



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.078.256 - RS (2008/0168671-0)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
AGRAVANTE : CIMATEL COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ARTIGOS ELÉTRICOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENUNCIADO Nº 182 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. CONCEITO DE FATURAMENTO. DISCUSSÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCABIMENTO.

1. Dissociadas as razões da impugnação e a motivação do **decisum** recorrido, fundadas que estão, aquelas, na incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, e, esta, na violação do artigo 110 do Código Tributário Nacional e na compensação dos valores devidos, há que se negar admissibilidade ao agravo, por força do enunciado nº 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça
2. A discussão referente ao conceito de faturamento implica análise de matéria constitucional, o que é vedado nesta Corte Superior, pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
3. Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de junho de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.078.256 - RS (2008/0168671-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravo regimental contra decisão, da lavra do Ministro Francisco Falcão, que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto por Cimatel Comércio e Importação de Artigos Elétricos Ltda, ao entendimento de que o ICMS está incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Alega a agravante que:

"(...)

No que tange ao caso em tela, indaga-se se o valor que ingressa na contabilidade da empresa, e não a incrementando ou mesmo caracterizando acréscimo de riqueza, mas em verdade dizendo respeito a crédito de terceiro (Estado do Rio Grande do Sul), caracterizará 'receita' para fins de incidência do PIS e da COFINS.

(...)

Para tanto, a fim de elucidação da matéria, não se pode olvidar do que dispõe o art. 110 do CTN, cuja interpelação conclui que tanto o legislador quanto a Administração Pública não podem, sobre o pretexto de criar ou majorar tributos, modificar o conceito, alcance e extensão de institutos de direito privado.

(...)

Assim sendo, verifica-se que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Pasep e COFINS apresenta-se inconstitucional e ilegal, porquanto, apesar de compor o preço das mercadorias (bens), como mencionado no acórdão vergastado, apresenta-se como verdadeiro INGRESSO, mas não caracteriza RECEITA. Tal montante não representa riqueza para as empresas, sendo integralmente destinado à respectiva Unidade da Federação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A inclusão, portanto, dos valores do ICMS implicados nas operações de venda de bens pela Recorrente não se encontra abarcado pelo conceito tanto de 'receita' quando de 'faturamento', conforme expressões contidas na alínea 'b', do inciso I, do art. 195 da Constituição Federal, violando, igualmente, a regra contida no art. 110 do Código Tributário Nacional.

(...)" (fls. 248/252).

Pugna, ao final, pelo provimento do "(...) Agravo Regimental, para restabelecer a vigência dos dispositivos de lei mencionados, para o fim de DECLARAR o direito da empresa de excluir da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ICMS, uma vez que tal parcela não é abarcada pelos conceitos de 'faturamento' e 'receita' (contidos nas Leis 10.637/02 e 10.833/03), frente à previsão contida na alínea 'b' do inciso I do art. 195, da Constituição Federal, bem como regra do art. 110 do CTN e DECLARAR, forte na Súmula nº 213 do STJ, o direito da Empresa de compensar os valores recolhidos indevidamente, nos últimos 10 (dez) anos, contados da propositura da demanda, acrescidos de correção monetária pela taxa SELIC, com quaisquer tributos de sua responsabilidade administrados pela SRF, nos termos do art. 74 e seguintes da Lei Federal nº 9.430/96." (fl. 255).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.078.256 - RS (2008/0168671-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, a questão é a da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

É esta, no essencial, a fundamentação da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento:

"(...)

O acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto o recurso encontra óbice de admissibilidade na Súmula 83/STJ, uma vez que o Tribunal a quo entendeu que as Leis que atualmente regulamentam o PIS e a COFINS, prevêm expressamente a incidência das contribuições em apreço sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil. Portanto o ICMS integra o preço final da mercadoria, ele compõe o valor final cobrado do adquirente. Portanto o ICMS não obsta cuidar de um imposto indireto, assim como o IPI, dele se diferencia por ser cobrado embutido no preço total da operação, consistindo em uma alíquota, que embora destacada, é incluída no preço. E este preço é o produto da venda, computável como receita da empresa, inserindo-se no faturamento e, portanto somando para a base de cálculo do PIS e COFINS.

