

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1590485 - RS
(2019/0281858-1)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : SOUBACH BENEFICIAMENTO EM COUROS LTDA
ADVOGADOS : ROBERTO DUQUE ESTRADA DE SOUSA - RJ080668
ANA CRISTINA DE PAULO ASSUNCAO - SP335272

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. INTERPRETAÇÃO DE TESE FIRMADA PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO APRECIADO PELO ARESTO A QUO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF

1. Cuida-se de Agravo Interno interposto contra *decisum* da Presidência que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial, lastreando-se nas Súmulas 282/STF e 356/STF e no fato de ter havido julgamento do STF no regime de repercussão geral sobre a matéria.

2. Quanto à primeira controvérsia, alega violação dos arts. 10, 11, 141, 192, 489, inciso II, e 490 do CPC, no que concerne à ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido quanto ao critério de cálculo a ser utilizado. Nada obstante, quanto a este ponto, incide o óbice das Súmulas 282/STF e 356/STF, uma vez que os artigos apontados como violados não foram apreciados pelo acórdão recorrido.

3. Quanto à segunda controvérsia, alega violação dos arts. 13, § 1º, inciso I, 19 e 20, da Lei Complementar 87/96; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2002; 2º da Lei 9.715/1989; e 2º da Lei Complementar 70/1991, sob o fundamento de que ainda não se definiu em repercussão geral qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS, e de que, a partir de uma interpretação do mérito julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que o valor a ser excluído deve ser aquele relativo à parcela a recolher para a Fazenda Pública, e não ao ICMS destacado nas notas fiscais.

4. A esse respeito, é possível extrair tanto do acórdão recorrido quanto das razões do Recurso especial que seu deslinde exige a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em Recurso Especial. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados do STJ: AgInt no AREsp 1.508.155/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 11/10/2019; EDcl no AgInt no AREsp 1.515.851/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/11/2019.

5. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 22 de abril de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Herman Benjamin
Relator

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.590.485 - RS
(2019/0281858-1)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : SOUBACH BENEFICIAMENTO EM COUROS LTDA
ADVOGADOS : ROBERTO DUQUE ESTRADA DE SOUSA - RJ080668
ANA CRISTINA DE PAULO ASSUNCAO - SP335272

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo Interno interposto contra *decisum* da Presidência que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial.

A parte insurgente, nas razões do Agravo Interno, sustenta, em síntese:

Por essas razões, a UNIÃO (Fazenda Nacional) espera que essa nobre Relatoria possa rever seu posicionamento e suspender o feito. No mérito, que possa determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o TRF se pronuncie a respeito das variadas normas infraconstitucionais no entorno desse tema.

Se assim não entender Vossa Excelência, que submeta o recurso a julgamento pela Turma, para que seja conhecido e provido, concluindo-se pelo sobrestamento do processo, até decisão sobre a afetação a recurso repetitivo, ou, no mérito, retorno dos autos à Corte Regional

Decisão da Presidência do STJ, que mantém seu entendimento, à fl. 554.

Memorando do agravado às fls. 561-564.

É o relatório.

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.590.485 - RS
(2019/0281858-1)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : SOUBACH BENEFICIAMENTO EM COUROS LTDA
ADVOGADOS : ROBERTO DUQUE ESTRADA DE SOUSA - RJ080668
ANA CRISTINA DE PAULO ASSUNCAO - SP335272

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. INTERPRETAÇÃO DE TESE FIRMADA PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO APRECIADO PELO ARESTO A QUO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF

1. Cuida-se de Agravo Interno interposto contra *decisum* da Presidência que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial, lastreando-se nas Súmulas 282/STF e 356/STF e no fato de ter havido julgamento do STF no regime de repercussão geral sobre a matéria.

2. Quanto à primeira controvérsia, alega violação dos arts. 10, 11, 141, 192, 489, inciso II, e 490 do CPC, no que concerne à ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido quanto ao critério de cálculo a ser utilizado. Nada obstante, quanto a este ponto, incide o óbice das Súmulas 282/STF e 356/STF, uma vez que os artigos apontados como violados não foram apreciados pelo acórdão recorrido.

3. Quanto à segunda controvérsia, alega violação dos arts. 13, § 1º, inciso I, 19 e 20, da Lei Complementar 87/96; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2002; 2º da Lei 9.715/1989; e 2º da Lei Complementar 70/1991, sob o fundamento de que ainda não se definiu em repercussão geral qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS, e de que, a partir de uma interpretação do mérito julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que o valor a ser excluído deve ser aquele relativo à parcela a recolher para a Fazenda Pública, e não ao ICMS destacado nas notas fiscais.

4. A esse respeito, é possível extrair tanto do acórdão recorrido quanto das razões do Recurso especial que seu deslinde exige a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em Recurso Especial. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados do STJ: AgInt no AREsp 1.508.155/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 11/10/2019; EDcl no AgInt no AREsp 1.515.851/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/11/2019.

