF).

III - A solução da questão controvertida com amparo na interpretação e na aplicação de regramentos, princípios e precedentes constitucionais inviabiliza o seu conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, na via estreita do recurso especial, a qual está vinculada à uniformização do direito infraconstitucional federal. Ademais, uma vez definidos os contornos da incidência da contribuição para o PIS e da COFINS, quanto aos valores relativos ao ICMS, à luz de regramentos e princípios constitucionais, pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário (RE n. 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017) submetido ao regime de repercussão geral (Tema n. 69/STF), não cumpre a esta Corte Superior emitir novo juízo acerca daquilo que já foi consignado no referido precedente paradigmático, estabelecendo, assim, parâmetros inovadores para tema de índole eminentemente constitucional, sobretudo em recurso especial. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.514.207/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 10/9/2019; EDcl no REsp n. 1.624.297/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 17/9/2019, DJe 19/9/2019; AREsp n. 1.517.526/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 7/10/2019; e AgInt no AREsp n. 1.507.005/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 5/11/2019, DJe 8/11/2019.

IV - Conforme o cediço entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da legalidade tributária insculpido no art. 97 do CTN compreende a mera reprodução daquele previsto no art. 150, I, da Constituição Federal, motivo pelo qual o seu conteúdo detém caráter eminentemente constitucional. Com efeito, a averiguação de alegada ofensa ao art. 97 do CTN demanda, necessariamente, a interpretação de princípios e regramentos constitucionais por esta Corte Superior; providência inviabilizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no âmbito estreito do recurso especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para apreciar matéria dessa índole, por meio do processamento e julgamento de recursos extraordinários, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal. Precedentes: AgInt no REsp n. 1.396.108/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 12/3/2018; e AgInt no REsp n. 1.446.072/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/9/2018, DJe 26/9/2018.

V - A questão relativa à possibilidade de compensação do indébito tributário oriundo do recolhimento indevido de valores a título de contribuição para o PIS e de COFINS com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) não foi abordada pelo Tribunal de origem, no acórdão recorrido, à luz do disposto no art. 66 da Lei n. 8.383/1991 (reputado violado), em que pese à interposição de embargos declaratórios visando sanear as máculas alegadamente constatadas no referido julgado. Configurada a ausência do indispensável requisito do prequestionamento, impõe-se o não conhecimento do recurso especial, em virtude da incidência do óbice ao conhecimento recursal constante do enunciado da Súmula n. 211 do STJ, segundo o qual é *in verbis*: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*". Ressalte-se que, de acordo com o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento do prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, requer não apenas a prévia oposição de embargos declaratórios contra o acórdão impugnado, mas também a indicação expressa, no bojo das razões do recurso especial, da afronta ao art. 1.022 do CPC/2015; providência que não foi tomada pela parte recorrente. Precedentes: REsp n. 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017; AgInt no REsp n. 1.744.635/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 16/11/2018; REsp n. 1.764.914/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018; e AgInt no REsp n. 1.812.727/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/11/2019, DJe 27/11/2019.

VI - Consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação, aos feitos em curso, de entendimento firmado em julgamento de recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral, portanto dotado de caráter vinculante e obrigatório, é imediata, ou seja, prescinde do trânsito em julgado bem como de eventuais modulações de efeito do acórdão paradigmático prolatado. Precedentes: AgInt no AREsp n. 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 22/5/2018; e AgInt no AREsp n. 1.055.949/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/8/2019, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/8/2019. Sendo assim, com o julgamento do RE n. 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017), cuja matéria teve a sua repercussão geral reconhecida (Tema n. 69/STF), foi superado o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.144.469/PR (Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 2/12/2016), submetido ao rito próprio atribuído aos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 313/STJ).

