



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.712 - RJ (2010/0106124-1)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **TECNOSOLO ENGENHARIA E TECNOLOGIA DE SOLOS E MATERIAIS S/A**
ADVOGADO : **NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.712 - RJ (2010/0106124-1)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : TECNOSOLO ENGENHARIA E TECNOLOGIA DE SOLOS E MATERIAIS S/A
ADVOGADO : NELSON WILIANNS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão, assim ementada:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. DIREITO INTERTEMPORAL. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC N. 118/2005. FATOS GERADORES ANTERIORES À LC 118/05. APLICAÇÃO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". ART. 110 DO CTN. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Nas razões do agravo alega-se, em suma, que: "a inclusão do ISS na base de cálculo da Cofins e do PIS representa desvirtuamento do conceito de faturamento e/ou receita, a que alude o inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, haja vista que o ISS é, na verdade, receita de competência dos Estados e do Distrito Federal e, portanto, não poderá ser considerado faturamento da empresa. E da forma atual da cobrança, decorre a incidência de contribuição sobre um tributo e não sobre o faturamento".

Finaliza pugnando pela reforma da decisão agravada e, se mantida, que seja o presente recurso levado a julgamento na Primeira Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.712 - RJ (2010/0106124-1)

EMENTA

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A decisão agravada não merece reforma e se mantém por seus próprios fundamentos (fls. 288-296):

Quanto à alegada violação do art. 110 do CTN, verifico que o debate promovido no acórdão recorrido pode ser interpretado de maneira a considerar a existência de prequestionamento implícito, motivo pelo qual procedo à sua análise.

Confira-se excerto do acórdão recorrido quanto à condução do tema em questão:

No mérito, propriamente dito, a questão cinge-se em saber se os valores pagos a título de Imposto Sobre Serviço – ISS podem ser deduzidos da base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins.

Os valores pagos a título de ISS estão incluídos no preço da mercadoria ou no valor final da prestação do serviço, razão pela qual compõem o faturamento da empresa, não podendo ser excluídos da base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins.

Em matéria Tributária, os benefícios fiscais, por serem exceções à regra, devem ser interpretados restritivamente. A Lei nº. 9.718/98 em seu artigo 3º, § 2º, elenca os tipos de receitas que podem ser excluídas da base de cálculo das contribuições para o PIS e Cofins, não incluindo o ISS. Confira-se:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.[...]

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)[...]

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

Com a edição das Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003 o legislador não deixou dúvida sobre a questão, uma vez que previu expressamente a incidência das contribuições para o PIS e a Cofins sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação contábil.

Verifiquem-se os textos legais:

Lei nº. 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no *caput*.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo, as receitas:

I - decorrentes de saídas isentas da contribuição ou sujeitas à alíquota zero;

II - (VETADO)

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

[...]

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita.

VI - não operacionais, decorrentes da venda de ativo imobilizado. (Incluído pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003).

Lei nº. 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no *caput*.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária; [...]

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

A propósito, confira-se a jurisprudência deste e dos demais Tribunais Regionais Federais:

“MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS. ISS. BASE DE CÁLCULO.

1. Ao julgar o RE 150.755/PE, o Supremo Tribunal Federal eliminou a diferenciação entre "receita bruta" e "faturamento", dizendo que "A contribuição social questionada se insere entre as previstas no art. 195, I, CF e sua instituição, portanto, dispensa lei complementar no art. 28 da Lei nº 7.738/89, a alusão a 'receita bruta, como base de cálculo do tributo, para conformar-se ao art. 195, I, da Constituição, há de ser entendida segundo a definição do DL. 2.397/87, que é equiparável à noção de 'faturamento' das empresas de serviço".

2. O fato gerador e a base de cálculo da COFINS podem ser os mesmos do PIS e os valores devidos a título de ICMS e ISS integram a base de cálculo. Precedentes: TRF-4ª Região, 1ª Turma, AC 95.04.04557-0/RS e AC 94.04.29227-3/RS, Rel. Juiz GILSON DIPP.

3. Apelação improvida.”

(TRF1 - AMS 96.01.13600-2/MG, Rel. Juiz Lindoval Marques De Brito (conv), Segunda Turma Suplementar, DJ p.567, de 16/07/2001).

