



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.407.946 - MG (2011/0053510-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : INCOFERME COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. CONCEITO DE FATURAMENTO (ART. 195, I, DA CF). ACÓRDÃO FIRMADO SOB FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA NESTA VIA RECURSAL.

1. A discussão relativa à validade da alteração da base de cálculo do PIS e da Cofins pela Lei 9.718/1998, notadamente no que tange à definição dos conceitos de receita bruta e faturamento, foi dirimida pelo Tribunal *a quo* com base na interpretação do art. 195, I, da CF.

2. Nesse contexto, é inviável reformar o acórdão recorrido no STJ, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, visto que a questão de fundo do presente feito foi tratada na origem à luz de fundamentos constitucionais, o que torna inviável sua alteração em Recurso Especial.

3. Agravo Regimental não provido.

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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de setembro de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.407.946 - MG (2011/0053510-4)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : INCOFERME COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que desproveu o recurso (fls. 228-230).

A agravante sustenta, em suma:

Destarte, vê-se que normas infraconstitucionais (art. 49, Lei 10637/02; art. 1º, § 3º, da lei 10833/03; e art. 110, do CTN) foram analisados pelo Tribunal *a quo*, abrindo-se a via do recurso especial (fl. 237).

Pleiteia a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do recurso à Turma.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.407.946 - MG (2011/0053510-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 3.8.2011.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

Conforme disposto no *decisum* impugnado, o Tribunal *a quo* consignou:

Indaga-se, portanto, se no conceito de faturamento previsto no art. 195, I, CF e na Lei nº 9.718/98, permite-se a inclusão do ICMS, para fins de composição da base de cálculo da COFINS.

Estabelece o art. 195, I, b, da Constituição Federal ser a seguridade social “... *financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre receita ou faturamento*”.

Dessa forma, resta evidente que a regra de competência supra transcrita apenas autoriza a instituição de contribuição que grave a receita ou faturamento. A incidência de contribuição sobre grandeza distinta não encontra respaldo no texto constitucional.

O Pleno do STF, por maioria, dando provimento, em parte, ao RE nº 357.950/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELO, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 (alteração da base de cálculo do PIS e da COFINS), porque, dando novo conceito ao termo “faturamento”, ampliara a base impositiva da exação para abranger a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, pouco importando o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil porventura adotada para as receitas. Fez prevalecer, então, o art. 3º, “b”, da LC 07/70 (Lei nº 9.715/98) e art. 2º da LC nº 70/91, que consideram faturamento somente “*a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza*”.

Dessa forma, sob o conceito de receita bruta ou faturamento não parece possível acomodar um tributo que mais propriamente pode ser classificado como ônus do contribuinte, pois, afinal, nenhum agente econômico fatura o ICMS, mas apenas as mercadorias ou serviços. Sendo o ICMS uma receita do Erário estadual, expressamente prevista no art. 155, II, CF, não pode ser tido como fato impositivo daquelas exações. (fl. 77)

Verifica-se que não é possível a esta Corte infirmar o acórdão recorrido, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, visto que a questão de fundo do presente feito foi tratada na origem à luz de fundamentos constitucionais, inexistindo, assim, fundamento infraconstitucional autônomo para possibilitar o conhecimento do Recurso Especial.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EMBASADO EM MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.

1. Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que a Corte a quo julgou o mérito da demanda com enfoque eminentemente constitucional, ao argumento de que não é cabível a inclusão do ICMS transferido a terceiros, apurado nas operações de exportação, na base de cálculo do Pis e da Cofins, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Decidiu-se, ainda, que 'a imunidade do ICMS sobre as vendas destinadas ao exterior (art. 155, § 2º, X, a, da CF) tem como escopo fundamental a desoneração das exportações. Essa política tributária busca tornar os produtos nacionais mais competitivos no mercado externo o que, conseqüentemente, beneficia nossa balança comercial, a geração de emprego e o acúmulo de capital interno. Assim, tenho que a exação, nos moldes aqui pretendidos pela administração fazendária, além de ilegal, mitiga a referida imunidade de forma a causar prejuízos a essa política exportadora.'

2. Não é possível a esta Corte infirmar o acórdão recorrido, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal, visto que a questão de fundo do presente feito foi tratada na origem à luz de fundamentos eminentemente constitucionais, inexistindo, assim, fundamento infraconstitucional autônomo para possibilitar o conhecimento do recurso especial.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1093849/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 02.10.09).

Desse modo, 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 Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0053510-4

AgRg no
Ag 1.407.946 / MG

Números Origem: 003874195201040100000 200838140003342 3331020084013814

PAUTA: 01/09/2011

JULGADO: 01/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : INCOFERME COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : INCOFERME COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA 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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.