VII - A análise dos autos revela que o pedido formulado pela parte impetrante limitou-se à declaração do seu direito à restituição, mediante compensação, do indébito tributário oriundo do reconhecimento da inexigibilidade da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre a parcela relativa ao ICMS, não mantendo qualquer relação de dependência com a apuração de valores ou o encontro de contas, a serem eventualmente realizados na via administrativa, razão pela qual a concessão da segurança pleiteada na ação mandamental prescindiu da apresentação de prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos alegadamente efetuados. O Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de explicitar a tese firmada no julgamento do REsp n. 1.111.164/BA (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13/5/2009, DJe 25/5/2009), submetido ao rito próprio atribuído aos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 118/STJ), sedimentou o entendimento de acordo com o qual, *in verbis*: "(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; (...)" (REsp n. 1.365.095/SP e REsp n. 1.715.256/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/2/2019, DJe 11/3/2019). Nesse mesmo sentido: AgInt no REsp n. 1.564.190/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 7/5/2019, DJe 9/5/2019; e AgInt no REsp n. 1.518.470/PI, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 25/9/2019.

VIII - Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 26 de maio de 2020(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.488 - SE (2019/0327751-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pela União (Fazenda Nacional), com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Na origem, a pessoa jurídica Sergifil Indústria Têxtil Ltda. impetrou mandado de segurança em desfavor de autoridade reputada coatora vinculada à União (Fazenda Nacional), objetivando: o reconhecimento do seu direito à exclusão do valor relativo ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo tanto da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) quanto da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS); bem como a declaração do seu direito à restituição, mediante compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), do indébito tributário decorrente do reconhecimento pleiteado.

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 255.500,00 (duzentos e cinquenta e cinco mil e quinhentos reais), em dezembro de 2017.

A segurança pretendida foi concedida. A sentença proferida, além de submetida a reexame necessário, foi impugnada mediante apelação interposta pela União (Fazenda Nacional).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região negou provimento tanto ao reexame necessário quanto à apelação voluntariamente interposta, mantendo incólume a sentença proferida. O acórdão prolatado foi assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. RE 574.706/PR. TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL. EVENTUAL MODULAÇÃO DOS EFEITOS. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA ADEQUADA A DECLARAR O DIREITO A COMPENSAR. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROVIDOS.

1. Remessa necessária e apelação interposta pela Fazenda Nacional contra sentença que, em mandado de segurança, julgou procedente o pedido da autora para declarar a inexigibilidade do crédito tributário a título do pagamento de PIS e COFINS incidentes sobre valores de ICMS, e o direito a compensar os valores indevidamente recolhidos, respeitado o quinquênio que antecedeu o ajuizamento da demanda, em débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, após o trânsito em julgado da ação, devidamente corrigidos pela Taxa Selic.

2. A inconstitucionalidade da inclusão do referido tributo na base de cálculo das referidas contribuições foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE 574706/PR, sob o rito de repercussão geral, que firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. Não há exigência do trânsito em julgado para a aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior, conforme apontado pelo art. 1.040, *caput* e III, CPC/15. Precedente neste sentido: STF, ARE 930647 AgR, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016.

4. O próprio Supremo Tribunal Federal, em sessão do dia 03.04.18, reafirmou o entendimento firmado no Recurso Extraordinário 574.706, ao julgar, entre outros, os RE 330.582, RE 352.759, AI 497.355, AI 700.220, RE 355.024, RE 362.057, RE 363.988 e RE 388.542, o que evidencia a força do referido precedente, que pacificou a controvérsia.

5. A Lei 12.973/14, ao alterar as Leis 10.637/02 e 10.833/03, não se coaduna com a interpretação dada pelo colendo STF no RE 574.706. A interpretação que se deve dar aos dispositivos das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2002, quando definem a receita bruta como o somatório das receitas auferidas pelo contribuinte é no sentido de que somente podem abarcar aquilo que efetivamente ingressa na disponibilidade patrimonial do obrigado pelo PIS e pela COFINS.

6. Nos termos da súmula 213 do STJ *"o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"*. É o que ocorre na sentença recorrida, de cunho meramente declaratório.

