



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 823.534 - PR (2015/0308176-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **INDÚSTRIA DE PAPELÃO HORLLE LTDA**
ADVOGADO : **ANDERS FRANK SCHATTENBERG**
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

II. Segundo se observa dos fundamentos que serviram para a Corte de origem deslindar a controvérsia, o tema referente à inclusão do ICMS na 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 768.212/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/11/2015; 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 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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 823.534 - PR (2015/0308176-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto por INDÚSTRIA DE PAPELÃO HORLLE LTDA., contra decisão de minha lavra, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por INDÚSTRIA DE PAPELÃO HORLLE LTDA, mediante o qual se impugna decisão indeferitória de seguimento a seu Recurso Especial, tirado, por sua vez, de acórdão, proferido do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

'PIS. COFINS. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. INADMISSIBILIDADE. ART. 195, I, 'B', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 195, I, 'b' (modificado pela EC nº 20), dispôs que se pode instituir contribuição sobre 'a receita ou o faturamento', tratando-os como sinônimos.

Os encargos tributários integram a receita bruta e o faturamento da empresa. Seus valores são incluídos no preço da mercadoria ou no valor final da prestação do serviço. Por isso, são receitas próprias da contribuinte, não podendo ser excluídos do cálculo do PIS/COFINS, que têm, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo' (fls. 1.195e).

No Recurso Especial (fls. 1.219/1.225e), manejado com base na alínea **a** do permissivo constitucional, alega-se violação dos arts. 303, I, 535, II, do CPC e 110 do CTN. Sustenta-se, em síntese, que os valores recolhidos a título de ICMS não comporiam a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que não teriam a natureza de 'faturamento'. Aduz-se, ainda, que o acórdão recorrido padeceria de omissão, porquanto não teria enfrentado a questão sob o ponto de vista da legislação infraconstitucional apontada.

Contrarrazoado (fls. 1.244/1.255e), foi o Recurso Especial inadmitido (fls. 1.269/1.270e), com fundamento na inexistência de fundamento infralegal a escudar o acórdão, o que deu azo à interposição de Agravo (fls. 1.278/1.286e).

Contraminuta às fls. 1.290/1.291e.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O presente recurso não merece prosperar.

Inexiste omissão no acórdão guerreado. De fato, a falta de análise, por parte da Corte a quo, dos dispositivos infralegais mencionados, no Especial, pela ora recorrente, deveu-se ao fato de que a discussão foi solucionada, em 2ª Instância, exclusivamente à luz da Constituição Federal, razão pela qual mencionada discussão se mostrava, evidentemente, desnecessária.

No mais, a matéria referente à inclusão, ou não, do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS foi decidida, no Tribunal de origem, repita-se, com base, exclusivamente, na Constituição Federal – havendo-se consignado expresso acolhimento de novel orientação promanada do Excelso STF –, pelo que resta evidente a impropriedade formal do presente Recurso Especial.

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo, com fundamento no art. 544, § 4º, II, a, do CPC" (fls. 1.297/1.298e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

"(...) não merece prosperar a r. decisão, como se passa a demonstrar.

Primeiramente, cumpre destacar que, **apesar dos acórdãos terem violado dispositivos de ordem constitucional, também incorreram em negativa de vigência à lei federal, como é o caso da afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, pela alteração do conceito de faturamento existente no Direito Privado; ao artigo 303 do Código de Processo Civil, pela omissão em relação às alterações trazidas pela Lei 12.973/14, e ao artigo 535 do mesmo diploma legal, em razão da omissão do Tribunal a quo quanto a questões levantadas pela parte.** Assim, não há que se afastar a competência do Superior Tribunal de Justiça para a análise do caso em apreço, visto que se amolda perfeitamente na hipótese de cabimento prevista no artigo 105, III, a, da Constituição Federal.

