



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.235 - PE
(2008/0133176-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S/A
ADVOGADO : MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTRO(S) -
PE020563
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S) -
SP162442
DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ACÓRDÃO MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, JULGADO EM 10.8.2016, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 240.785/MG, em 08.10.2014, concluiu que *o 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*. Naquela ocasião, a Suprema Corte sinalizou que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento.

2. Essa nova reflexão foi corroborada em recente decisão proferida na 1a. Turma de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp. 593.627/RN, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Rel. p/Acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 7.4.2015.

3. Todavia, curvo-me ao entendimento da 1a. Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado sob a sistemática do art. 543-C do CPC, que reafirmou seu posicionamento anterior, entendendo pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tal como demonstram os enunciados 68 e 94 de sua súmula de jurisprudência, os quais dispõem, respectivamente, que *a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL* (REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, nos moldes do art. 543-C do CPC).

4. Agravo Interno do contribuinte desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 21 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.235 - PE
(2008/0133176-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S/A
ADVOGADO : MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTRO(S) -
PE020563
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S) -
SP162442
DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Interno interposto por ANDRADE LIMA HOTÉIS S/A em adversidade à decisão de fls. 501/503, que, reconsiderando decisão anterior, negou seguimento ao seu Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. ISS. INCIDÊNCIA SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP. 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, JULGADO EM 10.8.2016, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL PROVIDO PARA, RECONSIDERANDO A DECISÃO AGRAVADA, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DE ANDRADE LIMA HÓTEIS S/A. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE FLS. 459/468 PREJUDICADOS. (fls. 501)

2. Na oportunidade, manteve-se o acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 5a. Região assim ementado:

TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. INCLUSÃO DO VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS E ISS NA BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE.

I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é legal a inclusão na base de cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, do montante correspondente ao ICMS e ISS destacado pelo empreendimento comercial. (Súmulas 68 e 94 do Colendo STJ. AGRG no AG 676674/RS, Relator(a) Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 01.08.2005, p. 338; AGRG no Ag 669344/SC; Relator(a)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 01.08.2005, p. 406; AGRG no Ag 623163/PR, Relator(a) Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27.06.2005, p. 231).

II. APELAÇÃO IMPROVIDA.

3. A agravante reitera as razões até então expendidas, segundo as quais, em suma, o valor do ICMS e do ISS não se inclui na base de cálculo do PIS/COFINS, destacando que *as decisões do art. 927 são vinculantes aos Tribunais e magistrados*, e, na hipótese dos autos, *o nobre Relator se atentou apenas para a decisão em sede de repetitivos do REsp. 1.272.247/PR, sem levar em consideração ao efeito vinculante do RE 240.785 (STF, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento concluído em 8.10.2014).*

4. Requer a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja levado a julgamento pela Turma competente.

5. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.068.235 - PE
(2008/0133176-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S/A
ADVOGADO : MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTRO(S) -
PE020563
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S) -
SP162442
DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO

VOTO

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ACÓRDÃO MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, JULGADO EM 10.8.2016, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO INTERNO DO CONTRIBUINTE DESPROVIDO.

1. *O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 240.785/MG, em 08.10.2014, concluiu que o 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. Naquela ocasião, a Suprema Corte sinalizou que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento.*

2. *Essa nova reflexão foi corroborada em recente decisão proferida na 1a. Turma de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no AREsp. 593.627/RN, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Rel. p/Acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 7.4.2015.*

3. *Todavia, curvo-me ao entendimento da 1a. Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado sob a sistemática do art. 543-C do CPC, que reafirmou seu posicionamento anterior, entendendo pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tal como demonstram os enunciados 68 e 94 de sua súmula de jurisprudência, os quais dispõem, respectivamente, que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

calculo do PIS e a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL (REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, nos moldes do art. 543-C do CPC).

4. Agravo Interno do contribuinte desprovido.

1. Prefacialmente, destaca-se ser viável o julgamento do presente recurso, tendo em vista que a liminar proferida nos autos da ADC 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada, pela última vez, pelo Plenário do STF, em 25.3.2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia.