7. No julgamento do REsp 1.111.164/BA, da relatoria do saudoso Min. Teori Albino Zavascki, ficou consignado que a hipótese em que o pedido de compensação é formulado de forma genérica implica dispensa da apresentação de prova pré-constituída. Assim, caberá à parte provocar administrativamente a Fazenda Pública caso queira exercer o direito de compensação, momento em que fará prova dos valores recolhidos do PIS/COFINS incluindo o ICMS em sua base de cálculo.

8. Ao reconhecer o direito à compensação, a sentença foi expressa ao dispor que *"o direito de a demandante compensar os valores indevidamente recolhidos sob tais rubricas, respeitada a prescrição quinquenal, em débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, após o trânsito em julgado da ação, a teor do que dispõe o artigo 170-A do CTN e nos moldes do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, devidamente corrigidos pela Taxa Selic"*. Está, portanto, em consonância com o que requerido pela apelante, não havendo nada a ser provido.

10. Remessa oficial e apelação que se nega provimento.

Os embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional) em face



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do acórdão supracitado foram desprovidos.

Contra o acórdão cuja ementa encontra-se acima transcrita, a União (Fazenda Nacional) interpôs o presente recurso especial.

Em suas razões recursais, a parte recorrente aponta a ofensa aos seguintes dispositivos legais: art. 3º, *b*, da Lei Complementar n. 07/1970; art. 2º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 70/1991; arts. 2º, I e 3º, parágrafo único, ambos da Lei n. 9.715/1998; arts. 2º e 3º, § 2º, ambos da Lei n. 9.718/1998; arts. 1º, § 3º, da Lei n. 10.637/2002; e art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003.

Aduz, em síntese, que a parcela relativa ao ICMS destacado nas notas fiscais não apenas compõe o faturamento da pessoa jurídica contribuinte, como também encontra-se inserida no conceito de receita bruta empresarial e, por esses motivos, integra a base de cálculo tanto da contribuição para o PIS quanto da COFINS.

Sustenta, em resumo, que o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 574.706/PR, submetido ao regime de repercussão geral (Tema n. 69/STF), segundo o qual o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS nem da COFINS, somente abarca o direito da contribuinte de excluir da base de cálculo das referidas contribuições sociais o valor relativo ao ICMS a ser recolhido para o Estado ou o Distrito Federal, também denominado ICMS escritural, e não aquele referente ao ICMS destacado nas notas fiscais.

A parte recorrente aponta, ainda, a ofensa ao art. 97, IV e VI, do CTN.

Alega, em suma, que a dedução do valor relativo ao ICMS da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS carece de amparo legal, razão pela qual importa afronta ao princípio da legalidade tributária.

Na sequência, a parte recorrente indica a violação do art. 66 da Lei n. 8.383/1991.

Aduz, em síntese, que a compensação do indébito tributário proveniente do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recolhimento indevido de contribuições sociais é admitida, apenas, com parcelas vincendas relativas a tributos de mesma espécie e destinação constitucional.

Ademais, a parte recorrente sugere a negativa de vigência aos arts. 1.030 e 1.040, ambos do CPC/2015.

Sustenta, em resumo, que o Tribunal de origem, injustificadamente, deixou de seguir o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.144.469/PR (Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 2/12/2016), submetido ao rito próprio atribuído aos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 313/STJ), segundo o qual, *in verbis*: "(...) ii) O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações."

Por fim, a parte recorrente aponta a negativa de vigência aos arts. 373, I e 1.040, ambos do CPC/2015 (correspondentes, respectivamente, aos arts. 333, I, e 543-C, § 7º, ambos do CPC/1973), bem como ao art. 1º da Lei n. 12.016/2009.