Ademais, a matéria sub judice já foi discutida pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual, inclusive, sumulou seu entendimento sobre o tema. Veja-se:

Súmula 68: A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS. (DJ:04/02/1993)

Súmula 94: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial.(DJ: 28/02/1994)

Ocorre que o entendimento sumular do órgão não foi rediscutido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde então, e encontra-se obsoleto frente à mais recente jurisprudência do STF, conforme se depreende do seguinte aresto:

(...)

Ademais, o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que as súmulas 68 e 94 não são mais aplicáveis frente à nova orientação jurisprudencial da Corte Constitucional. Veja-se:

(...)

Assim, **tendo em vista a violação aos dispositivos de ordem infraconstitucional, bem como à necessidade de reanálise do tema referente à incidência do ICMS sobre a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS' pelo Superior Tribunal de Justiça, merece reforma a r. decisão em epígrafe para que seja dado provimento ao agravo em recurso especial interposto pela parte.**

(..)

Como anteriormente exposto, a recorrente opôs embargos de declaração visando o pronunciamento do Tribunal acerca da omissão verificada por ocasião do julgamento, quais sejam:

- **NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO DISPOSTO NO ARTIGO 110 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL 1 : o v. acórdão, ao fixar a premissa de que o ICMS recolhido pela empresa se enquadra no conceito de 'faturamento', entendido como a 'receita decorrente da venda de mercadorias e serviços' alterou efetivamente conceitos e formas transportados do direito privado, o que constitui negativa de vigência ao mandamento consubstanciado no artigo 110 do Código Tributário Nacional.**

- **NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 303 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2 – DIREITO SUPERVENIENTE: o v. acórdão incorreu em negativa de vigência ao artigo 303 do CPC, posto que omissa quanto às alterações trazidas pela Lei nº 12.973/14, a qual, na tentativa de legitimar a exigência que vem sendo feita de forma inconstitucional, instituiu nova fonte destinada à manutenção da seguridade social, o que somente é permitido mediante a edição de lei complementar, conforme artigos 195, § 4º e 154, I, da CF/88.**

Todavia, o E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região acolheu parcialmente os embargos de declaração do recorrente apenas para fins de prequestionamento, permanecendo, assim, os vícios apontados.

Com o devido respeito, como é cediço, se os temas abordados no processo não forem analisados, as partes ficam impedidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de recorrer.

Portanto, nulo é o v. acórdão recorrido, por violação ao artigo 535, inciso II, do CPC, que garante o direito de oposição de embargos de declaração no caso de omissão, contradição e erro material da decisão recorrida.

Diante da manutenção do vício de procedimento, cabe aqui, com a devida vênia, requerer seja declarada a nulidade do v. acórdão recorrido, justificando-se tal prática no consolidado entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Deste modo, requer-se a declaração de nulidade dos v. acórdãos recorridos, em razão da negativa de vigência ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, devendo ser determinado o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para o especial fim de se manifestar acerca das questões suscitadas.

(...)

Conforme explanado acima, o v. acórdão ora recorrido incorreu em omissão quanto às alterações trazidas pela Lei nº 12.973/2014, a qual, na tentativa de legitimar a incidência do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, alterou o disposto no § 5º do artigo 12 do Decreto-lei nº 1.598/77, e no art. 3º da Lei nº 9.718/98, que passaram a enunciar o seguinte:

(...)

Contudo, a despeito das alterações acima transcritas, permanecem as ilegalidades e inconstitucionalidades apontadas na tese defendida pela ora recorrente no curso do presente feito, que claramente demonstra que o tributo repassado a outro ente federado (ICMS) não constitui grandeza passível de compor a base oponível das contribuições sociais em comento.

Com efeito, nos termos do artigo 195, I, 'b', da CF, as contribuições sociais têm como base de cálculo a 'receita bruta' da empresa, cujo conceito extraído do direito privado (eminentemente contábil), não pode ser alterado por lei tributária, em atenção ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, conforme será demonstrado a seguir.

