



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
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 FLORENCIO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (Presidente) e Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 13 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator p/ Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0133176-3 EDcl no AgInt no AgInt no AgRg no
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.068.235 / PE

Números Origem: 200683000141023 97581

PAUTA: 06/06/2017

JULGADO: 08/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

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:

"Adiado para a 25ª Sessão Ordinária."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0133176-3 EDcl no AgInt no AgInt no AgRg no
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.068.235 / PE

Números Origem: 200683000141023 97581

PAUTA: 06/06/2017

JULGADO: 13/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

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:

"Adiado para 26ª Sessão Ordinária."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no 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 Embargos de Declaração opostos por ANDRADE LIMA HOTÉIS S.A. contra acórdão ementado nos seguintes termos:

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

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.*

2. Em suas razões recursais, a parte embargante defende, em suma, contradição e omissão do julgado, visto que (a) a quase totalidade dos fundamentos da decisão são favoráveis à tese de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e COFINS, sendo dissonante de sua parte dispositiva; e (b) não houve pronunciamento quanto à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Destaca que, em recente julgado, o STF apreciou o RE 574.706/PR, sob a sistemática do recurso representativo da controvérsia, posicionando-se pela exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, sendo imprescindível a superação do precedente firmado nas Súmulas 68 e 94 do STJ, bem como no REsp. 1.144.465/PR.

4. Às fls. 588/591, a FAZENDA NACIONAL apresentou impugnação, postulando pela manutenção da decisão embargada.

5. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no 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-VENCIDO

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA) EM SENTIDO CONTRÁRIO. EXTENSÃO DA ORIENTAÇÃO PARA EXCLUIR O ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA CONTRIBUINTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto à matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC).

2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Em relação à exclusão do ISS da base de cálculo das mencionadas contribuições, a 1a. Seção desta Corte, ao apreciar o REsp. 1.330.737/SP, da relatoria do eminente Ministro OG



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERNANDES (DJe 14.4.2016), também sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, consolidou entendimento de que a quantia referente ao ISSQN compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

4. *Todavia, por identidade de razões, o posicionamento do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS.*

5. *Embargos de Declaração da Contribuinte acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a não incidência do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.*

1. A teor do disposto no art. 1.022 do CPC/2015, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou erro material existente no julgado; excepcionalmente o Recurso Aclaratório pode servir para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir a celeridade, eficácia da prestação jurisdicional e a reverência ao pronunciamento superior, hipótese que se apresenta nos presentes autos.

2. Na hipótese em análise, cinge-se a controvérsia à legalidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS.

3. O acórdão ora embargado aplicou a recente orientação da 1a. Seção do Superior Tribunal de Justiça que, reafirmando seu posicionamento anterior, *ocasião em que este Relator ficou vencido quanto à matéria*, entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. *A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outro no art. 155, § 2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência:

2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. Nº 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. Nº 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

4. Consoante o disposto no art. 12 e § 1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou "tax on tax").

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolançamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações".

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Súmula n. 191/TFR: "É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes".

- Súmula n. 258/TFR: "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM".

- Súmula n. 68/STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS".

- Súmula n. 94/STJ: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO-APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: "O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica".

14. Ante o exposto, ACOMPANHO o relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL (REsp. 1.144.469/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1a. Seção, DJe 2.12.2016).

4. Todavia, impõe-se adequação do entendimento firmado no acórdão embargado à orientação firmada pelo Plenário da Suprema Corte, que, na sessão do dia 15.3.2017, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

5. Em relação à exclusão do ISS da base de cálculo das mencionadas contribuições, a 1a. Seção desta Corte, ao apreciar o REsp. 1.330.737/SP, da relatoria do eminente Ministro OG FERNANDES (DJe 14.4.2016), também sob a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, consolidou entendimento de que *a quantia referente ao ISSQN compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS*.

6. Todavia, por identidade de razões, o posicionamento do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Isso porque, conforme já decidido pela Suprema Corte, não se pode desprezar o sentido do conceito de faturamento - definido pela doutrina e pela construção pretoriana, como sendo a obtenção de receita bruta proveniente da venda de mercadorias ou da prestação de serviços - a fim de se incluir outros tributos devidos pela pessoa jurídica, como é caso do ISS, na base de incidência das contribuições em tela.

8. Com base nessas considerações, acolhem-se os Embargos de Declaração interpostos por ANDRADE LIMA HOTÉIS S.A., atribuindo-lhes efeitos infringentes, a fim de reconhecer a não inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no 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

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: O Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho acolheu os embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes a fim de reconhecer a não inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Após análise, concluo, *data venia*, de modo diverso.

Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

O acórdão embargado decidiu, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior firmada sob a sistemática do art. 543-C do CPC, que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos da seguinte 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 NNMF14 REsp 1068235 Petição : 511055/2016 C54285451508946104=560@C05<485854056221@ 2008/0133176-3 Documento Página 1 de 2 (e-STJ Fl.555) Documento eletrônico VDA16104440 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006 Signatário(a): MINISTRO Napoleão Nunes Maia Filho Assinado em: 06/03/2017 14:41:50 Publicação no DJe/STJ nº 2162 de 14/03/2017. Código de Controle do Documento: 763EFAAF-EBDC-4982-ABFA-98A005FA2320 Superior Tribunal de Justiça 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.

No mais, esta Corte Superior de Justiça, também sob o rito do art. 543-C do CPC, quando do julgamento do REsp 1.330.737/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, firmou a compreensão de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, compõe o conceito de faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.

Confira-se:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN.

1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COFINS.

2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "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" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel.

Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel.

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN.

4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constitui receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.

5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária).

6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito.

7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço.

8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições.

9. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1330737/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe 14/04/2016)

Assim, evidencia-se não ter ocorrido falta de clareza, insuficiência de fundamentação ou erro material a ensejar esclarecimento ou complementação do que já decidido.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0133176-3 **EDcl no AgInt no AgInt no AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.068.235 / PE

Números Origem: 200683000141023 97581

PAUTA: 06/06/2017

JULGADO: 13/06/2017

Relator

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

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 maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão.

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