“Ementa: TRIBUTÁRIO. PIS-COFINS/IMPORTAÇÃO. MOMENTO DO FATO GERADOR DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ENTRADA DA MERCADORIA ESTRANGEIRA EM TERRITÓRIO NACIONAL APERFEIÇOANDO-SE COM O REGISTRO DA DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE MITIGADA OU NONAGESIMAL, DO ART. 195, § 6º DA CF/88. TERMO INICIAL. EDIÇÃO DA PRIMEIRA MEDIDA PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTERIORIDADE. ARTIGO 7º DA LEI Nº 10.865/2004. CONCEITO DE VALOR ADUANEIRO. INCLUSÃO DO VALOR DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE OU ILEGALIDADE SÚMULAS 68/STJ E 94/STJ. Embora o fato gerador do imposto de importação seja a entrada da mercadoria estrangeira em território nacional, ele apenas se aperfeiçoa com o registro da Declaração de Importação. A entrada física dos bens importados é situação fática que passa a ter efeitos jurídicos no despacho aduaneiro, ao se proceder ao registro da declaração de importação. A jurisprudência dos Tribunais Superiores já é pacífica neste sentido. Quanto ao princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, "b" da Constituição Federal, refere-se este à impossibilidade de se cobrar tributos, salvo as exceções constitucionalmente previstas, no mesmo ano em que a lei que os instituiu ou majorou foi editada. Porém, no caso em exame, trata-se de contribuição social, que obedece ao princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal, do art. 195, § 6º da CF/88, sendo pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal que seu termo inicial é a edição da primeira medida provisória (neste sentido, e.g., AI 376627 AgR / RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 04/10/02). A redução na base de cálculo do tributo questionado não trouxe qualquer ônus ao contribuinte, muito ao contrário, foi-lhe benéfico, não se podendo alegar ofensa ao princípio da anterioridade quando a alteração ocorrida não traz prejuízo que afete a segurança jurídica do contribuinte. O artigo 7º da lei nº 10.865/2004, ao definir a base de cálculo das referidas contribuições, não modificou ou revogou o conceito de "valor aduaneiro" instituído pelo GATT – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 1994 e promulgado pelo Decreto nº 1.355/94, de modo que não houve ofensa ao disposto no artigo 110, do CTN. Inexiste inconstitucionalidade ou ilegalidade no fato de a base de cálculo ser composta pelo valor aduaneiro incluindo o valor do ICMS e do ISS conforme se trate de importação de bens ou de serviços, já tendo restado pacificado que a parcela do ICM/ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS (Súmula 68/STJ) e do FINSOCIAL/COFINS (Súmula 94/STJ).

(TRF2, AMS – 63582 - Processo nº. 2004.50.01.004372-0, Quarta Turma Especializada, Relator Des. Federal Alberto Nogueira, data do julgamento: 15.05.2007, DJU: 06.06.2007, p. 214).

[...]

Destarte, não é possível a exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins.

A recorrente sustenta que a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins ocorreu com inegável ofensa ao art. 110 do CTN pois alargou os conceitos de faturamento e receita utilizados comumente no direito privado.

Entretanto, o acórdão recorrido está consoante a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, conforme disposto nas Súmulas 68 e 94 do STJ. Confira-se:

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ.

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

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1069974/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.

SÚMULAS N. 68 E 94 DO STJ.

1. A jurisprudência firmada no STJ é no sentido de a parcela relativa ao ICMS incluir-se na base de cálculo do PIS e da Cofins, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ.

2. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1005267/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 02/09/2009).

Assim, embora os precedentes citados se refiram ao ICMS, aplica-se o mesmo entendimento em relação ao ISS.

Sobre a base de cálculo das Contribuições Sociais, a Primeira Seção já se manifestou no julgamento dos EREsp 727.245/PE. Na ocasião, consignou o e. Relator, Ministro Teori Zavascki:

(...) o certo é que, mantido o atual sistema constitucional e ressalvadas as situações previstas nas Leis acima referidas, as contribuições para PIS/COFINS podem incidir legitimamente sobre o faturamento das pessoas jurídicas mesmo quando tal faturamento seja composto por pagamentos feitos por outras pessoas jurídicas, com recursos retirados de receitas sujeitas às mesmas contribuições.

Nesse contexto, verifica-se que a base de cálculo da Cofins e do PIS abrange qualquer receita que não constar do rol de deduções previsto no § 3º, do artigo 1º, dos diplomas legais citados. Nesse sentido, cito ainda precedente da Primeira Seção, em julgamento na sistemática do art. 543-C do CPC:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DESTINADAS AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. "FATURAMENTO" E "RECEITA BRUTA". LEIS COMPLEMENTARES 7/70 E 70/91 E LEIS ORDINÁRIAS 9.718/98, 10.637/02 E 10.833/03. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO QUE OBSERVA REGIMES NORMATIVOS DIVERSOS. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA (LEI 6.019/74). VALORES DESTINADOS AO PAGAMENTO DE SALÁRIOS E DEMAIS ENCARGOS TRABALHISTAS DOS TRABALHADORES TEMPORÁRIOS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. (...)

11. Entrementes, em 30 de dezembro de 2002 e 29 de dezembro de 2003, foram editadas, respectivamente, as Leis nºs 10.637 e 10.833, já sob a égide da Emenda Constitucional nº 20/98, as quais elegeram como base de cálculo das exações em tela o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (artigo 1º, caput), sobejando certo que, nos aludidos diplomas legais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabeleceu-se ainda que o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica (artigo 1º, § 1º).

12. Deveras, enquanto consideradas hígidas as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, por força do princípio da legalidade e da presunção de legitimidade das normas, vislumbra-se a existência de dois regimes normativos que disciplinam as bases de cálculo do PIS e da COFINS: (i) o período em que vigorou a definição de faturamento mensal/receita bruta como o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa, dada pela Lei Complementar 70/91, a qual se perpetuou com a declaração de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei 9.718/98; e (ii) período em que entraram em vigor as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (observado o princípio da anterioridade nonagesimal), que conceituaram o faturamento mensal como a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

13. Os princípios que norteiam a eficácia da lei no tempo indicam que, nas demandas que versem sobre fatos jurídicos tributários anteriores à vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, revela-se escorreito o entendimento de que a base de cálculo do PIS e da COFINS (faturamento mensal/receita bruta), devidos pelas empresas prestadoras de serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária, regidas pela Lei 6.019/74, contempla o preço do serviço prestado, "nele incluídos os custos da prestação, entre os quais os encargos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores para tanto contratados" (Precedente da Primeira Turma acerca da base de cálculo do ISS devido por empresa prestadora de trabalho temporário: REsp 982.952/RS, Rel. Originário Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 02.10.2008, DJ 16.10.2008).

14. Por outro lado, se a lide envolve fatos impositivos realizados na égide das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (cuja elisão da higidez, no âmbito do STJ, demandaria a declaração incidental de inconstitucionalidade, mediante a observância da cognominada "cláusula de reserva de plenário"), a base de cálculo da COFINS e do PIS abrange qualquer receita (até mesmo os custos suportados na atividade empresarial) que não constar do rol de deduções previsto no § 3º, do artigo 1º, dos diplomas legais citados.

Independentemente das vantagens ou desvantagens do regime da não-cumulatividade estabelecido pelo legislador, matéria que aqui não está em questão, o certo é que, mantido o atual sistema constitucional e ressaltadas as situações previstas nas Leis acima referidas, as contribuições para PIS/COFINS podem incidir legitimamente sobre o faturamento das pessoas jurídicas mesmo quando tal faturamento seja composto por pagamentos feitos por outras pessoas jurídicas, com recursos retirados de receitas sujeitas às mesmas contribuições." (EResp 727.245/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 06.08.2007)

(...)

(REsp 847.641/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25.03.2009, DJe 20.04.2009, grifei) .

Por outro lado, não havendo previsão legal para a exclusão do ISS do montante tributável, não pode o Judiciário estender benefício fiscal a quem não foi contemplado pela legislação. Nesse sentido pronunciou-se recentemente a Segunda Turma:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ISSQN - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - IMPOSSIBILIDADE - COMPENSAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - DEFICIÊNCIA RECURSAL - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO TIDO POR VIOLADO - CORREÇÃO MONETÁRIA - QUESTÃO ACESSÓRIA PREJUDICADA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.

3. O valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. Negado o direito à repetição, as questões acessórias como o regime de compensação, o prazo de prescrição da pretensão repetitória e a incidência de correção monetária têm sua análise prejudicada.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1145611/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 08/09/2010, grifei)

Dessa forma, rejeita-se a alegada violação do art. 110 do CTN.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial.

Alega a agravante que: "a inclusão do ISS na base de cálculo da Cofins e do PIS representa desvirtuamento do conceito de faturamento e/ou receita, a que alude o inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, haja vista que o ISS é, na verdade, receita de competência dos Estados e do Distrito Federal e, portanto, não poderá ser considerado faturamento da empresa. E da forma atual da cobrança, decorre a incidência de contribuição sobre um tributo e não sobre o faturamento".

Porém, a jurisprudência firmada no STJ é no sentido de a parcela relativa ao ICMS incluir-se na base de cálculo do PIS e da Cofins, consoante se depreende das Súmulas 68 e 94 do STJ.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE. RAZÕES DO RECURSO. ANÁLISE DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. INVIÁVEL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS E COFINS. MATÉRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMULADA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

Os dispositivos legais ditos violados não foram prequestionados pelo acórdão recorrido, nem foram opostos embargos de declaração buscando fazê-lo, o que atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

A definição dos conceitos de receita bruta e faturamento defendida nas razões recursais é questão de natureza constitucional, razão pela qual refoge do âmbito de apreciação do recurso especial.

O STJ fixou o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS insere-se na base de cálculo do PIS e da COFINS. Inteligência das Súmulas ns. 68 e 94 do STJ.

Recurso não conhecido (REsp 521.010/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 13/2/2006).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INDICAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. [...]

2. [...]

3. A ofensa a princípios e preceitos da Carta Magna não é passível de apreciação em sede de recurso especial.

4. Inclui-se na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS a parcela referente ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicação - ICMS.

5. Inteligência dos enunciados sumulares n.ºs 68 e 94 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Precedentes: REsp n.º 496.969/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; REsp n.º 668.571/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004; e REsp n.º 572.805/SC, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/05/2004.

7. Agravo Regimental desprovido (AgRg no Ag 835.885/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 29/11/2007).

TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITOS DE RECEITA BRUTA E DE FATURAMENTO (LEI 9.718/98). MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULA 68/STJ. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI 9.718/98. NORMA CUJA EFICÁCIA DEPENDIA DE EDIÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A questão relativa à alteração da alíquota e da base de cálculo do PIS e da COFINS, implementada pela Lei 9.718/98, incluindo-se a discussão acerca dos conceitos de receita bruta e faturamento (reavivada com o advento da EC 20/98), é matéria de índole eminentemente constitucional, sendo vedada sua apreciação em recurso especial.

2. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS, conforme a Súmula 68/STJ.

3. A 1ª Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98 jamais teve eficácia, por se tratar de norma cuja aplicação dependia de regulamentação pelo Poder Executivo, a qual não se editou, todavia, até sua revogação pela MP 1.991/00.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag 661.924/PR, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 20/6/2005).

Por seu turno, o ISS é um encargo tributário e, ao integrar o preço dos serviços, integra, obrigatoriamente, o faturamento das empresas, pois o valor dos serviços prestados é receita/faturamento, sendo irrelevante, juridicamente, a parcela destinada ao pagamento de tributos.

Os argumentos apresentados no agravo interno são insuficientes para infirmar o entendimento ora externado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0106124-1

AgRg no
REsp 1.197.712 / RJ

Número Origem: 200751010189821

EM MESA

JULGADO: 02/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TECNOSOLO ENGENHARIA E TECNOLOGIA DE SOLOS E MATERIAIS S/A
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : TECNOSOLO ENGENHARIA E TECNOLOGIA DE SOLOS E MATERIAIS S/A
ADVOGADO : NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : 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 Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.