5. Agravo Interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 5.5.2020.

Cuida-se de Agravo Interno interposto contra *decisum* da Presidência que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial, lastreando-se nas Súmulas 282/STF e 356/STF e no fato de que houve julgamento do STF no regime de repercussão geral sobre a matéria.

Na origem, trata-se de Agravo apresentado pela Fazenda Nacional, contra a decisão que não admitiu seu Recurso Especial que visava reformar acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO.
PRESCRIÇÃO. LC Nº 118, DE 2005.

Em se tratando de ação para aproveitamento em compensação tributária de quantias pagas indevidamente, a título de tributo, ajuizada depois de 09-06-2005, ou seja, após a *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118, de 09-02-2005, que alterou o art. 168 do Código Tributário Nacional (CTN), o prazo prescricional aplicável é de cinco (5) anos.

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO.

É indevida a inclusão dos valores referentes ao ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Quanto à primeira controvérsia, alega violação dos arts. 10, 11, 141, 192, 489, inciso II, e 490 do CPC, no que concerne à ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido quanto ao critério de cálculo a ser utilizado, trazendo o seguinte argumento:

Ao longo da tramitação processual a questão relativa ao critério de cálculo a ser utilizado não foi debatida nos autos. Não houve discussão sobre qual o ICMS deveria ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Os argumentos jurídicos, tanto da parte autora quanto ré, limitaram-se a defesa da tese em si, ou seja, se os valores do ICMS poderiam ser incluídos no valor total das receitas auferidas no mês, contudo, em momento algum houve discussão sobre a apuração do ICMS.

Dessa forma, o acórdão recorrido, que consignou que deve ser

excluído o ICMS destacado nas notas fiscais, violou normas processuais importantes, que garantem o devido processo legal, e o direito à defesa.

Por todo o exposto, a decisão recorrida deve ser anulada por ausência de fundamentação. Superada a alegação de ausência de fundamentação, impõe-se a reforma do acórdão recorrido, excluindo-se das razões de decidir as determinações atinentes à qual o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, tendo em vista que tal controvérsia não faz parte dos limites da lide e não foi discutida nos autos (fls. 366).

De fato, quanto a este ponto, incide o óbice das Súmulas 282/STF e 356/STF, uma vez que os artigos apontados como violados não foram apreciados pelo acórdão recorrido.

Nesse sentido: REsp 1.160.435/PE, relator Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe de 28/4/2011; AgInt no AREsp 1.339.926/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 15/2/2019; e REsp 1.730.826/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/2/2019.

Quanto à segunda controvérsia, alega violação dos arts. 13, § 1º, inciso I, 19 e 20, da Lei Complementar 87/96; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2002; 2º da Lei 9.715/1998; e 2º da Lei Complementar 70/1991, sob o fundamento de que ainda não se definiu em repercussão geral qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS, e de que, a partir de uma interpretação do mérito julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que o valor a ser excluído deve ser aquele relativo à parcela a recolher para a Fazenda Pública, e não ao ICMS destacado nas notas fiscais. Sustenta:

No entanto, a despeito das nebulosas dúvidas que ainda pairam sobre a conclusão do julgamento do RE 574706 (tema 69 da repercussão geral), o v.

acórdão recorrido reconheceu em favor do contribuinte “o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento”, o que, ao nosso entender viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991 [...] - fl. 367.

V.A – TEMA 69 DE REPERCUSSÃO GERAL i) O QUE (NÃO) FOI DECIDIDO?

“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS

e da COFINS”. Esse foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706/PR, que fixou o Tema 69 de Repercussão Geral, e esse foi o entendimento adotado no v. acórdão recorrido, razão pela qual a Fazenda Nacional não se insurge contra a tese neste momento processual.

A discussão aqui é outra, uma vez que o acórdão paradigma não enfrentou expressamente todas as questões decorrentes da tese fixada. Não houve, por exemplo, definição a respeito da exclusão do ICMS-Substituição Tributária das operações realizadas pelos substituídos; não houve definição da exclusão de outros tributos da base de cálculo do PIS e da COFINS; e – mais importante para o caso em apreço – não houve definição a respeito de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, se o ICMS destacado na nota fiscal ou se o ICMS a recolher (E tais temas não seria de ordem constitucional, o que autoriza a interposição do presente recurso especial).

O ideal, reconheça-se, era que a questão tivesse sido decidida expressamente já no julgamento da repercussão geral. Disso não discorda a Fazenda Nacional, que inclusive retomou a discussão nos embargos de declaração opostos contra o acórdão do RE nº 574.706/PR, ainda pendentes de julgamento.

