



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 218.210 - RS (2012/0172250-8)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : CALÇADOS DILLY S/A
ADVOGADO : CÍCERO DITTRICH E OUTRO(S) - SC013467
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR00000000

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706/PR. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA CONHECER DO AGRAVO, A FIM DE DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, QUANTO AO TEMA OBJETO DA REPERCUSSÃO GERAL.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática que havia negado provimento ao Agravo em Recurso Especial do contribuinte, mantendo, assim, o acórdão do Tribunal de origem, que dera provimento à Apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, para denegar o Mandado de Segurança.

II. A Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência pacífica da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial – interposto pelo contribuinte –, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, negou provimento ao Agravo Regimental.

III. Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime da repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), e, diante da nova orientação da Suprema Corte, o STJ realinhou o seu posicionamento (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018; AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018).

IV. Nesse contexto, retornaram os autos – por determinação da Vice-Presidência do STJ, para fins do disposto no art. 1.040, II, do CPC/2015 –, em face do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral.

V. Quanto aos pontos do Recurso Especial, do Agravo em Recurso Especial e do presente Agravo Regimental que tratam da prescrição, cumpre registrar que o Plenário do STF, ao julgar o RE 566.621/RS (Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe de 11/10/2011), sob o regime de repercussão geral, proclamou que o termo inicial do prazo prescricional de cinco anos, definido na Lei Complementar 118/2005, incide sobre as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da referida Lei Complementar (09/06/2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência. No caso, o Mandado de Segurança foi ajuizado em 25/10/2006, aplicando-se o julgado do STF, no RE 566.621/RS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Agravo Regimental parcialmente provido, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, para conhecer do Agravo em Recurso Especial do contribuinte e dar parcial provimento ao seu Recurso Especial, a fim de restabelecer a sentença, que havia concedido parcialmente o Mandado de Segurança.

ACÓRDÃO

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, dar parcial provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 218.210 - RS (2012/0172250-8)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental – que retornou a esta Turma, para os fins do art. 1.040, II, do CPC/2015 –, interposto por CALÇADOS DILLY S/A, em 31/08/2012, contra decisão proferida pelo Ministro CESAR ASFOR ROCHA, publicada em 30/08/2012, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de agravo interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial, fundamentado na alínea 'a' do permissivo constitucional, manejado contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

'TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE.

1. Segundo jurisprudência pacífica do Egrégio STJ, deve o ICMS integrar a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
2. Sentença reformada' (fl. 173).

Nas razões do especial, a empresa recorrente alega violação do art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, entre outros artigos. Sustenta que é ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 286-305).

Decido.

O inconformismo não prospera.

Este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados n. 68 e 94 da Súmula do STJ.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

'MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 83/STJ.

I - O acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, que firmou o entendimento de que se inclui na base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ICMS, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ.

II - Incidência do óbice sumular 83/STJ ao trânsito do recurso especial.

III - Agravo regimental improvido' (AgRg no Ag 1.069.974/PR, Ministro Francisco Falcão, DJe de 02.03.2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão do Tribunal *a quo* que reconheceu a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

2. Não mais existe o óbice ao julgamento da presente demanda, determinado pelo STF na Ação Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 18, pois o prazo de suspensão chegou ao término.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui o firme entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS. Súmulas 68 e 94/STJ.

4. Agravo regimental não provido' (AgRg no Ag 1.282.409/SP, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 25.02.2011).

Incidência, pois, do enunciado n. 83 da Súmula desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo" (fls. 381/382e).

Inconformada, a parte agravante sustenta que:

"-DO MÉRITO

I.I - DA FORMA COMO VÊM SENDO EXIGIDAS AS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E COFINS - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA x LEGALIDADE:

Desde a sua instituição, a contribuição social destinada ao PIS (Programa de Integração Social), como a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) foram, e ainda são, objeto de diversos questionamentos judiciais em razão das aparentes irregularidades que envolvam tais exigências fiscais.

Embora instituídas por atos normativos diversos, ambas encontravam sua fundamentação constitucional no conteúdo normativo vestido do art. 195, que, em sua redação original, assim dispunha:

(...)

