



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.110 - MG (2014/0311310-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRENTE : LATICÍNIOS VITÓRIA LTDA
ADVOGADOS : FRANCISCO XAVIER AMARAL E OUTRO(S)
SIMONE MARIA NADER CAMPOS
JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RAZÕES GENÉRICAS. IMPOSSIBILIDADE. COMPREENSÃO. OMISSÃO. SÚMULA 284/STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Não se pode conhecer da alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto as razões do recurso são genéricas e não indicam objetivamente de que forma teria havido omissão e qual a relevância do ponto, em tese omitido, para o deslinde da controvérsia. Aplica-se, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF.
2. A alegação da empresa sobre a afronta dos arts. 394 395 do CC e do art. 741, V, do CPC, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo acórdão recorrido. Dessa forma, inobservou-se o requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.
3. É firme a orientação do STJ de que a parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmulas 68 e 94/STJ). Precedentes atuais de ambas as Turmas da Primeira Seção: AgRg no AREsp 528.055/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/8/2014; AgRg no AREsp 494.775/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 1º/7/2014; AgRg no AREsp 505.444/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 21/5/2014.
4. Recurso Especial da empresa não conhecido e Recurso Especial da Fazenda provido.

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, não conheceu do recurso de Laticínios Vitória Ltda; deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 03 de março de 2015(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.110 - MG (2014/0311310-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRENTE : LATICÍNIOS VITÓRIA LTDA
ADVOGADOS : FRANCISCO XAVIER AMARAL E OUTRO(S)
SIMONE MARIA NADER CAMPOS
JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA
RECORRIDO : OS MESMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Recursos Especiais interpostos, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 1323, e-STJ):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — O ICMS (RECEITA TRIBUTÁRIA ESTADUAL) NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DA COFINS (E/OU DO PIS), ESCAPANDO AO CONCEITO DE FATURAMENTO: STF (RE 240.785/MG) — COMPENSAÇÃO — PRESCRIÇÃO: "5+5".

/1 - O STJ (EREsp 435.835/SC) entende que "o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador — sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo (...), a causa do indébito. (...)" (REsp nº 752.165/SP).

2 - O "novo conceito" de faturamento (§1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98), ampliando a base impositiva do PIS e da COFINS foi declarado inconstitucional pelo STF, consoante consta no Informativo 408/2005 (RREEs 346.084/PR; 357.950/RS; 358.273/RS; e 390.840/MG), porque incompatível com a redação (primitiva) do art. 195, I, "b", da CF/88, não convalidável o vício pela EC nº 20/98. Prevalece, para fins de determinação da base de cálculo, o conceito de faturamento precedente, previsto no art. 2º da LC 70/91. A legislação superveniente quanto ao tema não está sendo discutida na demanda.

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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

6 - Apelação da impetrante provida em parte: segurança concedida em parte.

7 - Peças liberadas pelo relator, em 11/03/2008, para publicação do acórdão.

As recorrentes alegam violação dos arts. 458, 535, II, e 741, V, do CPC; do art. 4º da LICC; do art. 166 do CTN; do art. 3º da LC 7/1970; do art. 2º da LC 70/1991; do art. 3º da Lei 9.718/1998, do art. 1º da Lei 10.637/2002 e do art. 1º da Lei 10.833/2003. A empresa afirma que houve omissão no acórdão recorrido, porquanto deixou de analisar várias questões de direito (fl. 1384,e-STJ).

Aduz que o ICMS deve ser incluído na base de cálculo da COFINS E do PIS (fl. 1405, e-STJ).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 1352-1356, e-STJ).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.110 - MG (2014/0311310-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.12.2014.

1. Recurso da Empresa

A irresignação não merece acolhida.

Primeiramente, não se pode conhecer da alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto as razões do Agravo Regimental são genéricas e não indicam objetivamente de que forma teria havido omissão e qual a relevância do ponto, em tese omitido, para o deslinde da controvérsia.

Aplica-se, portanto, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF (AgRg no AREsp 553.530/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/9/2014; AgRg no REsp 1.258.317/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/9/2014).

A indicada afronta do art. 4º da LICC e do art. 166 do CTN não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

A propósito cito:

PROCESSO CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE À RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. DESCABIMENTO.

1. O fundamento utilizado pelo aresto recorrido para afastar a cobrança da energia elétrica indevidamente consumida foi o de que, mesmo não tendo sido elidida a presunção de irregularidade do medidor, a revisão do faturamento está prejudicada, porquanto, após a substituição daquele, o consumo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manteve-se praticamente inalterado.

2. A falta de prequestionamento dos artigos 3º da LICC; 20 e 21, da Lei nº 9.427/96 e 31 da Lei nº 8.987/95 justifica a incidência da Súmula 211/STJ.

3. Ainda que assim não fosse, não há como se examinar se houve contrariedade aos dispositivos legais indicados, pois, para tanto, faz-se necessário emitir juízo de valor sobre o conteúdo da própria resolução, isto é, acerca dos procedimentos utilizados para a cobrança da tarifa referente à energia indevidamente consumida, o que não é permitido no apelo nobre, uma vez que se trata de ato normativo não enquadrado no conceito de lei federal, constante da alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

Precedentes.

4. Por fim, tem-se que o aresto combatido está assentado nos elementos fático-probatórios da demanda e o seu reexame é vedado na presente instância recursal, consoante disposto no enunciado da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 68.440/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2011).

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. OFENSA A RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

(...)

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão não apreciada pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios (arts. 3º, 6º, § 3º, II, e 29, I, da Lei 8.987/1995; e arts. 2º, 3º, XIX, e 17, da Lei 9.247/1996). Incidência da Súmula 211/STJ.

4. A Ação de Repetição de Indébito de tarifa de água e esgoto se sujeita ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil, podendo ser vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002.

5. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

6. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

7. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 37.894/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/03/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Recurso da Fazenda

No tocante à questão principal, reitero que é firme a orientação do STJ no sentido de que a parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins (Súmulas 68 e 94/STJ). Cito precedentes atuais de ambas as Turmas da Primeira Seção:

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. AGRAVO CONHECIDO.

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 1198002/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.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 528.055/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 26/8/2014).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULAS 68 E 94/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O posicionamento uniforme do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que "o valor do ICMS deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, pois integra o preço dos serviços e, por conseguinte, o faturamento decorrente do exercício da atividade econômica" (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/03/2013).

II. Ademais, a matéria encontra-se sumulada nesta Corte, conforme estabelecem as Súmulas 68 e 94/STJ: "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".

III. Em face do reconhecimento de que os valores devidos, a título de ICMS, integram a base de cálculo do PIS e da COFINS, fica prejudicada a análise do tema da compensação.

IV. Agravo Regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no AREsp 494.775/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 1º/7/2014).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ.

1. O acórdão a quo está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que admite a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do Pis. Nesse sentido: AgRg no AREsp 340.008/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 24/09/2013; AgRg no AREsp 365.461/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/09/2013; REsp 1195286/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2013.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 505.444/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 21/5/2014).

Por tudo isso, **não conheço do Recurso Especial da Empresa e dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0311310-5

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.500.110 /
MG

Números Origem: 00008508820074013801 200738010009502 8508820074013801

PAUTA: 03/03/2015

JULGADO: 03/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO	: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRENTE	: LATICÍNIOS VITÓRIA LTDA
ADVOGADOS	: FRANCISCO XAVIER AMARAL E OUTRO(S) SIMONE MARIA NADER CAMPOS JOAO CLAUDIO FRANZONI BARBOSA
RECORRIDO	: OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

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, não conheceu do recurso de Laticínios Vitória Ltda; deu provimento ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.