



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 653.370 - PR
(2015/0006764-7)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : COMERCIAL PATO BRANCO LTDA
ADVOGADO : CÉLIO ARMANDO JANCZESKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONCEITO DE RECEITA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CUNHO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A controvérsia acerca do conceito de receita para fins de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi dirimida pela Corte de origem com base na interpretação dada ao art. 195, I, "b", da Constituição Federal, o que impede o conhecimento do recurso especial em razão da impossibilidade de reexame de conteúdo constitucional na instância especial.

2 Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS – incidência das Súmulas 68 e 94 do STJ. Aplica-se ao caso o teor da Súmula 83/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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 653.370 - PR
(2015/0006764-7)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : COMERCIAL PATO BRANCO LTDA
ADVOGADO : CÉLIO ARMANDO JANCZESKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto por COMERCIAL PATO BRANCO LTDA. contra decisão monocrática que negou provimento ao agravo em recurso especial nos termos da seguinte ementa (fl. 528, e-STJ):

"TRIBUTÁRIO. CONCEITO DE RECEITA. CUNHO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. AGRADO IMPROVIDO".

Extraí-se dos autos que o recurso especial inadmitido foi interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, o qual busca reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 432, e-STJ):

"MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

É constitucional e legal a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 3º, §2º, I, da Lei 9.718/98. Precedentes desta Corte e do STJ".

Alega a agravante que *"é de se reconhecer que a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, antes do Pretório Excelso determinar a orientação interpretativa no julgado do RE n. 240.785/MG, era pacificada no sentido de que o ICMS deveria compor a base de cálculo do PIS e da COFINS (Súmula 68 e 94). Com o julgamento pelo plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no entanto, a matéria ganhou novos ares, eis que nova orientação foi implementada"* (fl. 539, e-STJ).

Aduz, em síntese, que, para que a interpretação dos arts. 2º e 3º da Lei n. 9.718/98 se compatibilize com a previsão do art. 195, I, da Constituição Federal, deve-se entender que o ICMS não é receita do contribuinte, mas sim receita do Estado credor e, por isso, não está incluído na base de cálculo do PIS e da Cofins.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, pela submissão do presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva do agravado.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 653.370 - PR
(2015/0006764-7)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONCEITO DE RECEITA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CUNHO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ.

1. A controvérsia acerca do conceito de receita para fins de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins foi dirimida pela Corte de origem com base na interpretação dada ao art. 195, I, "b", da Constituição Federal, o que impede o conhecimento do recurso especial em razão da impossibilidade de reexame de conteúdo constitucional na instância especial.

2 Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS – incidência das Súmulas 68 e 94 do STJ. Aplica-se ao caso o teor da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental improvido.

VOTO

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

De início, este relator, houve por bem determinar o retorno dos autos à origem, em razão da afetação ao rito previsto no art. 543-C do CPC, do REsp 1.221.170/PR, de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, que trata do *"conceito de insumo tal como empregado nas Leis 10.637/02 e 10.833/03 para o fim de definir o direito (ou não) ao crédito de PIS e COFINS dos valores incorridos na aquisição"*.

Todavia, como bem alertado pela agravante à fl. 555 (e-STJ), a tese discutida nos presentes autos é diversa, motivo pelo qual deve ser retomado o julgamento do feito a partir do presente agravo regimental.

No entanto, não prospera a pretensão recursal de reforma da decisão prolatada.

Conforme consignado na análise monocrática, o recorrente utiliza-se do recurso especial para estabelecer o conceito de "receita" previsto no art. 195, inciso I,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"b", da Constituição Federal, o que demonstra a inadequação da via eleita, pois compete somente ao STF dirimir controvérsias de cunho constitucional.

A propósito:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS. QUESTÃO RESOLVIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL.

1. A instância ordinária, ao reconhecer a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, utilizou como fundamento o enfoque do conceito de faturamento previsto nos arts. 145, § 1º, e 195, I, "b", da Constituição Federal.