2. Outrossim, a existência de repercussão geral no RE 574.706/PR não impede o julgamento dos recursos no âmbito desta Corte, conforme assentado em definitivo (EDcl no MS 21.923/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1a. Seção, DJe 17.12.2015; EDcl no AgRg nos EREsp. 1.452.118/RS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, 1a. Seção, DJe 30.9.2015).

3. Verifica-se, ainda, que o recurso em questão – RE 574.706/PR, com *repercussão geral reconhecida em 16.5.2008* –, ao delimitar o tema, informou a pendência de julgamento do RE 240.785/MG.

4. Contudo, o RE 240.785/MG teve seu julgamento finalizado, conforme a seguinte ementa:

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 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 16.12.2014).

5. Observa-se que a Suprema Corte, no entendimento traçado no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RE 240.785/MG, acerca do conceito de *faturamento*, já sinalizou que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o *valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento*. Destacam-se alguns trechos do voto proferido pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator:

As expressões utilizadas no inciso I do artigo 195 em comento hão de ser tomadas no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente. (...) Óptica diversa não pode ser emprestada ao preceito constitucional, revelador da incidência sobre o faturamento. Este decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços. A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que o s contribuintes da Cofins faturam, em si o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobra-lo. (...) Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea "b" do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. (...) Conforme salientado pela melhor doutrina, "a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas". A contrário-sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. (...) Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão "folha de salários", a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão "faturamento" envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir o contrário é querer (...) que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria. (...) Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.

6. Como salientado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, o termo *faturamento*, utilizado no art. 195, I, *b* da CF/88, deve ser tomado na redação original do mencionado dispositivo constitucional, que é a *riqueza obtida pelo contribuinte* no exercício de sua atividade empresarial, *sendo inadmissível a inclusão de receitas de terceiros ou que não importem, direta ou indiretamente, ingresso financeiro.*

7. No âmbito do STJ, existem duas Súmulas que tratam do tema da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS quais sejam, os enunciados 68 e 94:

Súmula 68: A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de calculo do PIS.

Súmula 94: A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de calculo do FINSOCIAL.

8. Urge traçar breve histórico de como surgiram as Súmulas 68 e 94 do STJ. Tais súmulas, à época, consolidaram o entendimento do recém-criado STJ, repetindo o entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), através da Súmula 258/TFR, com esta dicção:

Súmula 258: Inclui-se na base de calculo do PIS a parcela relativa ao ICM.

9. Observando-se alguns dos julgados que originaram a Súmula 68, extrai-se do voto-vista no REsp. 8.541/SP, proferido pelo saudoso Ministro AMÉRICO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUZ, que informa que, antes da aplicação da Súmula 258/TFR, os seus votos eram no sentido da não inclusão do ICM na base de cálculo, entendimento esse seguido também pelo Ministro CARLOS VELLOSO, conforme se verifica a seguir:

Na verdade, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias não pode ser incluído no faturamento das empresas, pois a elas não pertence, sendo destinado aos Estados. Toda a argumentação expendida para o IPI se aplica "in totum" ao ICM, dada a similitude existente: ambos são tributos indiretos, que não integram a receita das empresas, sendo simplesmente destacados nas Notas Fiscais, para posterior recolhimento aos seus destinatários, a União, no caso do IPI e os Estados, na hipótese do ICM. Estes impostos não integram o preço dos produtos vendidos, portanto não se inserem na receita própria operacional das empresas, não podendo, conseqüentemente, servir de base de cálculo para o PIS.

O eminente Ministro CARLOS VELLOSO em erudito voto-vista obtemperou:

(...).

Ora, se o ICM não pertence a empresa, constituindo receita do Estado-membro, não seria razoável fazer com que citado tributo integrasse o resultado das operações mercantis da empresa, para que também sobre ele fosse calculado o PIS.

O direito é um todo orgânico, sabemos todos, e as normas legais não podem ser interpretadas soladamente. A interpretação isolada da norma inscrita no artigo 2o., § 7o., do DL 406/68, é que tem levado à conclusão no sentido de que o ICM deve incluir-se na base de cálculo do PIS. Essa interpretação, entretanto, data venia, é desautorizada pela ratio da Lei Complementar no. 7 de 1.970.

Registre-se, também, que o ICM e o IPI são tributos que, em substância, tendo em vista a materialidade da hipótese de incidência, são idênticos, recaindo, ambos sobre operações de venda relativas a mercadoria. O IPI, ensina ATALIBA, com a sua costumeira precisão, "alcança apenas certas operações - especificamente as que se refiram a certas mercadorias qualificadas pela designação "produtos industrializados". O ICM, por outro lado, é genérico, gravando operações relativas a qualquer mercadoria, seja qual for a sua qualidade e natureza." Ambos ICM e IPI são impostos não cumulativos (C.F., art. 21, §35, art. 23, II) e não integram o faturamento da empresa, para o fim indicado no art. 3o.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

,b, da Lei Complementar no. 7/70, porque não constituem "recursos próprios da empresa", mas receita da União e dos Estados. Indicados nas notas fiscais e recebidos pela empresa, deverão ser recolhidos, no prazo estabelecido em lei, aos cofres públicos federais e estaduais.

No que tange ao IPI, esta Eg. Corte, através do enunciado da súmula 161, o excluiu do faturamento, para o fim de ser calculado o PIS. Ora, se o ICM, tendo em vista, conforme já falamos, a materialidade de sua hipótese de incidência, não difere do IPI, a ele, ICM, deve ser dispensado tratamento igual.

10. Constata-se que, nem naquela época, o entendimento entre os Ministros era unânime ou uniforme.

11. Desse modo, verifica-se que a cristalização da jurisprudência do STJ, no início da década de 1990 (com as Súmulas 68 e 94), nada mais foi do que a reiteração da consolidação da jurisprudência trazida do Tribunal Federal de Recursos por meio da Súmula 258 (para o PIS) e de sua analogia (para o FINSOCIAL).

12. É fora de dúvida que as Contribuições Sociais devidas à Seguridade Social e suportadas pelas empresas contribuintes ou entidade a elas equiparada têm sua origem prevista no art. 195 da Constituição Federal. Esta é a dicção desse dispositivo:

Art. 195 - A seguridade social será 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 seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro; (...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13. A Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, que disciplina, dentre outras questões, a forma dos cálculos dos valores repassados à UNIÃO em decorrência do PIS e da COFINS, revela que tais Contribuições Sociais serão determinadas com base no faturamento das Pessoas Jurídicas de Direito Privado, correspondente à receita bruta da entidade privada; eis a redação desse importante item normativo há época das hipóteses de incidência:

Art. 20. - As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei (Vide Medida Provisória 2.158-35, de 2001).

Art. 30. - O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

14. Ademais, as Leis 10.637/02 e 10.833/03 as quais instituíram, respectivamente, a modalidade de apuração não cumulativa do PIS e da COFINS, repisaram, nos seus arts. 1o. e 2o., o mesmo conteúdo normativo referido no art. 30. da Lei 9.718/98, como se verifica a seguir:

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.

2 2 2

Art. - 1o. A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 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.

15. Como se observa, sob essas perspectivas, nitidamente infraconstitucionais, é que devem ser analisadas o alcance jurídico e semântico da base de cálculo de ambas as Contribuições Sociais na qual permanece circunscrita ao conceito de faturamento.

16. O faturamento corresponde ao somatório dos valores financeiros oriundo da venda de bens e/ou serviços, das operações negociais realizadas pelo contribuinte, ou seja, é a obtenção da receita bruta proveniente da venda de mercadorias ou prestação de serviços, auferindo, desse modo, riqueza nova e própria para as empresas, em razão do desempenho de suas atividades fins.

17. Feitas essas observações, pode o ICMS ser considerado ingresso de recursos ou acréscimo patrimonial, e assim ser incluído na base de cálculo do PIS ou da COFINS? Penso que não. O ICMS é um imposto indireto, ou seja, a pessoa jurídica realiza, apenas e tão somente, o mero repasse do seu valor aos cofres dos Entes Estatais que são os seus titulares, no caso, os Estados ou o Distrito Federal, em virtude de predestinação legal incontornável. Assim, tal contribuinte se qualifica apenas como *contribuinte de direito*, porquanto o verdadeiro contribuinte (contribuinte de fato) é o consumidor final do produto. Por conseguinte, os valores arrecadados a título de ICMS não se enquadram no conceito constitucional de receita bruta, pois não revelam medida de riqueza, e não denotam capacidade contributiva. Referido imposto nada mais é que uma despesa do contribuinte, que é *mero intermediário ou preposto administrativo da sua arrecadação*.

