



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.535.044 - DF (2015/0123743-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : SS IMPORTACAO E DISTRIBUIDORA LOGISTICA LTDA
ADVOGADO : JACQUES MAURICIO FERREIRA VELOSO DE MELO E
OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC E COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Interposto Agravo Regimental, com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, mormente quanto à afronta ao art. 535 do CPC e à compensação tributária, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182 desta Corte.

II. Segundo se observa dos fundamentos que serviram para a Corte de origem deslindar a controvérsia, o tema referente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS foi dirimido no âmbito eminentemente constitucional, o que afasta a competência desta Corte para a análise do desiderato contido no Recurso Especial. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 706.163/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/08/2015; AgRg no AREsp 657.266/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/06/2015; AgRg no REsp 1.487.527/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/11/2014.

III. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

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, conhecer em parte do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015 (data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.535.044 - DF (2015/0123743-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto pela FAZENDA NACIONAL, contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Cuida-se de Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, inconformada com o acórdão proferido pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e assim ementado:

'TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO.

1. Impetrado o mandado de segurança depois da vigência da LC 118/2005, a prescrição é quinquenal (RE 566.621, r. Ministra Ellen Gracie, Plenário do STF).

2. O ICMS é despesa do contribuinte, que não pode ser incluído na base de cálculo da Cofins e do Pis – contribuições sociais incidentes sobre o 'faturamento' (Lei 9.718/1998, art. 3º). Despesa não é faturamento (Constituição, art. 195/I, alínea 'b'). 'Faturamento' é a receita decorrente da venda de serviços e/ou mercadorias.

3. Apelação da impetrante provida.' (fl. 801e).

Em suas razões, a recorrente aponta afronta aos arts. 458 e 535, II, do CPC, diante da suposta omissão da Corte de origem quanto:

'a) à inclusão na parte dispositiva do acórdão da incidência do artigo 170-A do CTN;

b) ao disposto no artigo 97, da CF, vez que foi afastada a legislação de regência quanto à legitimidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (LC's 07/70, 70/91, 87/96, LO's 9.715, 9718/98 e 10.637/2002 e 10.833);

c) à constitucionalidade e legalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS (artigos 195, I, e 239, ambos da CF, LC's 07/70, 70/91, 87/96, LO's 9.715, 9718/98 e 10.637/2002 e 10.833);

d) à inexistência de decisão definitiva do STF sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS;

e) ao descabimento da via mandamental;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

f) ao artigo 89, § 3º, da Lei 8.212/91' (fl. 211e).

Aduz, ainda, acerca da ofensa aos arts. 3º da LC 7/70, 2º da LC 70/91, 12, I, e 13, § 1º, I, 87/96, 3º da Lei 9.718/98, 1º da Lei 10.637/2002 e 1º da Lei 10.833/2003, ao fundamento de que o ICMS deveria ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS. Discorre, ainda, acerca do desrespeito ao art. 166 do CTN, ao argumento de que as contribuições sociais PIS e COFINS, a partir do sistema não-cumulativo (compensação de créditos e débitos), com o advento do § 12 do art. 195 da CF, pela EC 42/2003, Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, teriam se tornado tributos indiretos, motivo pelo qual a respectiva restituição somente seria de quem provasse haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estivesse por este expressamente autorizado a recebê-la. Por fim, indica a violação ao art. 89, § 3º, da Lei 8.212/91, tendo em vista a suposta necessidade de limitação, por ocasião da compensação, dos valores a serem recolhidos em cada competência, nos percentuais de 25% e 30%, segundo as Leis 9.032/95 e 9.129/95.

É o relatório.

Em relação aos arts. 458 e 535 do CPC, não existe a omissão apontada, uma vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela recorrente.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp 1360762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2013.

No que tange que à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições relativas ao PIS e à COFINS, tem-se que a matéria foi decidida, pelo Tribunal de origem, com base em fundamentos constitucionais, conforme se depreende do seguinte excerto do voto condutor do aresto recorrido, in verbis:

'Embora não concluído o julgamento do RE 240.785-2-MG, adota-se o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins:

...

O conceito de faturamento diz como riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação de serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.

A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação.

No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI.

Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não releva medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea 'b' do inciso I do art. 195 da Constituição Federal.

Cumprir ter presente a advertência do ministro Luiz Gallotti, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 71.758: 'se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição – RTJ 66/165. Conforme salientado pela melhor doutrina, 'a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas'. A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. Por isso mesmo, o artigo 110 do Código Tributário Nacional conta com regra que, para mim, surge simplesmente pedagógica, com sentido didático, a revelar que:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão 'folhas de salários', a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão 'faturamento' envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS.

Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir ao contrário é querer, como salientado por Hugo de Brito Machado em artigo publicado sob o título 'Cofins – Ampliação da base de cálculo e compensação do aumento de alíquota', em 'CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – PROBLEMAS JURÍDICOS', que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria.

Conforme previsto no preceito constitucional em comento, a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.

... " (fls. 168/170e).

Tendo sido a matéria, debatida no Recurso Especial, objeto de análise, pelo Tribunal de origem, sob viés constitucional, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça seu reexame. A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. **INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE TRATOU DO TEMA COM ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.**

1. O Tribunal de origem reconheceu a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ao aplicar precedente do Supremo Tribunal Federal que analisou a questão sob o enfoque do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, 'b', da Constituição Federal. Diante desse contexto, é de se reconhecer que o tema possui nítidos contornos constitucionais, o que impossibilita sua análise em sede de recurso especial, eis que a questão extrapola a competência desta Corte prevista no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental não provido' (STJ, AgRg no REsp 1.487.527/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/11/2014).

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DE ICMS PELO EXPORTADOR. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM PRECEITO CONSTITUCIONAL. REVISÃO PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido decidiu a lide com respaldo na imunidade tributária prevista no art. 155, § 2º, X, 'a', da Constituição Federal, para concluir que a transferência de créditos de ICMS pelos exportadores para terceiros não sofre a incidência do PIS e da COFINS.

2. O recurso especial não via processual adequada para rever acórdão fundado em preceito constitucional.

3. Agravo regimental não provido' (STJ, AgRg no REsp 1.313.023/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/11/2014).

Quanto à aludida negativa de vigência ao art. 89, § 3º, da Lei 8.212/91, a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, tanto o REsp 1.167.039/DF, quanto o REsp 1.164.452/MG, ambos da relatoria do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, entendeu que, nas ações judiciais propostas em data posterior à edição da Lei Complementar 104/2001, a lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte.

Confiram-se, a seguir, as ementas dos acórdãos dos dois citados Recursos Especiais repetitivos, relativos às teses firmadas em torno do art. 170-A do CTN:

'TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, 'é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008' (STJ, REsp 1.167.039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/09/2010).

'TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização 'antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008' (STJ, REsp 1.164.452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/09/2010).

Nos presentes autos, a ação foi ajuizada em 30/05/2007, quando já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se encontrava em vigor a Lei Complementar 104/2001, de modo que deve ser afastada a limitação percentual à compensação, prevista no art. 89, § 3º, da Lei 8.212/91.

Por fim, não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na aludida negativa de vigência ao art. 166 do CTN, porquanto a simples oposição de Embargos de Declaração, sem que a matéria tenha sido efetivamente discutida e decidida pela Corte **a quo**, não é suficiente para caracterizar o requisito do prequestionamento. Aplica-se, no ponto, o enunciado sumular 211/STJ.

Dessa forma, nos termos do art. 557, **caput**, do CPC, **nego seguimento** ao Recurso Especial da Fazenda Nacional" (fls. 273/278e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

"A matéria tratada nestes autos, Exa., pode ser solucionada tanto sob viés constitucional quanto infraconstitucional. É bastante comum, inclusive, que uma mesma decisão se baseie em dispositivos da Magna Carta e de leis ordinárias para solucionar tal controvérsia, cada qual suficiente, de per si, para manter os fundamentos do julgado. É o que se verifica in casu.

O acórdão Regional ao decidir pela não incidência de PIS e de Cofins sobre o ICMS adotou fundamentação constitucional mas não deixou de analisar a legislação ordinária. Em diversos trechos do acórdão percebe-se que o TRF adentrou a fundo no exame das leis que regem a matéria.

Diante da exposição, resta claro que, a decisão proferida, teve embasamento infraconstitucional, o que indubitavelmente possibilita a interposição do recurso aviado. Além do mais, fora interposto o RE quanto aos dispositivos constitucionais, fato que pode ser observado nos autos às fls. 213/225 (e-STJ).

Assim, **possuindo o acórdão 'duplo fundamento', constitucional e infraconstitucional, torna-se totalmente cabível o presente recurso.** Em razão disso o recurso especial visou a reforma da decisão por afronta à legislação de regência dos tributos em voga. Merece prosperar, assim, a nosso ver e com a devida vênia, a insurgência extrema da Fazenda Nacional" (fl. 284e).

Em seguida, a agravante tece considerações acerca da necessidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS.

Por fim, requer a "reconsideração da decisão agravada, ou, se assim não entender Vossa Excelência, seja o feito submetido a julgamento pela Turma, com o escopo de que seja conhecido e provido o presente agravo regimental, de modo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reformular a decisão, conhecendo e provendo o recurso especial da Fazenda Nacional" (fl. 288e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.535.044 - DF (2015/0123743-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não merece censura a decisão ora agravada.

De início, cumpre registrar que, como se observa por simples leitura das razões do presente Regimental, deixou a parte agravante de infirmar os fundamentos da decisão agravada relativos à afronta ao art. 535 do CPC e à compensação tributária, limitando-se a insurgir quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Assim, interposto Agravo Regimental com razões deficientes, que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo, no particular, a Súmula 182 desta Corte.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. FALTA DE CIÊNCIA AO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ.

(...)

2. No presente Regimental, a parte agravante não impugnou os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a reafirmar as razões de seu Recurso Especial.

3. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do Agravo Regimental. Incide a Súmula 182/STJ: 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.'

4. Agravo Regimental não conhecido" (STJ, AgRg no REsp 1.425.186/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/03/2014).

Melhor sorte não assiste à parte agravante, em relação à questão pertinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Quanto ao tema acima referido, assim decidiu o Tribunal de origem:

"O ICMS é despesa do contribuinte, que não pode ser incluído na base de cálculo da Cofins e do Pis – contribuições sociais incidentes sobre o 'faturamento' (Lei 9.718/1998, art. 3º). **Despesa não é faturamento (Constituição, art. 195/I, alínea 'b'). 'Faturamento' é**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a receita decorrente da venda de serviços e/ou mercadorias. O RE 212.209 nada tem a ver com o caso, porque trata de inclusão do ICMS na base de cálculo desse mesmo tributo.

Pouco importa o que disponha em sentido contrário a lei ordinária. Há prevalecer o conceito de faturamento a que se refere a mencionada norma constitucional. Nesse sentido dispõe o CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Embora não concluído o julgamento do RE 240.785-2-MG, adota-se o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins:

...

O conceito de faturamento diz como riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação de serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.

A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação.

No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI.

Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não releva medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea 'b' do inciso I do art. 195 da Constituição Federal.

Cumprir ter presente a advertência do ministro Luiz Gallotti, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 71.758: 'se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição – RTJ 66/165. Conforme salientado pela melhor doutrina, 'a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas'.' A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. Por isso mesmo, o artigo 110 do Código Tributário Nacional conta com regra que, para mim, surge simplesmente pedagógica, com sentido didático, a revelar que: A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão 'folhas de salários', a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão 'faturamento' envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS.

Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir ao contrário é querer, como salientado por Hugo de Brito Machado em artigo publicado sob o título 'Cofins – Ampliação da base de cálculo e compensação do aumento de alíquota', em 'CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – PROBLEMAS JURÍDICOS', que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria.

Conforme previsto no preceito constitucional em comento, a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.

...

(...)" (fls. 168/170e).

Consoante se infere das razões de decidir da Corte de origem, a questão da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS foi decidida com base em fundamentos eminentemente constitucionais, sobretudo, porque foi calcada no entendimento exarado, pelo STF, quando do julgamento do RE 240.785-2-MG, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, no qual se procedeu à interpretação do art. 195, I, **b**, da Constituição Federal.

Assim, tal como consignado na decisão ora agravada, não há como se proceder ao exame da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se, por oportuno, que esta Corte, em hipóteses idênticas à dos autos, conclui que, quando fundada a decisão recorrida no art. 195, I, **b**, da Carta Política, a questão controvertida ganha contornos constitucionais, inviabilizando-se, assim, o processamento do Recurso Especial. A propósito:

"TRIBUTÁRIO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RECEITA E FATURAMENTO. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

1. A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça - a discussão referente ao conceito de faturamento e receita bruta -, notadamente no que se refere à definição da base de cálculo, implica análise de matéria constitucional, o que é vedado nesta Corte Superior, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Verifica-se, pois, que a Corte de origem analisou a matéria à luz dos art. 195, I, 'b', e 154, I, ambos da Constituição Federal.
Agravamento regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 706.163/RS, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/08/2015).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. QUESTÃO RESOLVIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1. A instância ordinária, ao reconhecer a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, utilizou como fundamento o enfoque do conceito de faturamento previsto nos arts. 145, § 1º, e 195, I, 'b', da Constituição Federal.

2. Nesse contexto, eventual contrariedade, caso existente, ocorreria apenas no plano constitucional, de modo que se configura inviável a rediscussão da matéria pelo STJ, no recurso especial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 657.266/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/06/2015).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE TRATOU DO TEMA COM ENFOQUE EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.

1. O Tribunal de origem reconheceu a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ao aplicar precedente do Supremo Tribunal Federal que analisou a questão sob o enfoque do conceito de faturamento previsto no art. 195, I, 'b', da Constituição Federal. Diante desse contexto, é de se reconhecer que o tema possui nítidos contornos constitucionais, o que impossibilita sua análise em sede de recurso especial, eis que a questão extrapola a competência desta Corte prevista no art. 105, III, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.487.527/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/11/2014).

Pelo exposto, conheço, em parte, do Agravo Regimental, e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0123743-0

**AgRg no
REsp 1.535.044 / DF**

Números Origem: 00177699420074013400 200734000178689

PAUTA: 19/11/2015

JULGADO: 19/11/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : SS IMPORTACAO E DISTRIBUIDORA LOGISTICA LTDA
ADVOGADO : JACQUES MAURICIO FERREIRA VELOSO DE MELO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : SS IMPORTACAO E DISTRIBUIDORA LOGISTICA LTDA
ADVOGADO : JACQUES MAURICIO FERREIRA VELOSO DE MELO E OUTRO(S)

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 agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região), Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.