Alega, em suma, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.111.164/BA (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13/5/2009, DJe 25/5/2009), submetido ao rito próprio atribuído aos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 118/STJ), firmou a tese de acordo com a qual, *in verbis*: "É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança." Entretanto, a parte impetrante, ora recorrida, não logrou apresentar prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos supostamente efetuados, indispensável à declaração do direito líquido e certo à compensação tributária pretendida na ação mandamental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suas contrarrazões, a parte recorrida pugna pela inadmissão do recurso especial, ou ainda, subsidiariamente, pelo seu desprovimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.488 - SE (2019/0327751-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Registro que o recurso especial não comporta conhecimento, quanto à suposta ofensa aos seguintes dispositivos legais: art. 3º, *b*, da Lei Complementar n. 7/1970; art. 2º, parágrafo único da Lei Complementar n. 70/1991; arts. 2º, I e 3º, parágrafo único, ambos da Lei n. 9.715/1998; arts. 2º e 3º, § 2º, ambos da Lei n. 9.718/1998; arts. 1º, § 3º, da Lei n. 10.637/2002; e art. 1º, § 3º, da Lei n. 10.833/2003.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 574.706/PR, cuja matéria teve a sua repercussão geral reconhecida (Tema n. 69/STF), firmou o entendimento de acordo com o qual, *in verbis*: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins." O acórdão proferido pela Suprema Corte foi 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 n. 574.706 RG/PR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, DJe 02/10/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante à parcela relativa ao ICMS a ser excluída da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, se aquela correspondente ao ICMS escritural ou aquela correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou o Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública, logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS nem da COFINS. Infere-se o exposto do fragmento do voto condutor do acórdão proferido no julgamento do RE n. 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017), sob o regime de repercussão geral (Tema n. 69/STF), transcrito a seguir:

Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo 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.

Uma vez definidos os contornos da incidência da contribuição para o PIS e da COFINS, quanto aos valores relativos ao ICMS, à luz de regramentos e princípios constitucionais, pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário (RE n. 574.706/PR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017) submetido ao regime de repercussão geral (Tema n. 69/STF), não cumpre ao Superior Tribunal de Justiça emitir novo juízo acerca daquilo que já foi decidido no referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precedente paradigmático, estabelecendo, assim, parâmetros inovadores para tema de índole eminentemente constitucional, sobretudo em recurso especial.

A partir da análise do acórdão recorrido, é possível observar que a controvérsia afeta à exclusão do ICMS da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS foi dirimida por meio da aplicação, ao caso concreto, do entendimento firmado no julgamento do RE n. 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017), cuja matéria teve a sua repercussão geral reconhecida (Tema n. 69/STF), consoante a compreensão obtida pelo Tribunal de origem acerca das balizas constitucionais estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal para a apreciação da dita questão controvertida.

Depreende-se do art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, que a competência do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, encontra-se vinculada à interpretação e à uniformização do direito infraconstitucional federal.

Dessa forma, a resolução da questão controvertida com amparo na interpretação e na aplicação de regramentos, princípios e precedentes constitucionais, como a ocorrida na hipótese em tela, inviabiliza o conhecimento da controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, na via estreita do recurso especial.

Nesse mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE DECISÃO SOBRE AFETAÇÃO DO TEMA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, CPC/2015. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. Preliminarmente, não há falar em suspensão do feito, uma vez que a proposta de afetação dos REsp. 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, como representativos de controvérsia, ainda não foi apreciada pelo Relator, nos termos do que dispõe o art. 256-E do RISTJ. Ademais, não houve apreciação do mérito do recurso especial na hipótese, visto que, nessa parte, o feito sequer foi conhecido, tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional da matéria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Inexistente a alegada violação aos arts. 489 e 1.022, do CPC/2015. Isto porque a Corte de Origem bem exprimiu a forma de execução do julgado (seu critério de cálculo), consignando expressamente que o paradigma julgado em repercussão geral pelo STF entendeu que o ICMS a ser excluído é aquele destacado nas notas fiscais. Igualmente houve manifestação da Corte *a quo* quanto à impossibilidade de discussão das alegações de validade do critério de liquidação pretendido pelo Fisco por entender que tais pontos integram o mérito da matéria decidida e analisada pelo STF no RE 574.706.

3. A Corte de Origem apenas aplicou o precedente ao caso concreto, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal. À toda evidência, a Corte de Origem pode fazê-lo, já que não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional. Já este Superior Tribunal de Justiça, 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).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.514.207/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/09/2019, DJe 10/09/2019)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. OMISSÕES E CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 2015.