Embora instituído ainda no ano de 1970, pela Lei Complementar 07, o PIS foi recepcionado pela Carta Constitucional de 1988, sendo uma das contribuições incidentes sobre o faturamento, conforme previsão do citado inciso I, do art. 195.

A outra contribuição social incidente sobre o faturamento foi o FINSOCIAL, instituído pelo Decreto-lei 1.940/82 e igualmente preservado pelo Texto Constitucional. Anos após, mais precisamente em 1991, já na vigência da Nova Carta, foi substituído pela COFINS, através da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Complementar 70.

Ambos os instrumentos normativos rezavam textualmente:

(...)

Sem maiores digressões a respeito da questão, e para que não parem dúvidas acerca da tese defendida pela AGRAVANTE, data máxima vênua, as indigitadas contribuições não podem incidir sobre a parcela referente ao ICMS decorrente de cada uma das operações mercantis realizadas pela empresa, porque este não constitui 'receita' da pessoa jurídica arrecadadora.

Estes recursos (ingressos), simplesmente transitam pela contabilidade da empresa, sendo um mero ingresso, e, de imediato é repassado à terceira pessoa, totalmente estranha ao negócio jurídico realizado entre a empresa e o consumidor final.

(...)

Por oportuno, firmada a premissa no sentido de não admitir que o ICMS integre a base de cálculo do PIS e COFINS, impõe-se o reconhecimento do indébito tributário (eventualmente decorrente de eventuais recolhimentos à maior), sendo o acesso ao procedimento compensatório é passível de ser garantido por meio da presente medida (afastando o risco da perpetração de atos/efeitos coatores emanados da indigitada autoridade), a teor, inclusive, da orientação firmada pela Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consagrada pelo enunciado da Súmula 231, in verbis:

(...)

Ainda, por derradeiro, para a recomposição de eventuais valores recolhidos à maior - indébito tributário, é aplicável a taxa SELIC, que substituíra indexação monetária e os juros (STJ, 1ª Turma, Rei. Min. José Delgado, REsp 187.401/RS, DJU de 23.03.99, p. 82).

(...)

Tratando-se a contribuição em questão de tributo sujeito a lançamento por homologação, vale dizer que, não ocorrendo a homologação expressa do lançamento, considera-se homologado tacitamente e extinto em definitivo o crédito no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, como define o do art. 150 do CTN. E ainda, o prazo para a extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando esta não se efetiva de forma expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, de acordo com a inteligência do art. 168, I, do CTN.

Dessa forma, o contribuinte, dispõe do prazo de dez anos para requerer a compensação ou a restituição, a partir do fato gerador, contando-se cinco anos até a homologação tácita (prazo decadencial) e mais cinco anos de prazo prescricional para interposição da ação. Este entendimento vem sendo corroborado pela jurisprudência do Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça, como se demonstra pelo julgado que segue:

(...)

Vale dizer que não se aplica o disposto nos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, os quais dispõem sobre o termo a quo do prazo prescricional fixado no art. 168, I, do CTN, e que, nos termos do art. 106, I do CTN, aplica-se a ato ou fato pretérito, determinando a extinção do crédito tributário no momento do pagamento antecipado.

Tal entendimento não merece prosperar, uma vez que os dispositivos de referida Lei Complementar nada têm de interpretativo. Ao contrário, nitidamente tem a intenção de imprimir exegese, contrariando a construção jurisprudencial já pacificada sobre a disciplina da decadência do direito do contribuinte requiere a restituição do indébito.

(...)

Assim, o que deve ser observado é a regra dos cinco anos mais cinco anos, conforme já julgado nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 327.043, quando, por unanimidade firmou orientação pela aplicação do dispositivo no art. 3º da LC 118/2005 somente aos recolhimento indevidos ocorridos após o termo a quo da vigência da LC 118/2005. ou seja, a partir de 09 de junho de 2005, tese defendida no voto. vista do Ex. Ministro Teori Albino Zavascki. Tal orientação foi seguida pelas duas Turmas integrantes da Primeira Seção do STJ.

(...)

Dessa forma, o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência, não se aplicando às ações ajuizadas em data anterior ou posterior a 09 de junho de 2005, uma vez que nelas estão embutidas pretensões de direito material com suporte em fatos geradores pretéritos à eficácia da lei, a qual, recorde-se, não possui caráter interpretativo, como tenta imprimir.

Por oportuno, impende lembrar que a regra de decadência a ser observada (in casu primeiros 5 anos da tese consagrada pelo STJ), conforme melhor doutrina, será aquela vigente no momento da ocorrência do fato/recolhimento.

De forma, como a LC 118/05 pretendeu modificar justamente este, há que se ratificar a aplicação prospectiva (conforme assentado pelo STF e STJ), de modo que a nova regra somente se aplicará a recolhimentos/pagamentos efetuados em data posterior a 09/06/05.

Assim, o que se requer é a manutenção da regra dos cinco mais cinco, afastando a aplicação imediata da Lei Complementar 118/2005!" (fls. 389/422e).

Assim, "requer se digne Vossa Excelência em receber o presente Agravo Legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o fim de, reconsiderando o r. despacho agravado, determinar o processamento do Recurso Especial, ou então, se assim não entender, se digne em requerer a apresentação do feito em mesa, para que o órgão competente aprecie as razões aqui contidas, e, em julgamento, dêem provimento ao recurso interposto, para determinar o conhecimento do Recurso Especial, com o que se estarão realizando a mais lúdima Justiça" (fl. 423e).

Em 04/12/2012, esta Segunda Turma negou provimento ao Agravo Regimental, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO – ICMS – BASE DE CÁLCULO – INCLUSÃO DOS VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE PIS E DE COFINS – POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da possibilidade de os valores devidos a títulos de PIS e de COFINS integrarem a base de cálculo do ICMS.
2. Entendimento firmado nas Súmulas 68 e 94 do STJ.
3. Agravo regimental não provido" (fl. 429e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados, por acórdão publicado em 24/09/2013.

Em 08/10/2013, foi interposto Recurso Extraordinário, no qual a parte impetrante, mais uma vez, defendeu a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como pugnou pela declaração do alegado direito à compensação tributária, com observância da denominada tese prescricional dos "cinco mais cinco" (fls. 470/516e).

Contrarrazões apresentadas a fls. 526/529e.

Em face do reconhecimento, pelo STF, nos autos do RE 574.706/PR, da repercussão geral do tema debatido na causa – inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS –, a Vice-Presidência deste Tribunal determinou o sobrestamento do Recurso Extraordinário, até o julgamento definitivo da matéria, pelo STF (fl. 534e).

Após, em razão do julgamento de mérito do RE 574.706/PR (Tema 69/STF), em 15/03/2017, pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CARMÉN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017), a Vice-Presidência do STJ determinou a remessa dos autos a esta Relatora, para fins do disposto no art. 1040, II, do CPC/2015 (fls. 538/539e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 218.210 - RS (2012/0172250-8)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Como relatado, cuida-se de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, interposto por CALÇADOS DILLY S/A, que retornou – por determinação da Vice-Presidência do STJ, fundamentada no art. 1.040, II, do CPC/2015, para julgamento por esta Segunda Turma, após a interposição de Recurso Extraordinário –, para juízo de retratação, em face de julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 574.706/PR, em regime de repercussão geral da questão constitucional.

Cumpre registrar que, na origem, trata-se de Mandado de Segurança, ajuizado em 25/10/2006, visando a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, bem como a repetição, mediante compensação, dos valores pagos a maior, a esse título, nos dez anos que antecedem a data do ajuizamento, com atualização pela Taxa SELIC.

Regularmente processado o feito, sobreveio a sentença, na qual foi parcialmente concedido o Mandado de Segurança, "para determinar a exclusão do valor correspondente ao ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, autorizando a compensação, observada a prescrição quinquenal" (fls. 130/136e).

Interposta Apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao aludido recurso e à remessa oficial, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE.

1. Segundo jurisprudência pacífica do Egrégio STJ, deve o ICMS integrar a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.
2. Sentença reformada" (fl. 173e).

Interpostos, simultaneamente, Recursos Especial e Extraordinário, o Vice-Presidente do Tribunal de origem não admitiu o Recurso Especial e determinou o sobrestamento do Recurso Extraordinário.

Interposto Agravo em Recurso Especial, o Ministro CESAR ASFOR ROCHA, considerando a orientação jurisprudencial então predominante nesta Corte, negou-lhe provimento.

Na sequência, interposto Agravo Regimental, a Segunda Turma do STJ, considerando a jurisprudência firmada à época, no sentido da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, negou provimento ao recurso.

Passo, assim, a reapreciar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015.

Confira-se, por oportuno, o acórdão submetido ao presente juízo de retratação, da relatoria da Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Região), **in verbis**:

"Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão singular proferida pelo Min. César Asfor Rocha, que negou provimento ao AREsp com base na seguinte fundamentação (e-STJ Fl. 381/382):

'Trata-se de agravo interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, manejado contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

'TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE.

1. Segundo jurisprudência pacífica do Egrégio STJ, deve o ICMS integrar a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

2. Sentença reformada' (fl. 173).

Nas razões do especial, a empresa recorrente alega violação do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, entre outros artigos. Sustenta que é ilegal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Foram ofertadas contrarrazões (fls. 286-305).

Decido.

O inconformismo não prospera.

Este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados n. 68 e 94 da Súmula do STJ.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

'MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. LEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 83/STJ.

I - O acórdão recorrido encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, que firmou o entendimento de que se inclui na base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ICMS, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ.

II - Incidência do óbice sumular 83/STJ ao trânsito do recurso especial.

III - Agravo regimental improvido' (AgRg no Ag 1.069.974/PR, Ministro Francisco Falcão, DJe de 02.03.2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão do Tribunal *a quo* que reconheceu a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.
2. Não mais existe o óbice ao julgamento da presente demanda, determinado pelo STF na Ação Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 18, pois o prazo de suspensão chegou ao término.
3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui o firme entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS. Súmulas 68 e 94/STJ.
4. Agravo regimental não provido' (AgRg no Ag 1.282.409/SP, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 25.02.2011).

Incidência, pois, do enunciado n. 83 da Súmula desta Corte.
Ante o exposto, nego provimento ao agravo.
Publique-se.'

Irresignada, a ora agravante argumenta que os valores devidos a título de PIS e de COFINS não devem integrar a base de cálculo do ICMS.
É o relatório.

A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da possibilidade de os valores devidos a títulos de PIS e de COFINS integrarem a base de cálculo do ICMS. Nessa linha de entendimento, confirmam-se os seguintes julgados, dentre diversos outros, oriundos de ambas as turmas especializadas em direito público:

'TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULA 68 E 94/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ.
2. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 186.811/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 11/10/2012).

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPC. INEXISTÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO APENAS ÀS DEMANDAS AJUIZADAS APÓS A SUA ENTRADA EM VIGOR. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 566.621/RS). ORIENTAÇÃO REAFIRMADA PELO STJ EM RECURSO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.269.570/MG, MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DE 04/06/12). BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO' (AgRg no AREsp 195.386/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 11/10/2012).

'TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005. INCIDÊNCIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. LEGALIDADE. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. O fundamento que alicerçou o acórdão prolatado pelo Tribunal a quo para decretar a prescrição de ofício - de que se impõe o exame da matéria ex officio, tendo em vista a prescrição ser questão de ordem pública, a qual pode ser revista e modificada a qualquer tempo, inclusive de ofício, sem configurar reformatio in pejus - não foi infirmado nas razões do recurso especial.
2. A falta de combate aos fundamentos que embasaram o acórdão recorrido, suficientes para mantê-lo, acarreta a incidência ao recurso especial do óbice da Súmula 283/STF.
3. O aresto impugnado entendeu pela prescrição das parcelas anteriores a 7 de novembro de 2002 (e-STJ fl. 246), tendo em vista a ação ter sido ajuizada em 7 de novembro de 2007, posteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (em 9 de junho de 2005).
4. Às ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN. Precedentes. RE 566.621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, no rito do artigo 543-B do CPC; REsp 1.269.570/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, no rito do artigo 543- C do CPC.
5. O óbice ao julgamento imposto por decisão liminar proferida na MC na ADC 18, em curso no Supremo Tribunal Federal, não mais existe, haja vista que os efeitos da última prorrogação da liminar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que suspendia o julgamento de todas as causas desta espécie por mais 180 (cento e oitenta) dias expiraram em outubro de 2010. Precedente: AgRg nos EDcl no REsp 1264655/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011.

6. É legítima a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público. Incidência das Súmulas 68 e 94/STJ.

7. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 186.807/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 24/08/2012).

Frise-se ainda, por oportuno, que a matéria está sumulada nesta Corte. A Súmula 68 do STJ estabelece que 'A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS', enquanto a Súmula 94 do STJ preceitua que 'A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL'. Diante do manifesto alinhamento entre a decisão agravada e a jurisprudência que se consolidou nesta Corte, de plano se constata o acerto da aplicação do entendimento firmado na Súmula 83 do STJ, cuja ratio se aplica perfeitamente aos apelos que não se fundam em dissenso jurisprudencial: 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.
É o voto" (fls. 430/433e).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, firmou a compreensão no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

A ementa do julgado encontra-se assim concebida:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**" (STF, RE 574.706/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, DJe de 02/10/2017).

Diante dessa nova orientação, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça realinhou o seu posicionamento, consoante se vê das ementas abaixo transcritas:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INCIDÊNCIA DE **ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS**. SÚMULAS 68/STJ E 94/STJ. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF.

1. Considerando que o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento diverso da jurisprudência firmada por esta Corte Superior nas Súmulas 68 e 94/STJ e em seu anterior repetitivo (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 02/12/2016), de rigor que o juízo de retratação seja feito pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do 574.706-RG/PR (Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 02-10-2017), com repercussão geral reconhecida, firmou a tese de que 'O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.' (Tema 69 da Repercussão Geral).**

3. Juízo de retratação exercido nestes autos (artigo 1040, II, do CPC), para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional" (STJ, REsp 1.100.739/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/03/2018).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL AUTORIZA O IMEDIATO JULGAMENTO DOS PROCESSOS COM O MESMO OBJETO, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PARADIGMA **PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.** RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento que a existência de precedente firmado sob o regime de repercussão geral pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma (AgInt no RE nos EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.280.891/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28.11.2017).

2. 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).

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

4. Agravo Interno da Fazenda Nacional ao qual se nega provimento" (STJ, AgInt no AgInt no AgRg no AREsp 392.924/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/03/2018).

No caso, extrai-se dos autos que o Agravo em Recurso Especial, interposto por CALÇADOS DILLY S/A, foi, nesta Corte, anteriormente, improvido, por reconhecer a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da jurisprudência do STJ, à época do julgamento do recurso.

Porém, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, em regime de repercussão geral, decidiu pela não incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme acima se destacou.

Quanto aos pontos do Recurso Especial, do Agravo em Recurso Especial e do presente Agravo Regimental que tratam da prescrição, cumpre registrar que o Plenário do STF, ao julgar o RE 566.621/RS (Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe de 11/10/2011), sob o regime de repercussão geral, proclamou que o termo inicial do prazo prescricional de cinco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, definido na Lei Complementar 118/2005, incide sobre as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da referida Lei (09/06/2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência, conforme a seguinte ementa:

"DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACATIO LEGIS* – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, **permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.**

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia.

Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido" (STF, RE 566.621/RS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, DJe de 11/10/2011).

No caso, portanto, particularmente quanto à prescrição, tendo sido ajuizado o Mandado de Segurança em 25/10/2006, conforme consta da sentença, "estão atingidos pela prescrição os tributos pagos até 25 de outubro de 2001, inclusive" (fl. 136e).

Ante o exposto, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, dou parcial provimento ao Agravo Regimental, para conhecer do Agravo em Recurso Especial do contribuinte e dar parcial provimento ao seu Recurso Especial, a fim de restabelecer a sentença, que concedera parcialmente o Mandado de Segurança.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0172250-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 218.210 / RS**

Números Origem: 2006710801602 200671080160275

PAUTA: 25/09/2018

JULGADO: 25/09/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CALÇADOS DILLY S/A
ADVOGADO : CÍCERO DITTRICH E OUTRO(S) - SC013467
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CALÇADOS DILLY S/A
ADVOGADO : CÍCERO DITTRICH E OUTRO(S) - SC013467
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000

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, deu parcial provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.