



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.428.585 - MG (2011/0255454-2)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : SUPERMERCADO COELHO DINIZ LTDA E OUTROS
ADVOGADO : RENATO PERIM
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94/STJ. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94/STJ, bem como que o reconhecimento de repercussão geral pelo STF não impede o julgamento dos recursos no STJ . Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.428.585 - MG (2011/0255454-2)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **SUPERMERCADO COELHO DINIZ LTDA E OUTROS**
ADVOGADO : **RENATO PERIM**
AGRAVADO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto por Supermercado Coelho Diniz Ltda e outros, contra decisão que conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94/STJ. AGRADO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

A agravante afirma, em síntese, que a questão relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS implica análise de matéria exclusivamente constitucional, o que é vedado na via especial, tanto é que o STF reconheceu a repercussão geral do tema no bojo do RE 606.107/RS, e, mesmo que haja matéria infraconstitucional, é de se reconhecer a suspensão do recurso especial até o julgamento dos recursos extraordinários interpostos.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou, caso se entenda o contrário, pela submissão do recurso ao órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.428.585 - MG (2011/0255454-2)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 68 E 94/STJ. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94/STJ, bem como que o reconhecimento de repercussão geral pelo STF não impede o julgamento dos recursos no STJ . Precedentes.
2. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A decisão agravada ostenta o seguinte teor (fls. 267-270):

[...]

O voto condutor do acórdão objeto do recurso especial tem, no que interessa e com grifo nosso, o seguinte teor:

O art. 2º e o art. 3º da Lei nº 9.718/98 estipulavam que a base de cálculo do PIS e da COFINS seria o faturamento da empresa, assim entendida a receita bruta, ou seja, a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica a todo e qualquer título:

(.....)

Como dito, **prevalece, para fins de determinação da base de cálculo das exações, o conceito de faturamento precedente à Lei nº 9.718/98: [a] para o PIS, o constante do art. 3º da Lei nº 9.715/98, e, [b] para a COFINS, o previsto no art. 2º da LC nº 70/91.** Em ambos os casos, ela será composta, portanto, pela receita decorrente da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviços.

(.....)

A querela, todavia, recebeu novo olhar, ante o estado atual do julgamento do RE nº 240.785/MG, Rel. Min. MARCO AURELIO, no STF (pendente), assim se entendeu (grifei):

(.....)

Embora ainda pendente esse julgamento, os votos até aqui colhidos indicam a prevalência da tese do relator, à qual, aliás, passo a me alinhar, fundamentalmente porque **o ICMS, tributo estadual à luz do art. 155, II, da CF/88, não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte de direito mas, sim, do respectivo Estado-membro ao qual pertence, não podendo estar compreendido, então, no conceito de “faturamento” ou de “receita bruta”:** o ICMS é, portanto, “ônus” do sujeito passivo, não recurso que lhe pertença adveniente de operações de venda ou de prestação de serviços (esse, sim, quando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, riqueza tributável [fato gerador]).

Com efeito, impende ressaltar que a **definição de “receita bruta”** (§1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 - já declarado inconstitucional pelo STF), **NÃO textualiza(va) que o ICMS nela se contenha(ivesse)**. A cobrança que se contesta (inclusão do ICMS na “receita bruta”) é vesgo da administração tributária EXCLUSIVAMENTE fruto de interpretação livre, desprovida de qualquer razoabilidade, do órgão fazendário, perpetrada em absoluta oposição ao conceito de direito privado de “receita bruta” e de “faturamento”.

(.....)

Nessa ótica, **incluir a arrecadação do ICMS na base de cálculo da COFINS/PIS significa sujeitar receita tributária do estado à tributação federal, o que não tem guarida no art. 195, I, “b”, CF**, que cuida da “receita ou faturamento” de “empresas”. A questão parece tão mais gritante se, atentando-se para a natureza e dinâmica da arrecadação do ICMS, se perceber que, além de impor ao sujeito passivo um “ônus”, repito, de arrecadar para o Estado-Membro, sem qualquer contrapartida, o sujeito passivo é compelido (quicá apenado) a pagar tributo federal por uma receita que não teve nem é sua.

Do excerto do acórdão recorrido, extrai-se que os dispositivos infraconstitucionais prequestionados foram os arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/98, art. 3º da Lei n. 9.715/98, art. 2º da LC n. 70/91, de modo que se aplica a Súmula n. 211/STJ sobre os demais dispositivos tidos por violados pelo recorrente mas não enfrentados pelo acórdão recorrido.