II - A fundamentação adotada no acórdão é clara e suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

III - Não compete a esta Corte Superior a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, *ex vi* art. 102, III, da Constituição da República.

IV - Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp n. 1.624.297/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 17/09/2019, DJe 19/09/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706 RG/PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. Trata-se de Agravo interposto contra decisão que inadmitiu Recurso Especial apresentado (art. 105, III, "a", da Constituição Federal) contra acórdão do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Regional Federal da 4ª Região que aplicou o entendimento firmado pelo STF no julgamento do Tema 69 (Recurso Extraordinário com repercussão geral 574.706/PR): "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins".

2. Não se configura a alegada ofensa aos arts. 489, §1º, V, e 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC/2015, uma vez que o Tribunal *a quo* julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

3. O órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018.

4. A recorrente afirma - notadamente em relação aos contribuintes que atuam nas etapas intermediárias de comercialização de mercadorias - que o valor destacado na nota fiscal é diferente do efetivamente recolhido ("ICMS a recolher" ou "ICMS escritural"). Isso porque este último é apurado após a compensação entre a quantia devida na saída (montante destacado na nota fiscal) e o crédito legalmente previsto, por ocasião da entrada no estabelecimento. Conclui, assim, que a importância que deve ser excluída não é aquela destacada na nota fiscal, mas apenas a efetivamente recolhida.

5. O Tribunal de origem consignou que o quantum a ser considerado, para fins de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins, é o valor do ICMS integralmente destacado na nota fiscal. Para chegar a tal conclusão, a Corte regional reportou-se expressamente ao julgamento do RE 574.706/PR, interpretando-o.

6. A Fazenda Nacional admite que o tema envolve questão constitucional e que a "situação ideal" seria o próprio STF definir o critério de cálculo do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins. Informa que opôs Embargos de Declaração no RE 574.706/PR para pleitear: a) a modulação dos efeitos do acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral; b) a especificação da quantia do ICMS a ser levada em conta (para fins de exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins).

7. A controvérsia é insuscetível de solução em Recurso Especial, pois não cabe ao STJ interpretar, nesta via processual, as razões de decidir adotadas pelo STF para julgar Recurso Extraordinário no rito da repercussão geral, mormente quando idêntica matéria ainda aguarda pronunciamento da Suprema Corte. Precedente da Segunda Turma: AgInt no AREsp 1.528.999/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.9.2019, pendente de publicação.

8. Desnecessário suspender o feito, uma vez que a proposta de afetação dos REsp 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, como representativos de controvérsia, ainda não foi apreciada pelo Relator, nos termos do que dispõe o art. 256-E do RI/STJ.

9. A matéria possui natureza estritamente constitucional, não sendo possível sequer apreciar o mérito do Recurso Especial. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas ao Pretório Excelso.

10. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente com relação à preliminar de violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

(AREsp n. 1.517.526/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 07/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA SUPREMA CORTE. INVIABILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PARCELA DO IMPOSTO A SER EXCLUÍDA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Na esteira da jurisprudência da própria Suprema Corte, as instâncias ordinárias devem implementar de imediato as teses firmadas em repercussão geral, independentemente da pendência de julgamento de declaratórios. Especialmente em situações como a do presente feito, em que não houve determinação pelo STF de suspensão da marcha processual.

2. O Colegiado regional prestou, de forma fundamentada, a jurisdição que lhe foi postulada. Sendo assim, não há falar em omissão. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pela parte recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ela propostos, não configura nenhum dos vícios de embargabilidade descritos na norma legal.

3. A controvérsia, a envolver a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, foi travada na origem com enfoque eminentemente constitucional, sobretudo porque calcada na aplicação e interpretação do alcance do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral. Inviável, ainda, em recurso especial, balizar o decidido pela Corte Suprema, como pretendido pela agravante. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.507.005/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 08/11/2019)

No que diz respeito à suposta ofensa ao art. 97, IV e VI, do CTN, registro que o recurso especial não comporta conhecimento.