2. Nesse contexto, eventual contrariedade, caso existente, ocorreria apenas no plano constitucional, de modo que se configura inviável a rediscussão da matéria pelo STJ, no recurso especial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento".

(AgRg no AREsp 657.266/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 05/06/2015.)

"3. Apesar de constar de lei federal, o conceito de faturamento e a sua abrangência em relação à receita bruta, no que diz respeito à base de cálculo do PIS e da COFINS, tem índole constitucional."

(AgRg no REsp 1.403.376/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/8/2014, DJe 26/8/2014.)

"2. Tem natureza constitucional 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, não podendo ser apreciada em Recurso Especial. Precedentes."

(REsp 1.197.440/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/10/2010, DJe 2/2/2011.)

"1. A irresignação quanto ao conceito de faturamento e aos questionamentos acerca de sua abrangência em relação à receita bruta, expressão essa não prevista no texto constitucional original, diz respeito, em verdade, à base de cálculo do PIS e da COFINS. A controvérsia apresenta índole constitucional e, portanto, esse ponto não pode ser objeto de análise em sede de recurso especial."

(REsp 720.665/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/12/2009, DJe 16/12/2009.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Outrossim, a própria Corte de origem alicerça seu conceito de receita com base em interpretação dada ao art. 195, I, "b", da Constituição Federal, o que aponta para o cunho constitucional em que a demanda foi dirimida.

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS – incidência das Súmulas 68 e 94 do STJ.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 458 E 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

A decisão agravada não merece censura, pois está em harmonia com a jurisprudência atual e dominante desta Corte Superior no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Incidência das Súmulas 68 e 94 do STJ.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.510.905/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015.)

"PROCESSUAL CIVIL. INEXISTENTE A VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou, motivadamente, os temas abordados no recurso de Apelação, ora tidos por omitidos.

2. 'Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, a pretexto de examinar suposta ofensa ao art. 535, II, do CPC, aferir a existência de omissão do Tribunal de origem acerca de matéria constitucional, sob pena de usurpar a competência reservada ao Supremo Tribunal Federal' (AgRg no REsp 1.198.002/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 18.9.2012, DJe 21.9.2012) 3. O entendimento do Tribunal de origem não merece censura, pois em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins - incidência das Súmulas 68, 94 e 83 do STJ.

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no REsp 1.507.669/DF, Rel. Ministro HERMAN



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 04/08/2015.)

Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal *a quo* decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica, à espécie, o enunciado da Súmula 83/STJ, *verbis*: "*Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*".

Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional. Confira-se os excertos dos seguintes julgados:

"A jurisprudência do STJ entende que a Súmula 83 não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea "a"." (AgRg no Ag 1.151.950/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 7/4/2011, DJe 29/4/2011.)

"O acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento dominante deste Superior Tribunal de Justiça. Incidente ao caso, portanto, a Súmula nº 83 desta Corte Superior, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras (AgRg no Ag 135.461/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 18.08.97)". (AgRg no Ag 894.731/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/2/2011, DJe 22/2/2011.)

"A orientação jurisprudencial consolidada na Súmula n. 83 desta Corte é aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea "a" do art. 105, III da Constituição da República. E isto, porque, se a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido, não há se cogitar de ofensa, por parte deste último, à lei federal". (AgRg no REsp 795.184/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/2/2011.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0006764-7

AgRg no
AREsp 653.370 / PR

Números Origem: 200870050042246 201500067647 50065436220134047005 PR-200870050042246
PR-50065436220134047005

PAUTA: 22/09/2015

JULGADO: 22/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : COMERCIAL PATO BRANCO LTDA
ADVOGADO : CÉLIO ARMANDO JANCZESKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Base de Cálculo - Exclusão - ICMS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : COMERCIAL PATO BRANCO LTDA
ADVOGADO : CÉLIO ARMANDO JANCZESKI E OUTRO(S)
AGRAVADO : 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(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.