Além disso, ressalta-se que, por conta das alterações em comento, a Lei nº 12.973/14 instituiu nova fonte destinada à manutenção da seguridade social que, por força dos artigos 195, § 4º e 154, I, da CF/88, só é permitido mediante a edição de lei complementar.

Diante do exposto, haja vista que a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014 ocorreu somente em 1º de janeiro (após o ajuizamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da presente ação), a ora recorrente pleiteou o alargamento do pedido formulado na inicial, conforme autorizado pelo inciso I do artigo 303 do Código de Processo Civil 3, o que, no entanto, não foi apreciado pelo v. acórdão recorrido.

Assim sendo, os v. acórdãos, ao deixarem de se manifestar sobre as alterações trazidas pela Lei nº 12.973/2014, negaram vigência ao artigo 303, I, do CPC.

(...)

Os v. acórdãos recorridos julgaram improcedentes os pedidos formulados na inicial, sob o entendimento de que o ICMS compõe o faturamento e, dessa forma, integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Veja-se:

(...)

No entanto, *data venia*, os v. acórdãos negam vigência ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, razão pela qual devem ser reformados, como se passa a demonstrar.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a regra constitucional que confere validade à contribuição ao PIS e à COFINS se encontra expressa no artigo 195 da Constituição Federal, sendo que as bases de cálculo das exações estão previstas na alínea 'b', do inciso I, do dispositivo já referido. Veja-se:

(...)

Nota-se, portanto, que o atual texto constitucional elegeu a receita ou faturamento como os signos presuntivos de riqueza que devem compor a base de cálculo das contribuições ora em apreço.

Com efeito, por faturamento (receita bruta) deve-se entender toda aquela receita que, embora sujeita a abatimentos, passa a integrar o patrimônio da empresa, ou seja, 'os conceitos de receita ou faturamento estão ligados à riqueza própria dos contribuintes, valores que ingressarão nos cofres daqueles que procedem a venda de mercadorias ou prestação de serviços'.

Assim, é de fácil percepção que o ICMS recolhido pela ora recorrente não integra o conceito de faturamento, uma vez que se trata de ônus de caráter fiscal do contribuinte, destinado ao Erário Estadual, em face da competência tributária estabelecida nos artigos 155, II da Constituição Federal.

Tal premissa se justifica, sob o prisma de que o ICMS não representa signo presuntivo de riqueza pertencente ao contribuinte, razão pela qual sobre o valor do ICMS não pode incidir qualquer tributo.

Ademais, importante salientar que, ao se considerar o ICMS recolhido pelo contribuinte como 'receita decorrente da venda de mercadorias e serviços', está se operando verdadeira alteração de conceitos e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formas transportados do direito privado, em violação frontal ao artigo 110 do Código Tributário Nacional:

(...)

Com efeito, **ressalta-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de outubro de 2014, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, tendo reconhecido a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS:**

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE.

Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.

COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS.

O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762- 01 PP-00001)

Pelo exposto, haja vista que o ICMS não integra o conceito de faturamento, e em atenção ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, que veda a edição de lei tributária que altere a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas do direito privado, requer seja declarada a ilegalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS" (fls. 1.304/1.310e).

Por fim, requer "se digne Vossa Excelência, com o devido respeito, a reconsiderar a r. decisão agravada, para o especial fim de dar provimento ao agravo em recurso especial interposto", ou, "caso assim não se entenda, requer que o presente seja recebido como agravo, para que a Turma dele conheça e lhe dê provimento, reformando a r. decisão ora agravada, a fim de dar provimento ao agravo em recurso especial" (fl. 1.310e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 823.534 - PR (2015/0308176-3)

VOTO

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

Inicialmente, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

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, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada.

(...)

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 433.424/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/02/2014).

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausentes omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ, AgRg no REsp 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/05/2011), bem como não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 27/10/1997).