Conforme o cediço entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o princípio da legalidade tributária insculpido no art. 97 do CTN e seus incisos compreende a mera reprodução daquele previsto no art. 150, I, da Constituição Federal, motivo pelo qual o seu conteúdo detém caráter eminentemente constitucional.

Com efeito, a averiguação da alegada contrariedade ao dispositivo normativo infraconstitucional federal supracitado demanda, necessariamente, a interpretação de princípios e regramentos constitucionais por esta Corte Superior; providência inviabilizada no âmbito estreito do recurso especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal para apreciar questões dessa índole, por meio do processamento e julgamento de recursos extraordinários, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal.

Nesse sentido, destaco os precedentes que seguem:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 280/STF. OFENSA AO ART. 97 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. MATÉRIA DE NATUREZA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICO-PROBATÓRIAS. INVIABILIDADE. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte de origem, ao julgar a demanda e decidir que a parte recorrente não teria direito ao aproveitamento do ICMS, embasou suas conclusões na legislação local (Lei Estadual Mineira 6.763/1975); o que atrai a incidência da Súmula 280/STF.

2. É firme a jurisprudência desta Corte de que é vedado o exame de eventual ofensa ao art. 97 do CTN na via do Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte, tendo em vista que o dispositivo reproduz o Princípio Constitucional da Legalidade Tributária, versando sobre matéria de natureza eminentemente constitucional.

3. Ademais, modificar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem exigiria o reexame do conjunto fático-probatório. É que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Mineiro está amparado na prova pericial conclusiva no sentido de que o procedimento adotado não é o determinado na legislação tributária, tendo afirmado a perita que a falta de identificação dos adquirentes das mercadorias, no presente caso, inviabiliza parcialmente o controle contábil e fiscal da empresa (fls. 1.020).

4. Agravo Interno da Empresa a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.396.108/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO NO DISPOSITIVO INDICADO. SÚMULA 284/STF. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. FUNDOS DE QUE PARTICIPAM PESSOA JURÍDICA COM SEDE NO EXTERIOR. AUMENTO DA ALÍQUOTA PARA 15%. PRECEDENTES.

1. Afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

2. É firme a jurisprudência desta Corte de que é vedado o exame de eventual ofensa ao art. 97 do CTN na via do Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte, tendo em vista que o dispositivo reproduz o Princípio Constitucional da Legalidade Tributária, versando sobre matéria de natureza eminentemente constitucional (AgInt no REsp 1.396.108/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/2/2018, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12/3/2018).

3. *In casu*, a revisão a que chegou o Tribunal de origem, a respeito do tema da legitimidade, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso a Súmula 7/STJ.

4. Incide a Súmula 284/STF quando os dispositivos indicados como violados não contêm comando normativo capaz de sustentar a tese deduzida e infirmar a validade dos fundamentos do acórdão recorrido.

5. De acordo com a jurisprudência do STJ, a Lei 9.245/1995 revogou os artigos 65 e 81 da Lei 8.981/1995, majorando para 15% a alíquota do imposto de renda incidente sobre rendimentos produzidos por aplicação financeira de renda fixa, percebido por qualquer beneficiário, inclusive fundos de que participam pessoa jurídica com sede no exterior (REsp 842.831/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 6/10/2008; AgInt no REsp. 1.458.810/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 29/11/2016).

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.446.072/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

No que tange à indicada violação do art. 66 da Lei n. 8.383/1991, registro que o recurso especial tampouco comporta conhecimento.

A análise do acórdão recorrido, quando realizada em confronto com o exame das razões recursais, revela que as questões debatidas no recurso especial não foram abordadas pelo Tribunal de origem à luz do dispositivo legal federal reputado malferido, citado acima, em nenhum momento, não obstante a oposição de embargos de declaração visando sanear as máculas alegadamente constatadas no referido julgado.

A admissão do recurso especial pressupõe o prequestionamento da matéria insculpada no dispositivo legal federal supostamente violado, ou seja, exige que a tese recursal tenha sido objeto de efetivo pronunciamento por parte do Tribunal de origem, ainda que em embargos declaratórios, o que não ocorreu no caso em tela.

