

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.822.254 - SC (2019/0155145-2)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : J B PAES - INDUSTRIA E COMERCIO DE PORTAS EIRELI -
ME
ADVOGADOS : DANTE AGUIAR AREND E OUTRO(S) - SC014826
PEDRO HENRIQUE LUCHTENBERG - SC022790
ANDRÉ GUILHERME CORRENTE - SC046168

DECISÃO

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TESE CENTRAL FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL STF NO RE 574.706/PR (TEMA 69). DEFINIÇÃO SOBRE QUAL A PARCELA DO ICMS DEVE SER EXCLUÍDA DA BASE DE CÁLCULO DAS REFERIDAS CONTRIBUIÇÕES, SE A EFETIVAMENTE DEVIDA AOS ESTADOS, OU A DESTACADA NA NOTA FISCAL. TEMA APRECIADO SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL, CUJA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO É DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EX VI DO DISPOSTO NO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENTENDIMENTO CONSAGRADO PELOS INTEGRANTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. REJEIÇÃO DA INDICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA DEVIDO À AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento na alínea *a* do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. ENTENDIMENTO DO STF. RE 574.706/PR, SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 69 STF. LEI Nº 12.973/2014. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUSPENSÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESNECESSIDADE.

Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da

Superior Tribunal de Justiça

COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706), haja vista não consubstanciar receita.

Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98), inclusive no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo).

As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da COFINS e do PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706.

No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do quantum a ser recolhido aos cofres públicos. A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos (fls. 173/174).

2. Em seu Apelo Especial, a FAZENDA NACIONAL discorre sobre a contrariedade aos arts. 10, 11, 141, 192, 489, 490 do Código Fuz. Argumenta, em síntese, que o Tribunal de origem se omitiu sobre questões essenciais ao deslinde da controvérsia, além de extrapolar os limites da lide ao definir a parcela do ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS.

3. No mérito, indica violação dos arts. 13, §1o., I, 19 e 20 da Lei Complementar 87/1996, art. 1o. da Lei 10.637/2002, art. 1o. da 10.833/2002, art. 2o. da Lei 9.715/1998 e art. 2o. da Lei Complementar 70/1991, defendendo que o montante a excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS é a parcela de ICMS efetivamente devido ao Estado, e não o valor destacado da nota fiscal, que

Superior Tribunal de Justiça

constitui mera indicação para fins de controle.

4. Apresentadas as Contrarrazões (fls. 225/230), seguiu-se juízo negativo de admissibilidade recursal, motivo pelo qual foi interposto Agravo pela FAZENDA NACIONAL.

5. O feito foi recebido pela Comissão Gestora de Precedentes e, em razão da característica multitudinária da presente controvérsia, proveu-se o Agravo, determinando-se a sua conversão em Recurso Especial, o qual foi submetido a este Relator para manifestação a respeito da admissibilidade do presente recurso como representativo da controvérsia. Para tanto, foram qualificados como representativos de controvérsia também os Recursos Especiais 1.822.251/SC e 1.822.253/SC e 1.822.256/SC.

6. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador Geral da República ROGÉRIO DE PAIVA NAVARRO manifestou-se pelo não conhecimento do Recurso Especial e, por conseguinte, pela rejeição ao destaque como representativo da controvérsia.

7. É o relatório.

8. A análise do feito não permite acolher a sua afetação como representativo da controvérsia, por uma razão, que passo a expor.

9. De início, em relação ao índice de repetitividade da demanda, segundo informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do STJ, há pelo menos 29.000 processos aguardando o julgamento, sendo 800 em trâmite no STJ e outros 28.000 em tramitação nas cinco regiões da Justiça Federal.

10. Por outro lado, verifica-se que a tese selecionada pelo Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, decorre de julgamento proferido pelo STF no RE 574.706/PR (Tema 69), sob a sistemática da repercussão geral, no qual se firmou o

Superior Tribunal de Justiça

posicionamento de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS, sendo essencial definir qual parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo das referidas contribuições, se a efetivamente devida aos Estados, ou a destacada na nota fiscal.

