SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2047176 - RS (2023/0008598-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	MARCOPECAS - SERVICOS E PECAS LTDA.
ADVOGADO	:	GUILHERME ZANCHI - RS115013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS-DIFAL. TESE FIRMADA PELO STF. EXTENSÃO DA *RATIO DECIDENDI*. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. À luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.

2. Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido, pois o Tribunal de origem, interpretando a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 69, decidiu por sua aplicação também no caso em que o contribuinte pretende a exclusão do ICMS-Difal da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

3. Inexistência de precedentes colegiados do STF a afirmar ausência de repercussão geral e a natureza infraconstitucional da matéria ora controvertida.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 13 de novembro de 2023.

Ministro GURGEL DE FARIA

Documento eletrônico VDA39140887 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 14/11/2023 18:58:15
Código de Controle do Documento: ba78568e-7eb0-476b-b8c5-e1a5615ddbde

Relator

Documento eletrônico VDA39140887 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 14/11/2023 18:58:15
Código de Controle do Documento: ba78568e-7eb0-476b-b8c5-e1a5615ddbde

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2047176 - RS (2023/0008598-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	MARCOPECAS - SERVICOS E PECAS LTDA.
ADVOGADO	:	GUILHERME ZANCHI - RS115013

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS-DIFAL. TESE FIRMADA PELO STF. EXTENSÃO DA *RATIO DECIDENDI*. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. À luz do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso especial não serve à revisão da fundamentação constitucional.

2. Hipótese em que o recurso não pode ser conhecido, pois o Tribunal de origem, interpretando a tese definida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 69, decidiu por sua aplicação também no caso em que o contribuinte pretende a exclusão do ICMS-Difal da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

3. Inexistência de precedentes colegiados do STF a afirmar ausência de repercussão geral e a natureza infraconstitucional da matéria ora controvertida.

4. Agravo interno desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão em que conheci em parte de seu recurso especial e, nessa extensão, neguei-lhe provimento, dada a inocorrência de vícios formais no acórdão recorrido e na natureza exclusivamente constitucional da matéria controvertida.

Sustenta a agravante, em essência, que a matéria controvertida teria natureza infraconstitucional. Isso porque, "não obstante a existência de diversas monocráticas dos Exmos. Ministros do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser a matéria de caráter constitucional, mister ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 1.382.230/RS, de Relatoria do Min. Roberto Barroso, DJE no

Documento eletrônico VDA38877454 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Gurgel de Faria Assinado em: 24/10/2023 12:52:46
Código de Controle do Documento: d9a07321-d171-404d-b108-ca774b738f61

30/06/2022, entendeu que a matéria possui natureza infraconstitucional, e aplicando o art. 1.033 do CPC/15, determinou a remessa do feito ao Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ fl. 338).

Impugnação às e-STJ fls. 343/349.

É o relatório.

VOTO

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a decisão combatida deve ser mantida.

O recurso especial tem origem em ação ordinária mediante a qual a parte objetiva o reconhecimento do direito de recolher a Contribuição ao PIS e a COFINS sem incluir em sua base de cálculo o ICMS e o ICMS-DIFAL, quando o referido imposto for recolhido pela impetrante na qualidade de remetente de mercadorias a consumidor final, não contribuinte de ICMS, situado em outros estados.

Pedidos julgados parcialmente procedentes, por sentença.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação do ente público e deu parcial provimento à apelação do autor. Destaco os fundamentos que deram suporte ao julgado recorrido, no que dizem respeito ao recurso especial em análise (e-STJ fls. 175/176):

> 2.2. Extensão do Tema 69 STF ao ICMS-DIFAL. O regime Diferencial de Alíquotas do ICMS (ICMS-DIFAL) foi instituído pela Emenda Constitucional 87/2015, incidindo em operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado. Encontra previsão no art. 155, § 2º, inc. VIII, "b", da Constituição, *in verbis*:
> (...)
> No caso dessas operações interestaduais, quando destinada a mercadoria a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, conforme o art. 155, § 2º, VII, da CF, aplica-se a alíquota interestadual, definida por Resolução do Senado, nos termos do art. 155, § 2º, IV, da Constituição. Mas, ao Estado do destinatário, caberá a diferença de alíquota entre a interestadual (menor) e a sua alíquota interna (maior). O recolhimento dessa diferença ficará sob a responsabilidade do destinatário, quando este for contribuinte do imposto, e sob a responsabilidade do remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, nos termos do inciso VIII acima transcrito.
> Assim, não importa se o destinatário é ou não contribuinte do imposto. A arrecadação será dividida entre o Estado de origem (alíquota interestadual) e o Estado de destino (diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do Estado de destino).
> Trata-se, portanto, de sistemática de arrecadação que busca equilibrar a cobrança do ICMS entre os diversos Estados. Todavia, ao fim e ao cabo, o diferencial de alíquota é recolhido pelo contribuinte aos cofres públicos. Ou seja, o ICMS-DIFAL não constitui imposto diverso, mas forma de cálculo

Documento eletrônico VDA38877454 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Gurgel de Faria Assinado em: 24/10/2023 12:52:46
Código de Controle do Documento: d9a07321-d171-404d-b108-ca774b738f61

> no caso de operações entre Estados quando o destinatário é consumidor final. Destarte, da mesma forma que o ICMS cobrado nas operações internas, também o ICMS cobrado sobre o diferencial de alíquotas é pago pelo contribuinte de fato, apenas transitando pela contabilidade da empresa até ser recolhido ao Estado. Por conseguinte, sobre tais valores não devem incidir a contribuição ao PIS e a COFINS, aplicando-se a decisão do STF no RE 574.706 (Tema 69).

Pois bem.

Conforme se constata, a questão foi resolvida com base em temática de estatura constitucional – no caso, possível extensão da *ratio decidendi* do Tema 69/STF ao caso dos autos: inclusão do ICMS-Difal na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS –, o que impede sua revisão em sede de recurso especial.

Nesse diapasão:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ALCANCE DO VALOR DO ICMS A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ACÓRDÃO LASTREADO EM MOTIVAÇÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPENSAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA.
> 1. Inviável o conhecimento do recurso especial pelo STJ, na medida em que a Corte local decidiu a causa com lastro em motivação eminentemente constitucional, louvando-se, para tanto, na *ratio* externada pela Suprema Corte no âmbito de recurso extraordinário julgado sob o regime da repercussão geral, a saber, RE 574.706 (Tema 69 - Rel. Ministra Cármen Lúcia, Pleno, DJU 2/12/2017).
> 2. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria inserta no art. 66 da Lei 8.383/91, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração, nem houve indicação no apelo raro de afronta ao art. 1.022 do CPC. Aplicação da Súmula 211/STJ.
> 3. Agravo interno não provido.
> (AgInt no REsp 1.881.027/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 02/12/2021).
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69/STF. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.973/2014. ACÓRDÃO DE ORIGEM FIRMADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO DA CONTROVÉRSIA NA VIA ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PROVIMENTO NEGADO.
> 1. Consoante orientação das Turmas integrantes da Primeira Seção, caberia ao próprio Supremo Tribunal Federal modular os efeitos do acórdão proferido no julgamento do RE 574.706/PR com repercussão geral, inclusive no que se refere à limitação relacionada à exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a partir de 31/12/2014, diante da mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014. Precedentes: AgInt nos EDcl no REsp 1.969.524/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/8/2022, DJe de 10/8/2022; AgInt no AREsp 1.770.399/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 12/5/2022; AgInt no AgInt no AREsp 1.693.753/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 12/11/2021.
> 2. Nesse cenário, considerando que os argumentos defendidos pela

Documento eletrônico VDA38877454 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Gurgel de Faria Assinado em: 24/10/2023 12:52:46
Código de Controle do Documento: d9a07321-d171-404d-b108-ca774b738f61

contribuinte dizem respeito à aplicação da tese originada de decisão do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, o conhecimento da matéria envolve, obrigatoriamente, o enfrentamento de matéria constitucional, medida inviável em recurso especial, sob pena de usurpação da competência da Suprema Corte prevista no art. 102 da CF, uma vez que a pretensão da contribuinte é de natureza eminentemente constitucional, referente à extensão dos efeitos da orientação firmada pelo STF por ocasião do julgamento, em repercussão geral, do RE 574.706/PR (Tema 69).
3. Agravo interno a que se nega provimento.
(AgInt no AREsp 1.539.770/RS, Rel. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2023, DJe 29/06/2023).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS. CAUSA DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTECONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO CONJUNTAMENTE COM O ESPECIAL, NA ORIGEM. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.032 DO CPC/2015. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.
II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora agravada, postulando o direito líquido e certo a não se submeter à sistemática de apuração do ICMS-DIFAL, relativamente às operações envolvendo bens do ativo permanente ou material de uso e consumo, destinadas a contribuintes do imposto estadual, bem como seu direito à restituição ou compensação dos valores recolhidos indevidamente, a este título.
III. O Tribunal de origem decidiu a causa com base em fundamento eminentemente constitucional - além da constitucionalidade do diferencial de alíquotas em operações interestaduais, a observância aos princípios da anterioridade plena e da anterioridade nonagesimal -, de modo que é inviável a apreciação da matéria, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do STF. Precedentes.
IV. Na hipótese dos autos, a ora agravante já interpôs Recurso Extraordinário, o que afasta a aplicação do art. 1.032 do CPC/2015, vigente à época da interposição do presente Recurso Especial. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.531.075/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/08/2016. Ainda: AgInt no AREsp 862.724/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/10/2016.
V. Agravo interno desprovido.
(AgInt no REsp 1.876.748/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/4/2022, DJe de 19/4/2022).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DE INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS NÃO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA PARA FINS DE DECOTE NA CDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.
1. Esta Corte já se manifestou acerca do cabimento de exceção de pre-executividade para discutir constitucionalidade de tributo. Contudo, não foi por contrariar essa assertiva que o acórdão recorrido não conheceu do pleito. O que ocorreu no caso dos autos foi o reconhecimento da impossibilidade de conhecimento da exceção de pré-executividade em razão da necessidade de dilação probatória a fim de corroborar o acolhimento do excesso de execução, eis que não demonstrado o recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS

Documento eletrônico VDA38877454 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Gurgel de Faria Assinado em: 24/10/2023 12:52:46
Código de Controle do Documento: d9a07321-d171-404d-b108-ca774b738f61

> nas competências exigidas com a inclusão do ICMS sobre as contribuições referidas, ou seja, não foi trazido aos autos os documentos necessários a evidenciar o acréscimo desarrazoado para análise de eventual nulidade do título que goza de presunção de liquidez e certeza.
> 2. É cediço nesta Corte que eventual reconhecimento de parcela inconstitucional de tributo incluída na CDA não invalida todo o título executivo (REsp 1.115.501/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC), permanecendo parcialmente exigível a parcela não eivada de vicio, não havendo sequer necessidade de emenda ou substituição da CDA. Em casos que tais, esta Corte tem autorizado o chamado "decote" na CDA, sobretudo em casos que demandam meros cálculos aritméticos.
> 3. Se até mesmo nos casos de embargos à execução fiscal tem sido exigida a memória de cálculos e demonstrativo do excesso de execução para fins de recebimento dos embargos (AgRg no REsp 1.453.745/MG, Primeira Turma, DJe 17/04/2015), quanto mais a exceção de pré-executividade deve ser instruída com prova pré-constituída do pagamento da parcela inconstitucional do tributo para fins de possibilitar o decote na CDA, o que não ocorreu na hipótese, conforme declinado pelo acórdão recorrido, não possível abrir prazo para juntada de tais documentos posteriormente, haja vista o descabimento de dilação probatória em sede de exceção de pre-executividade consoante orientação adotada no REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973.
> 4. Agravo interno não provido.
> (AgInt no REsp 1.704.550/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).

Vale registrar, ainda, que a decisão citada pela Fazenda Nacional em sua petição de agravo interno, referente ao RE 1.382.230/RS, de Relatoria do Min. Roberto Barroso, publicada no DJe de 30/06/2022, foi exarada monocraticamente e para solucionar aquele caso concreto, em que não teria sido a questão decidida sob o enfoque constitucional. Não está apta, portanto, a identificar a posição definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Na verdade, verifica-se, até o presente momento, a inexistência de precedentes colegiados do STF a afirmar ausência de repercussão geral e a natureza infraconstitucional da matéria ora controvertida.

Por último, deixo de aplicar a sanção prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 por não vislumbrar caráter manifestamente inadmissível ou improcedente no manejo do presente recurso.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

Documento eletrônico VDA38877454 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Gurgel de Faria Assinado em: 24/10/2023 12:52:46
Código de Controle do Documento: d9a07321-d171-404d-b108-ca774b738f61

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 2.047.176 / RS

Número Registro: 2023/0008598-0 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
50203264920214047100

Sessão Virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	: MARCOPECAS - SERVICOS E PECAS LTDA.
ADVOGADO	: GUILHERME ZANCHI - RS115013

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	: MARCOPECAS - SERVICOS E PECAS LTDA.
ADVOGADO	: GUILHERME ZANCHI - RS115013

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 14 de novembro de 2023

Documento eletrônico VDA39126017 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 14/11/2023 00:10:27
Código de Controle do Documento: cc37dc0d-01ef-4b7b-84fe-8f4a1aaf864b