Configurada a carência do indispensável requisito do prequestionamento, impõe-se o não conhecimento do recurso especial. Incide sobre a hipótese o óbice ao conhecimento recursal constante do enunciado da Súmula n. 211 do STJ, segundo o qual é *in verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se que, de acordo com o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento do prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, demanda não apenas a prévia oposição de embargos declaratórios contra o acórdão impugnado, mas também a indicação expressa, no bojo das razões do recurso especial, da afronta ao art. 1.022 do CPC/2015; providência que não foi tomada pela parte ora recorrente. Nesse sentido são os seguintes precedentes: REsp n. 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017; AgInt no REsp n. 1.744.635/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 16/11/2018; REsp n. 1.764.914/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/11/2018, DJe 23/11/2018; e AgInt no REsp n. 1.812.727/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/11/2019, DJe 27/11/2019.

No que se refere à suposta negativa de vigência aos arts. 1.030 e 1.040, ambos do CPC/2015, não assiste razão à parte recorrente.

Consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação, aos feitos em curso, de entendimento firmado em julgamento de recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral, logo dotado de caráter vinculante e obrigatório, é imediata, ou seja, prescinde do trânsito em julgado bem como de eventuais modulações de efeito do acórdão paradigmático prolatado.

Acerca do assunto, destaco os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR) EM SENTIDO CONTRÁRIO. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC/1973).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora a Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÁRMEN LÚCIA, entendeu 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.

3. Dessa forma, não é caso de sobrestamento do feito, pois o Recurso Extraordinário já foi julgado pelo STF em sentido contrário à tese da parte agravante. Ademais, a partir da proclamação do resultado na sessão de julgamento, a incidência da orientação do STF pode, e deve, ser imediata, porque se trata, aliás, de diretriz jurisprudencial vinculante, cujo conhecimento se acha na categoria de fato público e notório.

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 22/05/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS E DA COFINS. ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706/PR. TEMA 69/STF. SOBRESTAMENTO DO RESP. NÃO CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO. JULGADO DO STF DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. O entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 574.706/PR, Tema 69/STF, em sede de repercussão geral, é no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

2. A existência de precedente firmado pelo Plenário do STF autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 18/9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 30/5/2016).

3. Não subsiste a alegada prematuridade de julgamento que imediatamente aplica entendimento firmado pelo STF em julgamento de recurso com repercussão geral, de caráter vinculante e obrigatório, ao argumento de eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração. Confirmam-se: AgInt no RE nos EDcl no REsp 1.214.431/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, CORTE ESPECIAL, DJe 22/8/2018; AgInt no AREsp 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/5/2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/8/2018; AgRg no REsp 1.574.030/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2019.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.055.949/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/08/2019, DJe 21/08/2019)

Sendo assim, com o julgamento do RE n. 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2017, DJe 2/10/2017), cuja matéria teve a sua repercussão geral reconhecida (Tema n. 69/STF), ficou superado o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.144.469/PR (Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/8/2016, DJe 2/12/2016), submetido ao rito próprio atribuído aos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 313/STJ).

No que toca à suposta negativa de vigência aos arts. 373, I e 1.040, ambos do CPC/2015 (correspondentes, respectivamente, aos arts. 333, I, e 543-C, § 7º, ambos do CPC/1973), bem como ao art. 1º da Lei n. 12.016/2009, tampouco assiste razão à parte recorrente.