No mesmo sentido, transcrevo o seguinte precedente, verbis:

'TRIBUTÁRIO. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. ARTIGO 3º, § 2º, I, DA LEI 9.718/98. HIGIDEZ CONSTITUCIONAL RECONHECIDA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 'VENDAS INADIMPLIDAS'. ALEGADA EQUIPARAÇÃO COM "VENDAS CANCELADAS". ANALOGIA/EQUIDADE. INAPLICABILIDADE. ARTIGOS 111 E 118, DO CTN. OBSERVÂNCIA.

1. A base de cálculo da COFINS e do PIS restou analisada pelo Eg. STF que, na sessão plenária ocorrida em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, todos da relatoria do Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, consolidou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º 9.718/98, o que implicou na concepção da receita bruta ou faturamento como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

(...)

10. Outrossim, a exclusão das reversões de previsões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda da base de cálculo do PIS e da COFINS, ex vi do inciso II, do § 2º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98, corrobora o entendimento de que as 'vendas inadimplidas' não se encontram albergadas na expressão 'vendas canceladas', não podendo, por analogia, implicar em exclusão do crédito tributário, tanto mais que a isso equivaleria afrontar o artigo 111, do CTN, verbis: "Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

11. A analogia não pode implicar em exclusão do crédito tributário, porquanto criação ou extinção de tributo pertencem ao campo da legalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12. No plano pós-positivista da Justiça Tributária, muito embora receita inadimplida economicamente não devesse propiciar tributo, é cediço que o emprego da equidade não pode dispensar o pagamento do tributo devido (§ 2º, do artigo 108, do CTN).

13. Abalizada doutrina tributarista define a equidade como a 'aplicação dos princípios derivados da idéia de justiça (capacidade contributiva e custo/benefício) ao caso concreto', não se podendo, entretanto, confundir a equidade com instrumento de 'correção do Direito' ou de interpretação e suavização de penalidades fiscais: 'O eqüitativo e o justo têm a mesma natureza. A diferença está em que o eqüitativo, sendo justo, não é o justo legal. A lei, pelo seu caráter de generalidade, não prevê todos os casos singulares a que se aplica; a falta não reside nem na lei nem no legislador que a dita, senão que decorre da própria natureza das coisas. A equidade, ainda segundo Aristóteles, autoriza a preencher a omissão com o que teria dito o legislador se ele tivesse conhecido o caso em questão.' (Ricardo Lobo Torres, in Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário, 4ª ed., Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2006, págs. 115/116).

14. Destarte, a opção legislativa em não inserir as 'vendas inadimplidas' entre as hipóteses de exclusão do crédito tributário atinente ao PIS e à COFINS não pode ser dirimida pelo intérprete, mesmo que a pretexto de aplicação do princípio da capacidade contributiva, notadamente em virtude da ausência de perfeita similaridade entre os eventos econômicos confrontados.

15. A violação eventual dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva encerram questões constitucionais insindicáveis pelo Eg. STJ.

16. Precedentes do STJ: REsp 751.368/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 31.05.2007; REsp 953.011/PR,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.09.2007, DJ 08.10.2007; e REsp 956.842/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 12.12.2007).

17. Recurso especial a que se nega provimento.(REsp 1029434/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 18/06/2008)'

(...)" (fls. 224/226).

Tem-se, assim, que a decisão agravada negou seguimento ao agravo de instrumento, com base no entendimento da Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firme em que *"as Leis que atualmente regulamentam o PIS e a COFINS, prevêm expressamente a incidência das contribuições em apreço sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil. Portanto o ICMS integra o preço final da mercadoria, ele compõe o valor final cobrado do adquirente"*, tendo incidência, pois, da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tal motivação é por inteiro estranha às razões do agravo, que reproduzem as razões do recurso especial, insuladas que estão no conceito de *"faturamento"* e *"receita bruta"*, à luz do artigo 110 do Código Tributário Nacional, para afastar a incidência do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, bem como no direito à compensação dos valores devidos.