Melhor sorte não assiste à parte recorrente quanto à questão pertinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Tribunal de origem, ao apreciar a questão atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, valeu-se dos seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A demandante pretende ver reconhecido seu direito de excluir da base de cálculo da COFINS e do PIS os valores recolhidos a título de ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias.

A matéria abordada nos autos já foi amplamente debatida nos tribunais pátrios e não comportava maiores discussões. A jurisprudência havia se consolidado no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições incidentes sobre o faturamento. A questão foi sumulada no Superior Tribunal de Justiça, por meio dos enunciados 68 e 94, que possuem o seguinte teor:

Súmula 68: 'A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS.' DJ (Seção I) de 04-02-93, p. 775.

Súmula 94: 'A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.' DJ (Seção I) de 28-02-94, p. 2961.

À COFINS, que substituiu o FINSOCIAL e tem a mesma natureza jurídica deste, aplica-se os mesmos princípios.

Contudo, a jurisprudência sobre o tema deixou de ser pacífica após o voto, em sentido oposto, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 240.785-2.

A apreciação do aludido recurso foi suspensa em face de pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes (Sessão do dia 24.08.2006). Em outro vértice, foi proposta uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 18), protocolada em 10.10.2007, pela Presidência da República, objetivando ver declarada a validade formal e material da norma contida no art. 3º, §2º, I, da Lei 9.718/98, o que legitimaria a cobrança do PIS e COFINS inclusive sobre o ICMS.

Nesse passo, foi proferida medida cautelar, nos autos da ADC nº18, pelo Supremo Tribunal Federal, suspendendo o andamento dos processos envolvendo a matéria. Entretanto, a suspensão determinada, não mais possui força para reprimir o curso dos processos que tratam do tema, uma vez que, em 25.03.2010, a referida decisão foi prorrogada pela última vez por mais 180 (cento e oitenta dias), já tendo tal prazo se esgotado.

(...)

Em 08/10/2014, o Pleno do Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do RE 240.785/MG e, por maioria, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, apesar do pedido do Advogado-Geral da União, Luiz Inácio Adams, de que a apreciação daquele se desse em conjunto com a ADC 18/DF e o RE 544.706/PR (este com repercussão geral reconhecida) por tratarem de tema idêntico e de grande impacto para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contribuinte.

Saliente-se que, os ministros que proferiram o julgamento do RE 240.785, em sua maioria, não mais compõem o STF, assim, o resultado do julgamento do RE 240.785 tende a não se repetir no julgamento da ADC 18 e do RE 544.706, até porque o atual entendimento da Corte Suprema difere daquela composição. Assim, em razão da possibilidade de alteração do julgamento do RE nº 240.785/MG, mantenho o entendimento desta Turma no sentido da constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O tema não parece estar perto de uma solução final. A Suprema Corte, em recente decisão acerca da matéria (18.05.2011), ratificou entendimento anterior daquela Corte quanto à constitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, consoante se verifica da seguinte notícia, com grifos nossos:

(...)

De todo o exposto, alinho-me às decisões que entendem constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

(...)

Noutras palavras, o ICMS, apesar de constituir tributo a ser repassado para os cofres públicos, efetivamente faz parte do faturamento das empresas, que provém justamente da venda de bens e serviços, compondo, juntamente com outros elementos o preço da mercadoria vendida, tais como o custo, despesas de seguro, de transporte, etc. Assim, também tal exação deve fazer parte da base de cálculo da COFINS e do PIS.

Assim, não obstante o ICMS cuidar-se de um imposto indireto, assim como o IPI, dele se diferencia por ser cobrado 'por dentro', ou seja, é embutido no preço total da operação, consistindo em uma alíquota, que embora destacada, é incluída no preço das mercadorias ou dos serviços prestados e, por conseguinte, é ônus suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço. No entanto, embora suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço, tal ônus constitui custo da empresa, não se caracterizando esta como agente meramente repassador do tributo, mas como seu contribuinte de direito.

Portanto, sendo o preço o produto da venda computável como receita da empresa e, inserindo-se no faturamento, integra a base de cálculo do PIS e COFINS.