18. Assim, o fato de o ICMS estar aditado ao preço da mercadoria não lhe retira o caráter de tributo. E se tributo é, não é receita! E se constitui receita do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado, não pode, ao mesmo tempo, constituir receita de empresas; esse raciocínio parece até intuitivo e mesmo acaciano, como se vê.

19. Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal, a partir das razões de decidir do RE 240.785/MG, entendeu que o ICMS não é faturamento dos contribuintes, porquanto sequer é receita deles, e, por tal razão, *tanto o conceito de faturamento quanto o conceito de receita não alcançam a receita que decorre do ICMS*, tendo em vista que ambos os conceitos pressupõem a figura da receita própria, receita incorporada ao patrimônio do contribuinte.

20. Essa nova reflexão foi corroborada em recente decisão proferida na 1a. Turma de Direito Público deste Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS.COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. *A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.*

2. *O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.*

3. *Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.*

4. *Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento (Informativo do STF 762).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Agravo regimental provido* (AgRg no AREsp. 593.627/RN, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Rel. p/Acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 7.4.2015).

21. Dessa forma, pode-se concluir, em harmonia com essas lições, que o ICMS não integra o valor da operação em destaque, base de cálculo do PIS e da COFINS, a não ser para os específicos efeitos de cálculo dele próprio, sendo esta a melhor interpretação que se coaduna com os princípios básicos constitucionais voltados ao garantismo do contribuinte, que tanto é massacrado com cargas tributárias altíssimas e, atualmente, não possui nem mesmo a perspectiva otimista de retorno das prestações de serviço público, as quais deveriam ser providas pela atividade-fim do Estado Social.

22. A exata compreensão é que os valores do ICMS apurados nos livros de registros e, após, recolhidos aos cofres do ente Público Estatal, assumem contornos de natureza nitidamente temporária (meros ingressos). Em síntese, as receitas transitam do caixa ou da contabilidade da empresa contribuinte de direito para os cofres públicos, sendo verdadeiras receitas alheias, *não se tornando faturamento da empresa*. Na sequência dessa compreensão, também faz resultar que o ICMS sequer corresponde ao conceito amplo de receita bruta, justamente porque não consiste em receita própria, receita esta, como visto, que se incorpora ao patrimônio de terceiro, ente Estatal titular do ICMS.

23. Chega-se, assim, à conclusão de que as verbas aportadas na contabilidade do contribuinte, a título de ICMS (tributo indireto) são verbas que apenas transitam pela sua contabilidade e que e que devem ser repassadas aos reais titulares do *quantum* apurado, as quais não podem ser incluídas no faturamento da empresa, para quantificar os valores devidos a título de PIS e de COFINS, justamente porque essas contribuições têm por base de cálculo receitas próprias do contribuinte de direito.

24. Todavia, curvo-me ao entendimento consolidado pela 1a. Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, que reafirmou seu posicionamento anterior, entendendo pela inclusão do ICMS na base de cálculo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PIS e da COFINS, tal como demonstram os enunciados 68 e 94 de sua súmula de jurisprudência, os quais dispõem, respectivamente, que *a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL* (REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, nos moldes do art. 543-C do CPC).

25. Com base nessas considerações, nega-se provimento ao Agravo Interno interposto pelo Contribuinte, com ressalva do posicionamento pessoal do Relator.

26. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0133176-3

AgInt no AgInt no AgRg no
REsp 1.068.235 / PE

Números Origem: 200683000141023 97581

PAUTA: 21/02/2017

JULGADO: 21/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S/A
ADVOGADO : MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTRO(S) - PE020563
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S) - SP162442
DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ANDRADE LIMA HOTÉIS S/A
ADVOGADO : MOACIR ALFREDO GUIMARÃES NETO E OUTRO(S) - PE020563
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADORES : CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO E OUTRO(S) - SP162442
DANIELLE MENEZES EVANGELISTA FLORÊNCIO

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 interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.