No mérito, o acórdão recorrido está em contraste com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, em 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, bem como que o reconhecimento de repercussão geral pelo STF não impede o julgamento dos recursos no STJ .

Para ilustrar os seguintes acórdãos, com grifo nosso:

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

1. O óbice ao julgamento da presente demanda, antes imposto por decisão liminar proferida na MC na ADC 18, em curso no Supremo Tribunal Federal, não mais existe, haja vista que os efeitos da última prorrogação da liminar que suspendia o julgamento de todas as causas desta espécie, por mais 180 (cento e oitenta), expiraram em outubro de 2010.

2. **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.** Precedentes: AgRg no Ag 1.071.044/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 8.2.2011, DJe 16.2.2011; AgRg no Ag 1.282.409/SP, Rel.

Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 22.2.2011, DJe 25.2.2011.

3. **O reconhecimento de repercussão geral pelo STF não impede o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo dos recursos no STJ. Precedente: AgRg no Ag 1.272.247/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5.8.2010, DJe 17.8.2010.

Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1264655/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14/10/2011)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DE ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema acerca da **inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94, ambas do STJ.**

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1101989/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/08/2011)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO.

INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. SOBRESTAMENTO. INVIABILIDADE. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO/COMPENSAÇÃO. LC 118/2005. TEMA JÁ JULGADO PELA CORTE ESPECIAL NO REGIME CRIADO PELO ART. 543-C DO CPC.

1. **O ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme as Súmulas 68 e 94/STJ.**

2. O reconhecimento de repercussão geral pelo egrégio STF não impede o julgamento dos recursos no STJ. Precedentes do STJ.

3. No que se refere ao ADC 18/DF, o STF prorrogou a liminar lá concedida por 180 dias, ao julgar a terceira Questão de Ordem na Medida Cautelar. Na oportunidade, consignou expressamente que aquela seria a última prorrogação e que seu prazo deve ser contado a partir da publicação da ata de julgamento, ocorrida em 15.4.2010.

4. Essa última prorrogação esgotou-se em meados de outubro de 2010, razão pela qual não há suspender o julgamento no âmbito do STJ.

5. De acordo com entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 tem eficácia prospectiva: incide apenas sobre pagamentos realizados a partir de sua entrada em vigor.

6. Registrou-se ainda que o art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 ofende os princípios constitucionais da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

7. Orientação reafirmada no julgamento do REsp. 1.002.932/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

8. Agravos Regimentais da Fazenda Nacional e da empresa não providos. (AgRg no AgRg no Ag 1402871/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 09/09/2011)

Ante o exposto, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial.**

Publique-se. Intime-se.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, compulsando-se os autos, verifica-se que a Corte de origem, ao reconhecer o direito da ora agravada de deduzir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS também aplicou fundamentação infraconstitucional.

Ademais, em casos idênticos ao presente, oriundos do mesmo Tribunal Regional, há vários precedentes desta Corte que reconheceram o caráter infraconstitucional na discussão e, portanto, a possibilidade de conhecimento do apelo especial da Fazenda e aplicação da jurisprudência desta Corte sobre o tema.

A título de exemplo, além dos precedentes já citados na decisão agravada, cito os seguintes e recentes precedentes:

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. (AgRg no REsp 1291149/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 13/02/2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DA 1A. SEÇÃO DESTA CORTE. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. FACULDADE DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. 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, conforme os Enunciados das Súmulas 68 e 94 do STJ.
2. É desnecessário o sobrestamento do presente Recurso Especial até o julgamento da questão de fundo (inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS), em definitivo, pelo colendo STF. Precedentes.
3. O sobrestamento do Recurso Especial até o pronunciamento do STF sobre os fundamentos constitucionais do acórdão recorrido impugnados por recurso extraordinário é mera faculdade do Relator, conforme disposto no art. 543, § 2o., do CPC. Precedentes.
4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1102656/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 02/12/2011)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0255454-2

AgRg no
Ag 1.428.585 / MG

Números Origem: 18326620074013813 200738130018324 781975220104010000

EM MESA

JULGADO: 17/04/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : SUPERMERCADO COELHO DINIZ LTDA E OUTROS
ADVOGADO : RENATO PERIM

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SUPERMERCADO COELHO DINIZ LTDA E OUTROS
ADVOGADO : RENATO PERIM
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

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

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.