(...)

A propósito, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 195,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I,'b' (modificado pela EC nº 20), dispôs que se pode instituir contribuição sobre 'a receita ou o faturamento', tratando-os como sinônimos. A mencionada emenda, sem embargo da redação precária, deixa claro de que se trata de conceito idêntico, pois de outra sorte ter-se-ia no texto 'receita e o faturamento'.

Essa identificação não foi concebida pela EC nº 20, uma vez que a LC nº 70/91 já igualava o faturamento à receita bruta (art. 2º), e, incluía o ICMS no preço, não há porque, ressalvada hipótese restrita de substituição tributária (prevista expressamente na Lei nº 9.718/98), excluí-lo da base de cálculo da COFINS.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF - Relator Ministro Moreira Alves, entendeu que faturamento e receita bruta são expressões equivalentes, como consignado no voto do Ministro Ilmar Galvão:

'Por fim, assinale-se a ausência de incongruência do excogitado art. 2º da LC 70/91, com o disposto no art. 195, I, da CF/88, ao definir 'faturamento' como a 'receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.'

De efeito, o conceito de 'receita bruta' não discrepa do 'faturamento', na acepção do termo é utilizado para efeitos fiscais, seja, o que corresponde ao produto de todas as vendas, não havendo qualquer razão para que lhe seja restringida a compreensão, estreitando-o nos limites do significado que o termo possui em direito comercial, seja, aquele que abrange tão-somente as vendas a prazo (art. 1º da Lei nº 187/68), em que a emissão de uma 'fatura' constitui formalidade indispensável ao saque da correspondente duplicata.

Entendimento nesse sentido, aliás, ficou assentado pelo STF, no julgamento do RE 150.755.

De fato, sendo o faturamento equivalente a receita bruta, não há falar em inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois tudo o que entra na empresa a título de preço de venda de mercadorias é receita/faturamento da empresa - o ICMS incorpora-se ao preço do produto.

Em conclusão, consideradas as disposições legais sobre a matéria, súmulas e os precedentes jurisprudenciais, o certo é que a parcela relativa ao ICMS deve compor a base de cálculo da COFINS e do PIS, sendo indevida a exclusão pretendida pela demandante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, merece ser mantida a sentença.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação" (fls. 1.188/1.193e).

Consoante se infere das razões de decidir da Corte de origem, a questão da inclusão do ICMS na 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 da ADC 1-DF, Relator o Ministro MOREIRA ALVES, e do RE 150.255-PE, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, 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. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. QUESTÃO CONSTITUCIONAL.

1. Tem natureza constitucional a discussão acerca de violação do art. 110 do Código Tributário Nacional com o objetivo de afastar a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

2. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 768.212/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/11/2015).

"TRIBUTÁRIO. CONCEITO DE RECEITA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CUNHO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A controvérsia acerca do conceito de receita para fins de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi dirimida pela Corte de origem com base na interpretação dada ao art. 195, I, 'b', da Constituição Federal, o que impede o conhecimento do recurso especial em razão da impossibilidade de reexame de conteúdo constitucional na instância especial.

(...)

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 653.370/PR, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/09/2015).

"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.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 706.163/RS, Rel. 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',



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Assim, não tendo a parte agravante logrado êxito em infirmar os fundamentos que nortearam a decisão ora agravada, impõe-se a sua manutenção, em todos os seus termos.

Pelo exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0308176-3

**AgRg no
AREsp 823.534 / PR**

Números Origem: 50364973720144047000 PR-50364973720144047000

PAUTA: 23/02/2016

JULGADO: 23/02/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : INDÚSTRIA DE PAPELÃO HORLLE LTDA

ADVOGADO : ANDERS FRANK SCHATTENBERG

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : INDÚSTRIA DE PAPELÃO HORLLE LTDA

ADVOGADO : ANDERS FRANK SCHATTENBERG

AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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