



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.149 - SP (2011/0261901-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : SMITHS BRASIL LTDA
ADVOGADO : ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, possui o uníssono entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94/STJ.

2. Precedentes: AgRg no Ag 1.407.946/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2011; AgRg no Ag 1.359.424/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 26.5.2011; AgRg no REsp 1.121.982/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.2.2011.

3. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF não impede o julgamento dos recursos no STJ. Precedente: AgRg no Ag 1.359.424/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 26.5.2011.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.149 - SP (2011/0261901-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : SMITHS BRASIL LTDA
ADVOGADO : ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por SMITHS BRASIL LTDA. em desfavor da decisão monocrática assim ementada (e-STJ fl. 346):

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ISS. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO."

Para melhor compreensão da demanda, reproduzo o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (e-STJ fl. 249):

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 94, DO STJ.

1. As parcelas relativas ao ICMS incluem-se na base de cálculo da COFINS, tendo em vista que o ICMS, como imposto indireto, inclui-se no faturamento.

2. Aplicação da Súmula nº 94, do STJ que, uma vez que a COFINS é sucedânea do FINSOCIAL, conforme determinação expressa da lei que a instituiu (Lei Complementar nº 70/91, art.13).

3. Precedentes (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, REsp 1999700800075/SP, j. 06.04.00, DJ 22.05.00; TRF3, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, ReAG 2002.03.00.009996-5, j. 24.04.2002, DJU 14.06.02).

4. Apelação improvida."

O agravo regimental (e-STJ fls.353/359) pode ser assim resumido:

a) Na ementa da decisão, verifica-se erro material a ser sanado, pois consta que a presente ação versa sobre inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COFINS, sendo que a presente ação versa apenas sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS;

b) o ICMS não deve integrar o faturamento para fins de cálculo da contribuição para a COFINS.

c) é necessário o sobrestamento do presente processo; isso porque, o tema está sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu repercussão geral sobre a matéria.

A agravante pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.291.149 - SP (2011/0261901-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, possui o uníssono entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94/STJ.

2. Precedentes: AgRg no Ag 1.407.946/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.9.2011; AgRg no Ag 1.359.424/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 26.5.2011; AgRg no REsp 1.121.982/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.2.2011.

3. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF não impede o julgamento dos recursos no STJ. Precedente: AgRg no Ag 1.359.424/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 26.5.2011.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não assiste razão à agravante.

Inicialmente, afasto o sobrestamento do presente feito, porquanto, conforme precedentes da Corte Superior, a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a repercussão geral em recurso extraordinário não paralisa o julgamento dos recursos especiais sobre o tema. (AgRg no Ag 1.359.424/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 19.5.2011, DJe 26.5.2011)

No mais, é firme na jurisprudência do STJ que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme as Súmulas 68 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

94/STJ. No caso dos autos, apenas sobre a COFINS, atendendo à correção do erro material apontado pela agravante.

A propósito:

"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, 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."

(AgRg no Ag 1407946/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1.9.2011, DJe 12.9.2011)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a repercussão geral em recurso extraordinário não paralisa o julgamento dos recursos especiais sobre o tema.

2. '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' (AgRg no Ag 1.106.213/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJ 8/6/09).

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 1.359.424/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 19.5.2011, DJe 26.5.2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. LEGALIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS ERESP 644.736/PE. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MATÉRIA DECIDIDA SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008.

1. Primeiramente, impõe-se o conhecimento do recurso no tocante à incidência do ICMS na base de cálculo da PIS e da COFINS, uma vez que findou o prazo determinado na decisão do Supremo na ADC n. 18, de prorrogar por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

2. A parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ.

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 435.835/SC, em 24.3.2004, adotou o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

4. O STJ, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI nos EREsp 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar n. 118/2005, a qual estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, porquanto ofende os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

5. Entendimento reiterado pela Primeira Seção em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo 1.002.932/SP, oportunidade em que a matéria foi decidida sob o regime do art. 543-c do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

Agravos regimentais improvidos."

(AgRg no REsp 1.121.982/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14.12.2010, DJe 4.2.2011)

Acrescente-se que não há óbice ao julgamento da presente demanda, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão do estipulado pelo STF na MC na ADC 18, pois já findou o prazo de suspensão das ações que versem sobre o objeto deste recurso, conforme Ata de Julgamento publicada em 15.4.2010. (AgRg no REsp 946.042/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 15.12.2010).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0261901-0

**AgRg no
REsp 1.291.149 / SP**

Números Origem: 200261090025396 200603000990772 200700293061

PAUTA: 02/02/2012

JULGADO: 07/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SMITHS BRASIL LTDA
ADVOGADO : ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SMITHS BRASIL LTDA
ADVOGADO : ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA 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 Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

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