



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.396.068 - MG (2011/0069164-3)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
AGRAVANTE : MARTINS DA COSTA E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. VERBETES N. 68 E 94 DA SÚMULA/STJ.

– Em relação ao ICMS, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que se inclui a referida exação na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados n. 68 e 94 da Súmula do STJ.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de junho de 2011(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.396.068 - MG (2011/0069164-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Martins da Costa e Companhia Ltda. interpõe agravo da decisão por mim proferida que deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos seguintes termos:

"Agrava-se da decisão que negou seguimento a recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea 'a', da CF, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA DECADÊNCIA O ICMS (RECEITA TRIBUTARIA ESTADUAL) NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DA COFINS (E/OU DO PIS), ESCAPANDO AO CONCEITO DE FATURAMENTO: STF (RE Nº 240.785/MG) – COMPENSAÇÃO.

1 - A jurisprudência do STJ (EREsp 435.835/SC) assentou que a decadência em matéria tributária se conta na modalidade '5+5'.

2 - A COFINS e o PIS (art. 2º da Lei nº 9.718/98) têm como base de cálculo o faturamento da empresa, assim entendida a receita bruta, ou seja, a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica a todo e qualquer título.

3 - Em guinada jurisprudencial capitaneada pelo STF (RE nº 240.785/MG, julgamento pendente), tem-se que, a prevalecer o voto do relator (Min. MARCO AURÉLIO), como até aqui a maioria formada indica, o ICMS, tributo estadual à luz do art. 155, II, da CF/88, não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte mas, sim, do Estado-membro ao qual pertence, não estando contida, então, no conceito de faturamento nem no de receita bruta.

4 - A definição de 'receita bruta' (§1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 [já declarado inconstitucional pelo STF]) não textualiza (ou textualizava) que o ICMS nela se contenha (ou contivesse). Era e é equivocada a livre interpretação fazendária tanto do 'caput' do aludido art. 3º como do seu inconstitucional § 1º, desprovida de qualquer razoabilidade e perpetrada em absoluta oposição ao conceito usual de direito privado do que seja 'receita bruta/faturamento' (art. 110 do CTN), interpretação da lei que malfere, ainda, a literalidade do conceito de faturamento apropriado pelo art. 195, I, 'b', da CF/88, próprio de empresas, não de entes públicos.

5 - A imposição legal ao contribuinte do ônus de arrecadar o ICMS, tributo estadual, não transmuda o valor da 'receita estadual' em 'receita do agente arrecadador' (sujeito passivo), já pela só circunstância de a riqueza integrar o patrimônio estadual:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o ICMS é custo tributário do sujeito passivo, não faturamento adveniente de operações de venda de mercadorias ou de prestação de serviços.

6 - A compensação se sujeita à prova de que a impetrante não repassou o ônus tributário ao seu produto ou terceiros.

7 - Apelação provida: segurança concedida em parte.

8 - Autos recebidos em Gabinete, em 23/05/2008, para lavratura do acórdão. Peças liberadas em 20/06/2008, para publicação do acórdão' (fl. 71).

Opostos embargos de declaração, estes foram providos em parte (fls. 106-110).

A recorrente alega que a decisão recorrida negou vigência aos arts. 2º da LC n. 70/1991, 3º da LC n. 7/1970, 2º, 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, 1º e §§, da Lei n. 10.637/2002, 1º e §§, da Lei n. 10.833/2003. Sustenta, em síntese, que o ICMS deve integrar o conceito de faturamento para compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Não houve contrarrazões ao recurso especial (fl. 183) nem contraminuta ao agravo (fl. 221).

Decido.

O recurso merece prosperar.

Em relação ao ICMS, este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que se inclui a referida exação na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados n. 68 e 94 da Súmula do STJ. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

'MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. LEGALIDADE. 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, 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, 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, DJe 02/09/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão do Tribunal a *quo* que reconheceu a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

2. Não mais existe o óbice ao julgamento da presente demanda, determinado pelo STF na Ação Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 18, pois o prazo de suspensão chegou ao término.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui o firme entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS. Súmulas 68 e 94/STJ.

4. Agravo regimental não provido' (AgRg no Ag 1.282.409/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/02/2011).

Verifica-se, assim, que o acórdão recorrido destoou da orientação desta Corte.

Ante o exposto, com amparo no art. 544, § 4º, do CPC, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença (fls. 34-37) que denegou a segurança.

Publique-se" (fls. 227-229).

Sustenta a agravante, em síntese, que a jurisprudência firmada no STF ampara a tese trazida em seu mandado de segurança. Diz que a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) "padece de patentes impropriedades técnicas" (fl. 247). Aduz serem inconstitucionais tanto o art. 2º, parágrafo único, da LC n. 70/1991 quanto o art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998. Pede, ao final, a declaração de "inconstitucionalidade da exigência do ICMS na cobrança da COFINS e do PIS e atestado o direito à restituição/compensação do montante recolhido indevidamente" (fl. 252).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.396.068 - MG (2011/0069164-3)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. VERBETES N. 68 E 94 DA SÚMULA/STJ.

– Em relação ao ICMS, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que se inclui a referida exação na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados n. 68 e 94 da Súmula do STJ.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

Nada obstante o empenho da agravante, persisto no entendimento externado no decisório agravado.

Em relação ao ICMS, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que se inclui a referida exação na base de cálculo do PIS e da COFINS, consoante se depreende dos enunciados n. 68 e 94 da Súmula do STJ. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO" (AgRg no REsp 1.085.346/SC, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 26.4.2011).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM SÚMULAS DESTA CORTE SUPERIOR. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de reconhecer a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas ns. 68 e 94/STJ.

2. Agravo regimental de PolivinyL Indústria de Produtos Químicos Ltda. não provido.

[...]" (AgRg no Ag 1.107.236/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27.4.2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Caso em que a agravante insurge-se contra a decisão do Tribunal *a quo* que reconheceu a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

2. Não mais existe o óbice ao julgamento da presente demanda, determinado pelo STF na Ação Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade n. 18, pois o prazo de suspensão chegou ao término.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui o firme entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS. Súmulas 68 e 94/STJ.

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no Ag 1.282.409/SP, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 25.2.2011).

Como se vê, a decisão ora agravada está em perfeita harmonia com o que vem sendo decidido por esta Corte. Não procede, pois, o pedido de declaração de inconstitucionalidade ora formulado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0069164-3

AgRg no
Ag 1.396.068 / MG

Números Origem: 141457420024013800 200238000141080 389818420104010000

PAUTA: 02/06/2011

JULGADO: 02/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : MARTINS DA COSTA E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS - Importação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARTINS DA COSTA E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : 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."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.