Mas este é o quadro que se apresenta no momento: uma tese fixada em sede de repercussão geral que não define expressamente que parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

ii) O QUE PODE SER EXTRAÍDO DO ACÓRDÃO PARADIGMA DO STF Afirmamos no tópico precedente que a Suprema Corte não tomou posição expressa a respeito de qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS – se o ICMS destacado na nota ou se o ICMS a recolher, resultante do encontro de contas entre débitos e créditos do imposto. Isso, porém, não significa que não seja possível extrair uma conclusão a partir das premissas firmadas no acórdão.

O principal fundamento do voto vencedor é o de não constituir o ICMS receita do contribuinte, porque se trata de valor que será repassado ao Estado. A relatora, ministra Cármen Lúcia, cita parecer de Roque Antônio Carrazza, no qual o tributarista faz paralelo entre o conceito de receita pública, tal como concebido por Aliomar Baleeiro, e o conceito de receita ou faturamento, para fins de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS. Para Baleeiro, as quantias recebidas pelos cofres públicos são genericamente designadas entradas ou ingressos financeiros. A receita pública é a espécie do gênero entrada que se distingue por integrar-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas¹. Daí por que, analogamente, o ingresso no caixa do estabelecimento do montante destinado ao recolhimento de ICMS não poderia ser considerado receita.

[...] Dois pontos apontam na direção da exclusão do ICMS a recolher. No item 1 – que contextualiza a discussão e deve servir de norte para o que vem a seguir –, a ementa fala em apuração mensal do ICMS e em ICMS a recolher. E no item 3, ficou dito que não se inclui todo o ICMS na definição de faturamento. “Todo” tem nessa frase o sentido de “inteiro”. Isso, porém, não

significa que pelo menos parte do ICMS não integra o conceito – ao menos a parte destacada na nota fiscal que não é repassada ao Estado. O que quis dizer a ministra Cármen Lúcia foi que não se inclui o ICMS todo (todo ele, ele todo) na base de cálculo das contribuições. Do ponto de vista lógico-formal, se dizemos que o inteiro de X não está contido em Y, isso não significa que parte de X não está contida em Y. A propósito, se considerados o item 1 da ementa e o argumento de que o ICMS não constitui receita porque é repassado ao Estado, o único conteúdo semântico admissível para o trecho é o de que o ICMS a recolher (parte do todo, do ICMS destacado na nota fiscal) é que não integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (fls. 368/371).

A esse respeito, é possível extrair tanto do acórdão recorrido quanto das razões do Recurso especial que seu deslinde exigiria a interpretação de tese definida pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, o que impede a apreciação da matéria em Recurso Especial.

Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INTERPRETAÇÃO DE TESE FIRMADA PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. À luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.

2. Tem natureza constitucional a controvérsia inerente à interpretação da tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, após o reconhecimento da repercussão geral e respectivo julgamento, sendo certo que, relacionando-se o debate com a forma de execução do julgado do Supremo, não poderia outro tribunal, em princípio, ser competente para solucioná-lo.

3. Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido, pois o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, interpretando a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu ser o ICMS destacado na nota fiscal a parcela de tributo a ser excluída da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

[...] 5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 1.508.155/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 11/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DISCUSSÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO OU ICMS ESCRITURAL A RECOLHER. PRETENSÃO DE COLOCAR BALIZAS AO DECIDIDO PELO STF NO RE N. 574.706 RG / PR. IMPOSSIBILIDADE. TEMA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

Superior Tribunal de Justiça

1. Impossibilidade de manifestação desta Corte, em sede de recurso especial, sobre alegação de ofensa a princípios e dispositivos da Constituição Federal, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.

2. O acórdão embargado se manifestou de forma clara e fundamentada no sentido de que a Corte de Origem apenas aplicou ao caso concreto o entendimento firmado pelo STF no RE 574.706, em sede de repercussão geral, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal, o que é possível ao Tribunal a quo, já que aquela Corte não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional, ao contrário desta Corte superior que, em sede de recurso especial, segue lógica outra: não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional. Nesse sentido: EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019).

[...] 5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 1.515.851/SC, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe07/11/2019).

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao Agravo Interno.**
É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

**AgInt no AREsp 1.590.485 / RS
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2019/0281858-1

Número de Origem:

50048854320174047108 50182817120174040000

Sessão Virtual de 16/04/2020 a 22/04/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : SOUBACH BENEFICIAMENTO EM COUROS LTDA

ADVOGADOS : ROBERTO DUQUE ESTRADA DE SOUSA - RJ080668
ANA CRISTINA DE PAULO ASSUNCAO - SP335272

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS - COFINS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO : SOUBACH BENEFICIAMENTO EM COUROS LTDA

ADVOGADOS : ROBERTO DUQUE ESTRADA DE SOUSA - RJ080668
ANA CRISTINA DE PAULO ASSUNCAO - SP335272

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 22 de abril de 2020