Dissociadas, assim, as razões da impugnação e a motivação do **decisum**, há que se negar admissibilidade ao agravo, por força do enunciado nº 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

"É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

Nada obstante, a normatização do artigo 110 do Código Tributário Nacional, como é da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, encerra matéria de natureza constitucional, o que impede o seu conhecimento pela via especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confirmam-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SEBRAE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ART. 97 DO CTN. REPRODUÇÃO DO ART. 150, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 110 DO CTN. MERA REPRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE COTEJO ANALÍTICO. MOLDURA FÁTICA. SIMILITUDE. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Não decididas as questões federais pela Corte de origem, inadmissível é o manejo de recurso especial, pois inafastável a observância ao requisito do prequestionamento. São aplicáveis as Súmulas 211/STJ, 282/STF e 356/STF.

2. A apontada violação ao art. 97 do Código Tributário Nacional, por reproduzir o disposto no art. 150, inciso I, da Carta Magna, não enseja o conhecimento de recurso especial pela alínea 'a'.

3. Da mesma forma, a violação ao art. 110 do CTN não pode ser analisada em sede de recurso especial, uma vez que tal dispositivo, sendo mera explicitação do princípio da supremacia da Carta Magna, possui nítida carga constitucional.

4. A ausência de prequestionamento também impede o conhecimento do apelo pela alínea 'c' em face da não-ocorrência de teses divergentes a respeito da interpretação de lei federal. Precedentes.

5. Não comprovando a divergência jurisprudencial nos moldes legais e regimentais, deixa a parte de evidenciar a similitude fática entre os julgados tidos como dissidentes, o que também impede o conhecimento do recurso pela alínea 'c'.

6. Recurso especial não conhecido." (REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

550099/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 479).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO-CONFIGURADA. ART. 110 DO CTN. ENFOQUE CONSTITUCIONAL. ICMS. 'VENDA A PRAZO'. ENCARGOS FINANCEIROS. BASE DE CÁLCULO. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES PRETÓRIOS. PRECEDENTES.

1. Merece ser repelida a preliminar de violação do art. 535 do CPC, pois não se constata, no bojo do acórdão recorrido, o aludido vício de omissão indicado pela parte recorrente. Com efeito, vislumbra-se que todos os temas atinentes ao desate da controvérsia foram expressamente analisados pelo aresto guerreado, razão por que não procede a preliminar de nulidade aventada na súplica extrema.

2. Com relação à tese de violação do art. 110 do CTN, a jurisprudência desta Corte posicionou-se no sentido de que a matéria veiculada no citado dispositivo de lei não pode ser analisada na via do recurso especial, visto que, por se tratar de mera explicitação do princípio da supremacia da Carta Magna, possui nítida carga constitucional (REsp 550.099/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 01.02.2006).

3. Esta Corte Superior uniformizou entendimento segundo o qual os encargos financeiros decorrentes de vendas feitas a prazo, desde que não oriundos de financiamento ou de cartão de crédito, integram a base de cálculo do ICMS, porquanto se trata de negócio jurídico único, no qual se incorporam ao preço normal da mercadoria (preço de venda a vista) os acréscimos decorrentes do parcelamento. Na espécie, cuidando-se de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acréscimos no preço de produtos decorrentes de venda a prazo, e não de financiamento, tais valores integram a base de cálculo do ICMS.

4. Precedentes: EREsp 421.781/SP, DJ de 12/02/07; AgRg no REsp 853.840/PR, DJ de 07/11/06; REsp 613.396/MG, DJ de 03/04/06; AgRg no REsp 625.001/RS, DJ de 20/02/06; EREsp 234.500/SP, DJ de 05/12/2005;

EREsp 550.382/SP, DJ de 01/08/05.

5. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag 928.498/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1 - nossos os grifos).

Pelo exposto, não conheço do agravo regimental.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0168671-0

AgRg no
Ag 1.078.256 / RS

Números Origem: 200671000414184 200804000221374

EM MESA

JULGADO: 15/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CIMATEL COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ARTIGOS ELÉTRICOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CIMATEL COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE ARTIGOS ELÉTRICOS LTDA
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS BRAGA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de junho de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária