



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.539 - RS (2009/0232928-0)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
AGRAVANTE : J PAOLA INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA
ADVOGADOS : VELMI ABRAMO BIASON E OUTRO(S)
MARIO HENRIQUE ODY E OUTRO(S)
VIVIANE CARDOSO OLIVEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DA 1A. SEÇÃO DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ; a alegação de que se trata de valores que o contribuinte do ICMS apenas arrecada, para repassar ao Tesouro do Estado (pelo que seriam ingressos provisórios e não receitas da pessoa jurídica), não encontra eco na jurisprudência desta Corte.

2. Agravo Regimental do contribuinte desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília/DF, 18 de setembro de 2012 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.539 - RS (2009/0232928-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : J PAOLA INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA
ADVOGADOS : VELMI ABRAMO BIASON E OUTRO(S)
VIVIANE CARDOSO OLIVEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Regimental interposto por J PAOLA INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA., em face da decisão de fls. 294/299 que negou seguimento ao seu Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DA 1A. SEÇÃO DESTE STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICADA. RECURSO ESPECIAL DO CONTRIBUINTE AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO (fls. 294).

2. A ora agravante reitera as razões do Recurso Especial, ressaltando a impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Requer a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja levado a julgamento pela Turma competente.

4. É o que havia para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.539 - RS (2009/0232928-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : J PAOLA INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA
ADVOGADOS : VELMI ABRAMO BIASON E OUTRO(S)
VIVIANE CARDOSO OLIVEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DA 1A. SEÇÃO DESTE STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ; a alegação de que se trata de valores que o contribuinte do ICMS apenas arrecada, para repassar ao Tesouro do Estado (pelo que seriam ingressos provisórios e não receitas da pessoa jurídica), não encontra eco na jurisprudência desta Corte.

2. *Agravo Regimental do contribuinte desprovido.*

1. A despeito das alegações da agravante, razão não lhe assiste, porquanto os fundamentos trazidos no recurso não foram suficientes para infirmar a decisão recorrida, assim redigida, no que interessa:

8. *No mérito, o aresto recorrido aduziu o seguinte:*

2. *Discute-se nestes autos se o ICMS pode ser incluído na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. No tocante à contribuição para o PIS, o tema encontra-se, de há muito, pacificado na jurisprudência. O extinto Tribunal Federal de Recursos já fixara sua orientação na Súmula 258, que rezava: inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM. Esse posicionamento é reiterado pela Súmula 68 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. E outra não pode ser a conclusão. Pretende-se que o ICMS não integre o faturamento porque, sendo tributo indireto, seu valor teria destinação aos cofres públicos. No entanto, essa distinção entre tributo direto e indireto é, antes, de natureza financeira que jurídica, como bem ressalta o Prof. Hugo*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Brito Machado, em estudo publicado em Repertório IOB de Jurisprudência, 1990, 1/3314.

Como observa aquele jurista, a fisionomia jurídica do ICMS está delineada no Decreto-lei 406, de 31.12.68, que estabeleceu em seu artigo 2o., § 7o., que o montante do imposto de circulação de mercadorias integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Ora, se o imposto integra a base de cálculo, é intuitivo que integra também o faturamento, não sendo algo que se acrescenta ao preço, mas algo que incide sobre o preço. O consumidor não paga o preço, mais o tributo: paga o preço e sobre o preço incide o tributo, pago pelo vendedor.

Também em relação à COFINS outra não pode ser a conclusão, pois os mesmos argumentos se lhe aplicam. A respeito da contribuição para o FINSOCIAL, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já pacificou sua jurisprudência, com a Súmula 94, verbis: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL. A mesma inteligência se aplica relativamente à COFINS.

3. Não desconheço que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, em razão do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, o RE 240.785-2, já havendo seis votos no sentido de que o valor do ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Há, pois, forte probabilidade de o Supremo Tribunal Federal considerar indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições. No entanto, não está descartada a hipótese de, em sendo apresentados sólidos argumentos em sentido oposto, haja alteração do entendimento dos Senhores Ministros através do expediente da retificação de voto, o que é muito comum nos julgamentos colegiados (fls. 167/168).

9. Não obstante a combativa argumentação do recorrente, o fato é que o entendimento perfilhado pelo aresto impugnado está em consonância com a orientação da 1a. Seção desta Corte sobre a questão ora em debate, de que são exemplos os julgados abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. VERBETES 68 E 94 DA SÚMULA/STJ.

Em relação ao ICMS, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que se inclui a referida exação na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados 68 e 94 da Súmula do STJ.

Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1.396.068/MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 16.06.2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ISS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. Agravo regimental no recurso especial em que se discute a legalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

2. Analisando controvérsia semelhante, que versa sobre o cômputo do ICMS, a jurisprudência do STJ firma-se no sentido de que a parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins. Inteligência das Súmulas 68 e 94 do STJ.

3. Por essas mesmas razões, tendo em vista que o ISS é um encargo tributário que integra o preço dos serviços, compondo assim a receita da contribuinte, deve ele ser considerado na base de cálculo do PIS e da Cofins. Precedente: REsp 1145611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 08/09/2010.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp. 1.197.712/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 09.06.2011).



PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no REsp. 1.085.346/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 26.04.2011).



PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM SÚMULAS DESTA CORTE SUPERIOR. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/05. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TESE DOS CINCO MAIS CINCO. PRECEDENTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1002932/SP. OBEDIÊNCIA AO ART. 97 DA CR/88.

1. No que se refere à ADC 18/DF, verificado o término do prazo de prorrogação da eficácia da medida cautelar anteriormente deferida, para suspender o julgamento das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demandas que envolvam a aplicação do art. 30., § 2o., inciso I, da Lei n. 9.718/98 - possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep -, cumpra dar prosseguimento ao julgamento do recurso.

2. *A jurisprudência do STJ firmou-se no mesmo sentido do decisum recorrido, que, in casu, reconheceu a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94/STJ.*

3. *A prescrição é questão de ordem pública, de modo que, estando aberta a via do especial pelo conhecimento das demais alegações, é possível superar a ausência de prequestionamento. Precedentes.*

4. *Restou consolidado, nesta Corte Superior, por meio de julgamento de recurso representativo de controvérsia, ser descabida a aplicação da Lei Complementar 118/05 aos casos de pagamentos indevidos realizados antes de sua vigência, pois violaria o princípio da irretroatividade. Aplica-se, ao caso, a tese dos cinco mais cinco.*

5. *Precedente da Primeira Seção no REsp 1.002.932/SP, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, que atendeu ao disposto no art. 97 da Constituição da República, consignando expressamente a análise da inconstitucionalidade da Lei Complementar 118/05 pela Corte Especial (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).*

6. *Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no Ag 1.071.044/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 16.02.2011).*

10. *Incidente, portanto, a Súmula 83 desta Corte.*

11. *Por fim, encontra-se prejudicada a questão relativa ao dissídio jurisprudencial na interpretação dos arts. 30. e 40., da LC 118/2005, tendo em vista que, sendo considerada legítima a cobrança da referida exação, não há que se falar em prazo prescricional para a repetição de indébito.*

2. De fato, conforme se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ, o acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte; a alegação de que se trata de valores que o contribuinte do ICMS apenas arrecada, para repassar ao Tesouro do Estado (pelo que seriam ingressos provisórios e não receitas da pessoa jurídica), não encontra eco na jurisprudência desta Corte .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental do contribuinte, mantendo a decisão agravada pelos próprios fundamentos.

4. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0232928-0 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.539 / RS

Números Origem: 200671080175606 200802209993 200804000264026

EM MESA

JULGADO: 18/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J PAOLA INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA
ADVOGADOS : VELMI ABRAMO BIASON E OUTRO(S)
MARIO HENRIQUE ODY E OUTRO(S)
VIVIANE CARDOSO OLIVEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : J PAOLA INDÚSTRIA DE CALÇADOS LTDA
ADVOGADOS : VELMI ABRAMO BIASON E OUTRO(S)
MARIO HENRIQUE ODY E OUTRO(S)
VIVIANE CARDOSO OLIVEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.