11. Embora compreenda os fundamentos delineados pelo eminente Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, acerca da necessidade de afetação do tema até mesmo para que se estabeleça se esta Corte Superior possui competência para análise do tema, entendo, em uma análise preliminar, que o acórdão recorrido apreciou a questão sob enfoque eminentemente constitucional, tendo em vista que as alegações de validade do critério de liquidação integram o mérito da matéria decidida e analisada pelo STF no RE 574.706/PR, sendo vedado a esta Corte Superior pronunciar-se acerca dos limites que já foram ou que serão definidos em sede de repercussão geral, já que a competência de tal exame está jungida à Excelsa Corte, *ex vi* do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

12. Necessário registrar, também, que o tema acerca dos critérios de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins é objeto de Embargos de Declaração de iniciativa da Fazenda Nacional opostos no *leading case* da Corte Suprema, pendentes de apreciação.

13. A propósito, há inúmeros julgados dos integrantes da Primeira Seção do STJ consagrando entendimento de que *não cabe a este Superior Tribunal de Justiça emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional*. (AgREsp. 1.539.885/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES). Vejamos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA DECIDIDA, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, PELO STF. RE 574.706/PR (TEMA 69). PRETENDIDA DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO

Superior Tribunal de Justiça

JULGADO DO STF. DECISÃO SOBRE O JULGADO ABRANGER O ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS OU O ICMS ESCRITURAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A QUESTÃO SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, NA SEARA DO RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decism publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela parte ora recorrida, objetivando, em síntese, a exclusão do valor do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a maior, a tal título.

III. O Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, afirmou que "o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 574.706/PR com repercussão geral reconhecida, firmou a orientação de que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS)", e, interpretando o aludido julgado do STF, firmado sob o regime da repercussão geral, dele extraiu a exegese, sob o enfoque constitucional, de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é aquele destacado nas notas fiscais, concluindo, assim, que o acórdão recorrido não desbordara da tese jurídica firmada pela Suprema Corte.

IV. Muito embora a alegação do Recurso Especial seja de contrariedade a dispositivos infraconstitucionais, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamentos eminentemente constitucionais. Nesse contexto, inviável a análise da questão, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Em casos análogos, os seguintes precedentes desta Corte: AgInt no REsp 1.562.910/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/06/2016; AgRg no REsp 1.130.647/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 27/05/2014; AgRg no AREsp 145.316/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/04/2013; AgRg no AREsp 35.288/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,

Superior Tribunal de Justiça

DJe de 17/10/2011.

V. Em hipótese idêntica à dos presentes autos, a Segunda Turma do STJ concluiu que "a Corte de origem apenas aplicou o precedente ao caso concreto, interpretando-o consoante a sua compreensão dos parâmetros constitucionais eleitos pelo Supremo Tribunal Federal. À toda evidência, a Corte de Origem pode fazê-lo, já que não tem impedimento algum para exame de matéria constitucional. Já este Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, segue lógica outra: não cabe a esta Corte emitir juízo a respeito dos limites do que foi julgado no precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, colocando novas balizas em tema de ordem Constitucional. Nesse sentido: EDcl no REsp. n. 1.191.640 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.05.2019)", mesmo porque "o precedente RE n. 574.706 RG / PR (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 15/03/2017) foi atacado por embargos de declaração Fazendários que restam ainda pendentes de julgamento onde foram levantados vários temas essenciais para o efetivo cumprimento do precedente, notadamente a questão que é objeto do presente processo (se o ICMS a ser excluído é o destacado das notas fiscais de saída das mercadorias ou o ICMS escritural a recolher) e a necessidade de modulação de efeitos tendo em vista a alteração em jurisprudência antiga e sedimentada com fortes impactos arrecadatórios" (STJ, AgInt no AREsp 1.506.713/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/09/2019).

VI. Agravo interno improvido (AgInt no AgInt no AREsp. 1.539.913/RS, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 12.12.2019).