A partir da análise dos autos, é possível verificar que o pedido formulado pela parte impetrante, ora recorrida, limitou-se à declaração do seu direito à restituição, mediante compensação com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), dos indébitos tributários decorrentes do reconhecimento da inexigibilidade da contribuição para o PIS e da COFINS incidentes sobre as parcelas referentes ao ICMS, não mantendo qualquer relação de dependência com a apuração de valores ou o encontro de contas, a serem eventualmente realizados na via administrativa, razão pela qual a concessão da segurança pleiteada na ação mandamental prescindiu da apresentação de prova pré-constituída dos recolhimentos indevidos alegadamente efetuados.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.111.164/BA (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13/5/2009, DJe 25/5/2009), submetido ao rito próprio atribuído aos recursos especiais repetitivos pelo art. 543-C do CPC/1973 (Tema n. 118/STJ), firmou a tese de acordo com a qual, *in verbis*: "É necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança". Todavia, a Primeira Seção desta Corte Superior, com o intuito de explicitar a referida tese, sedimentou o entendimento segundo o qual, *in verbis*:

[...] (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; (...) (REsp n. 1.365.095/SP e REsp n. 1.715.256/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/2/2019, DJe 11/3/2019).

Nesse mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. Na origem trata-se de mandado de segurança que objetivava a exclusão do ICMS da base de cálculo das Contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 05 anos.

2. A Primeira Seção desta Corte no julgamento do Recurso Especial n. 1.715.256/SP, da Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 11/3/2019, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, delimitou o alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973), no sentido de que: (a) tratando-se de mandado de segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo fisco; e (b) tratando-se de mandado de segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação.

3. Na hipótese, o pedido de compensação restringiu-se à declaração desse direito perante as instâncias administrativas, a impetrante não faz nenhum pedido especial "sobre elementos da própria compensação" ou de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação". Em sua exordial, pede-se apenas e tão somente o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos, com demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, devidamente atualizados pela SELIC, não tendo que se falar, então, da exigência de prova pré-constituída dos valores indevidamente recolhidos.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.564.190/CE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 09/05/2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 213 DO STJ. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONDIÇÃO DE CREDOR. PROVIMENTO DE EFEITOS PROSPECTIVOS. COMPENSAÇÃO. LEI AUTORIZATIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE ATIVA. DEMANDA DE POTÊNCIA UTILIZADA. EXAÇÃO. LIMITE.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).

2. O acolhimento de recurso especial por violação do art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie.

3. "Tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco" (Recurso Especial repetitivo n. 1.715.256/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 11/03/2019).

4. O provimento mandamental que declara o direito à compensação tributária produz efeitos prospectivos e não inibe a Administração de fiscalizar o encontro de contas a ser realizado. Inaplicabilidade, na hipótese, das Súmulas 269 e 271 do STF. Precedentes.

5. A alegação de que inexistiria lei específica que autorize a compensação pretendida não foi efetivamente analisada no acórdão recorrido, nem suscitada nos embargos de declaração, estando desatendido o requisito do prequestionamento (Súmula 282 do STF).

6. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial *a quo*.

7. "Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, este tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada" (REsp 1.299.303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 14/08/2012).

8. Consoante entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial repetitivo n. 960.476/SC e consolidado na Súmula 391 do STJ, "o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

9. Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.

(AgInt no REsp n. 1.518.470/PI, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 19/09/2019, DJe 25/09/2019)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui-se, portanto, que, no tocante ao conjunto probatório necessário à declaração do direito à compensação tributária em mandado de segurança, o acórdão recorrido foi prolatado em conformidade com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e, por esse motivo, não merece reforma. Corrobora com o descrito o fragmento do voto condutor da referida decisão transcrito a seguir:

No julgamento do REsp 1.111.164/BA, da relatoria do saudoso Min. Teori Albino Zavascki, ficou consignado que a hipótese em que o pedido de compensação é formulado de forma genérica implica dispensa da apresentação de prova pré-constituída.

Assim, caberá à parte provocar administrativamente a Fazenda Pública caso queira exercer o direito de compensação, momento em que fará prova dos valores recolhidos do PIS/COFINS incluindo o ICMS em sua base de cálculo.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0327751-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.846.488 / SE

Números Origem: 08124410820174050000 8124410820174050000

PAUTA: 26/05/2020

JULGADO: 26/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : SERGIFIL INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA
ADVOGADOS : JOSEMAR ESTIGARIBIA - SP096217
RAFAEL COSTA ESTIGARIBIA - SP391742

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.