✧ ✧ ✧

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE DECISÃO SOBRE AFETAÇÃO DO TEMA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

Superior Tribunal de Justiça

1. Não tendo sido apreciada pelo relator a proposta de afetação dos REsp. 1.822.251/PR, 1.822.253/SC, 1.822.254/SC e 1.822.256/RS, como representativos de controvérsia, não há que se falar em suspensão do feito, nos termos do que dispõe o art. 256-E do RISTJ. Além do que, não houve apreciação do mérito do recurso especial na hipótese, visto que, nessa parte, o feito sequer foi conhecido, tendo em vista o enfoque eminentemente constitucional da matéria. Precedentes: AgInt no AREsp 1.514.207/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2019; AgInt no AREsp 1.508.155, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, publicação pendente.

2. A existência de precedente firmado pelo Plenário do STF em julgamento de recurso com repercussão geral, de caráter vinculante e obrigatório, autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, não tendo que se falar em sobrestamento do presente feito ao argumento de eventual possibilidade de modulação de efeitos, em sede de embargos de declaração. Precedentes: RE 1.006.958 AgR-ED-ED, Segunda Turma, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 18/9/2017; ARE 909.527/RS-AgR, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 30/5/2016; AgInt no RE nos EDcl no REsp 1.214.431/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 22/8/2018; AgInt no AREsp 432.295/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22/5/2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20/8/2018; AgRg no REsp 1.574.030/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2019.

3. Afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

4. Na hipótese, tem-se que o acórdão do Tribunal de origem está fundamentado exclusivamente na interpretação dada pelo STF sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Dessa feita, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal a quo, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Superior Tribunal de Justiça

5. Por fim, verifica-se que o STJ tem entendido que a interpretação do conceito de faturamento para fins de incidência da contribuição ao PIS e à Cofins é matéria eminentemente constitucional, que foge à sua competência do âmbito do Recurso Especial. Precedentes: AgInt no REsp 1.435.966/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, Dje 16/2/2018; AgInt no Resp 1.668.205/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje 4/6/2019.

6. Agravo interno não provido (AgInt no REsp. 1.840.083/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.11.2019).

✧ ✧ ✧

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA SUPREMA CORTE. INVIABILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NA ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PARCELA DO IMPOSTO A SER EXCLUÍDA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Na esteira da jurisprudência da própria Suprema Corte, as instâncias ordinárias devem implementar de imediato as teses firmadas em repercussão geral, independentemente da pendência de julgamento de declaratórios. Especialmente em situações como a do presente feito, em que não houve determinação pelo STF de suspensão da marcha processual.

2. O Colegiado regional prestou, de forma fundamentada, a jurisdição que lhe foi postulada. Sendo assim, não há falar em omissão. O fato de o Tribunal a quo haver decidido a lide de forma contrária à defendida pela parte recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ela propostos, não configura nenhum dos vícios de embargabilidade descritos na norma legal.

3. A controvérsia, a envolver a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, foi travada na origem com enfoque eminentemente constitucional, sobretudo porque calcada na aplicação e interpretação do alcance do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral. Inviável, ainda, em recurso especial, balizar o decidido pela Corte Suprema, como pretendido pela agravante.

Superior Tribunal de Justiça

Precedentes.

4. *Agravo interno a que se nega provimento* (AgInt no AREsp. 1.550.313/RS, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 22.11.2019).

14. Assim sendo, não há razão para que se afete o presente recurso como representativo da controvérsia.

15. Compete ao relator rejeitar, de forma fundamentada, a indicação do Recurso Especial como representativo da controvérsia devido à ausência dos pressupostos recursais genéricos ou específicos e ao não cumprimento dos requisitos regimentais, observado o disposto no art. 256-F do RISTJ.

16. Por todo o exposto, não admito o presente Recurso Especial como representativo da controvérsia, sem antecipar qualquer juízo quanto ao mérito do Recurso Especial apresentado pela parte recorrente.

17. Comunique-se a presente decisão ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes.

18. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR