

**0812580-81.2020.4.05.8300****SENTENÇA****Vistos etc.****I - RELATÓRIO**

... (CNPJ n.º ...) ajuizou a presente demanda em desfavor da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) objetivando, em suma, a exclusão do ICMS e ICMS-ST na base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS), requerendo a compensação do indébito dos últimos 05 (cinco) anos.

Para tanto, sustentou, em suma, que os valores percebidos a título de ICMS, quando da venda dos seus produtos, não constituem receita bruta ou faturamento da empresa, base de cálculo das citadas contribuições, mas, tão-somente, simples fluxo de caixa (4058300.15420146).

Juntou documentos.

Em sua contestação, a parte demandada suscitou, em preliminar, necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento dos embargos de declaração manejados nos autos do RE 574.706. Na matéria de fundo, alegou, em resumo, impossibilidade de transposição do quanto decidido no Tema 69 ao ICMS-ST, bem como impossibilidade de exclusão do ICMS-ST, por ser recolhido pelo substituto tributário e devidamente incluído da base de cálculo de PIS/COFINS, na forma da lei de regência (4058300.15652910).

Houve réplica (4058300.15838986).

Sucinto relatório, decidido.

**II - FUNDAMENTAÇÃO**

Não há de se falar em sobrestamento, mormente em face da existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a matéria sob exame, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma<sup>[1]</sup>.

Sobre o tema:

*"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO.*

*EXISTÊNCIA. 1. Embargos de declaração opostos pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) e pela contribuinte contra acórdão desta Segunda Turma que aplicou, em juízo de retratação, a tese firmada pelo STF no RE 574.706/PR. 2. No tocante ao recurso do particular, registre-se ser possível a compensação do PIS/COFINS (contribuições sobre faturamento) com os tributos administrados pela RFB, na forma do artigo 74 da Lei 9.430/1996. (TRF5, 2<sup>a</sup> T., Processo 0800283-98.2018.4.05.8401, relator Desembargador Federal Leonardo Carvalho, julgamento: 02/04/2019). 3. Há de ser observada a regra contida no art. 170-A do CTN, que dispõe ser vedada a compensação tributária antes do trânsito em julgado da sentença. E nem poderia ser de outra forma. Afinal, não se mostra plausível a compensação de valores que estão sendo alvo de*

discussão judicial. Também nesse sentido é o art. 74 da Lei nº 9.430/1996, seja na sua redação original seja na atual, dada pela Lei nº 10.637/2002. 4. A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) indicou a ocorrência de omissões no julgado, considerando que não se pronunciou acerca da necessidade de que haja exclusão da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS apenas do quantitativo relacionado ao ICMS efetivamente pago. Afirmou que o acórdão recorrido não levou em conta que a decisão do STF ao qual o acórdão embargado faz alusão (RE 574.706/PR), ainda não foi publicada, o que, em termos objetivos, constitui óbice à sua aplicação aos processos em andamento que tratem da matéria, nos termos do art. 1.040 do CPC/15, aduzindo, ainda, que, em face da não prolação de decisão no tocante à modulação, à pendência de publicação, à ausência de encerramento do processo, eis que poderá interpor embargos de declaração, com consequente decisão definitiva no âmbito do STF e ao cabimento de recurso frente à decisão a que se refere, o sobrerestamento do presente feito é medida que se impõe. Indicou, ainda, outras omissões, dessa feita aludindo à ausência de manifestação acerca de outras argumentações sustentadas no recurso original, as quais, conforme defendeu, são aptas a alterar o resultado do julgamento, eis que demonstram que pouco importa qual a natureza do custo que compõe o valor da mercadoria vendida ou do serviço prestado, pois todos os custos comporão esse valor, e esse valor é justamente aquele que deve ser considerado como a base de cálculo da COFINS e do PIS, porquanto a mesma foi definida pelo legislador como sendo a receita bruta. Apontou, também, omissão quanto à vigência da Lei nº 12.973/2014, que deu nova configuração ao conceito de receita bruta, de modo a legitimar a inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Aduziu, ainda, a ocorrência de omissão em relação à forma de compensação de eventual recolhimento indevido, por não observar o novo tratamento dado pela Lei nº 13.670/2018, bem como a impossibilidade de se proceder à compensação com as contribuições referidas no art. 11, parágrafo único, "a", "b" e "c" da Lei 8.212/91, conforme expressa disposição do art. 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007. 5. Os embargos de declaração caracterizam-se como recurso de fundamentação vinculada, tendo cabimento apenas para esclarecer qualquer espécie de decisão obscura ou contraditória, corrigir as eivadas de erro material ou integralizar aquelas omissas (Art. 1.022 do CPC). 6. A leitura atenta dos termos do recurso interposto autoriza a conclusão segundo a qual aquilo que a recorrente aponta como omissão em verdade representa discordância com a interpretação dada por esta Turma acerca da impossibilidade de os valores do ICMS serem incluídos nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que não ingressam efetivamente no patrimônio do contribuinte, eis que são repassados, integrando-se à receita dos respectivos entes federativos. 7. A referida postura interpretativa se ajusta perfeitamente ao entendimento consolidado no STF, quando do julgamento do RE 574.706/PR, segundo o qual é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a fixação da seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". 8. Em relação ao que prescreve a Lei nº 12.973/2014 quanto à abrangência do conceito de receita bruta, o recurso não merece prosperar, pois há de prevalecer a tese firmada pelo STF no referido RE 574.706/PR, sendo irrelevante alteração legislativa superveniente, no que toca ao conceito de receita bruta. 9. Melhor sorte não assiste à união no que se refere à alegada necessidade de aguardar decisão nos embargos de declaração interpostos contra o julgamento do RE 574.706/PR, bem como do pedido de modulação dos efeitos da decisão. Tal diretiva se baseia na patente ausência de omissão. 10. Quanto à necessidade de que haja exclusão da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS apenas do quantitativo relacionado ao ICMS efetivamente pago, mais uma vez o recurso não procede, considerando que esse tema constitui rediscussão do mérito da lide. 11. Acresça-se, ainda, que a restituição/compensação oriunda do julgamento do RE 574.706/PR dar-se-á sobre valores que

indevidamente constituíram a base de cálculo do PIS e da COFINS, em nada se referindo ao ICMS efetivamente recolhido. Ou seja, considerando o redimensionamento do critério quantitativo do PIS e da COFINS, que sobreveio do julgamento definitivo do RE 574.706/PR, o que deverá ser objeto de restituição/compensação não é o valor do ICMS recolhido, e sim o valor indevidamente computado na base de cálculo das referidas contribuições. 12. Nessa ordem de raciocínio, observa-se que no voto que instaurou a dissidência no multicitado RE 574.706/PR, o Min. EDSON FACHIN foi expresso ao consignar que "o faturamento, espécie do gênero receita bruta, engloba a totalidade do valor auferido com a venda de mercadorias e a prestação de serviços, inclusive o quantum de ICMS destacado na nota fiscal". 13. Por sua vez, no voto do Min. GILMAR MENDES, que anuiu à dissidência, consta que "[O] problema reside, assim, em saber se o ICMS destacado nas notas fiscais de vendas de mercadorias ou serviços integra o conceito de faturamento, para fins de cobrança do PIS e da COFINS." 14. Disso resulta que o valor do ICMS indevidamente computado na base de cálculo do PIS e da COFINS corresponde àquele destacado na nota fiscal, sendo de rigor que essa quantia respectiva represente a parcela a ser excluída, de modo a dar efetividade à tese acolhida no RE 574.706/PR. 15. Em relação à não observância do novo tratamento dado ao tema compensação pela Lei nº 13.670/2018, bem como à impossibilidade de se proceder à compensação com as contribuições referidas no art. 11, parágrafo único, "a", "b" e "c" da Lei 8.212/91, conforme expressa disposição do art. 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007, ressalta-se que essas matérias não foram apreciadas no julgamento recorrido, sendo de rigor a abordagem desse tema. 16. No que concerne à compensação, ressalta-se que o disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96 não se aplica apenas em relação às contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, bem como às contribuições devidas a terceiros, mercê do que prescreve o art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018. 17. De se ver, portanto, que as contribuições sociais das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro, não se encontram abrangidas pela norma que restringe a aplicação do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Assim, como o PIS e a COFINS são contribuições sobre faturamento, é de rigor a obediência aos termos da autorização expressa no art. 74 da Lei nº 9.430/96 na compensação dos valores indevidamente recolhidos. 18. Embargos de declaração do particular parcialmente providos, para garantir o seu direito subjetivo à compensação do indébito do PIS-COFINS com tributos vencidos e vincendos administrados pela Receita Federal. 19. Embargos declaratórios da Fazenda Nacional parcialmente providos, para suprir o vício apontado (item 15) sem lhes atribuir, no entanto, efeitos infringentes". (APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 27490/04 2007.83.00.005808-2/04,

Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data :30/10/2019 - Página::39.)

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ISS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO AO RE 574.706/PR. 1. Os autos retornam da Vice-Presidência desta Corte, para fins de exercício de juízo de sustentação ou retratação. 2. No RE 574.706/PR, julgado sob o regime do art. 1.036 do CPC, o Plenário do STF assentou que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, tendo em vista que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, mas apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. (Notícias STF, 15/03/2017). 3. O STF reconheceu a existência de repercussão geral o RE 592.616/PR, cujo relator é o Ministro CELSO DE MELLO (relativo à inclusão do ISS na base de

cálculo do PIS e da COFINS), ainda pendente de julgamento. Embora a referida repercussão geral encontre-se aguardando julgamento, a questão de fundo, tratada no RE 592.616/PR, é a mesma presente nos pleitos de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo vero que a discussão em tudo se assemelha: se o ISS (e o ICMS) compõe ou não o preço (da mercadoria) do serviço (receita bruta/faturamento). Por conseguinte, a similaridade das discussões recomenda soluções semelhantes, razão pela qual, a despeito do posicionamento do STJ em sentido contrário, tenho que a questão da inclusão/exclusão do ISS na base de cálculo das referidas contribuições deve, por analogia, seguir o mesmo raciocínio lógico dispensado ao ICMS. 4. "A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma" (RE 606171 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/02/2017, publ. em 03/03/2017). Não há que se falar, portanto, em suspensão do processo para aguardar o julgamento final do RE 574.706/PR. 5. Reconhece-se o direito da parte autora de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS e ao ISS, assegurandose-lhe o direito à compensação, na via administrativa, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN, não provido o recurso neste ponto), dos valores pagos a maior a esse título, atualizados pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal (e não decenal, como pleiteado pela autora). 6. A compensação far-se-á com quaisquer tributos administrados pela SRFB, uma vez que as contribuições em apreço não estão abrangidas pela restrição contida no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/07, em sua redação anterior, que limitava a aplicabilidade do art. 74 da Lei nº 9.430/96 apenas às contribuições previdenciárias mencionadas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, nada dispondo sobre às contribuições incidentes sobre o faturamento e lucro (alínea d), caso do PIS e da COFINS. 7. Exerce-se o juízo de retração para, nos termos do art. 1.030, II, do CPC, dar parcial provimento à apelação". (AC - Apelação Civil 459052 2008.81.00.002797-8, Desembargador Federal Roberto Machado, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::31/05/2019 - Página::16.)

Mais a mais, não houve determinação nesse sentido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 574.706, pelo que possível que os feitos relacionados ao tema sejam julgados.

Na matéria de fundo, como é cediço, a COFINS e a contribuição para o PIS têm como base de cálculo a receita ou faturamento do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada, *ex vi* do art. 195, I, 'b', e art. 239 da CF/88. O art. 195, I, 'b', da Carta Magna de 1988, com a redação alterada pela EC nº 20/98, assegurou o financiamento da Seguridade Social por meio de contribuições cobradas do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a receita ou faturamento.

Por sua vez, o ICMS possui como hipóteses de incidência a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, integrando o preço de tais mercadorias e serviços.

Nesse passo, embora os encargos tributários sejam incluídos no valor final do serviço e repassados ao consumidor, não integram esses a receita bruta e o faturamento da empresa, devendo ser excluídos do cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, que têm, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo.

Idêntica é a conclusão em relação à exclusão do ICMS-ST (devido por substituição tributária) da base de cálculo de tais contribuições, porque impedir tal exclusão implicaria em estabelecer tratamento desigual em relação aos contribuintes cujas aquisições se sujeitam à substituição tributária e aqueles que são responsáveis pelo pagamento de seu próprio ICMS.

O regime da substituição tributária "para frente" ou progressiva, que se fundamenta no artigo 150, § 7.º, da Constituição Federal, representa técnica de apuração e pagamento pela qual, nos dizeres constitucionais, a lei atribui "a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido."

Cuida-se, assim, de técnica escolhida para facilitar a fiscalização dos recolhimentos. De tal modo, o contribuinte substituto (importador/ fabricante/ fornecedor vendedor), além de recolher o próprio ICMS devido sobre a operação da venda da mercadoria, recolhe também, antecipadamente e sobre uma base de cálculo presumida considerando a margem de valor agregado do produto, geralmente estabelecida por cada Estado, o ICMS que será devido pelo adquirente do produto (contribuinte substituído/ revendedor) quando este vier a revender a mercadoria ao consumidor final. Assim, ao adquirir a mercadoria para revenda, o contribuinte substituído reembolsa ao substituto o valor pago por este, antecipadamente, a título de ICMS-ST. Sendo assim, os valores referentes ao ICMS-ST reembolsados pelo substituído ao substituto, da mesma forma que o ICMS recolhido fora do regime de substituição, não representam receita ou faturamento, mas encargo incidente na venda ou revenda da mercadoria ao consumidor final.

Destaco, por fim, que a reabertura da discussão sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ora em debate no âmbito do STF encontrou seu desfecho no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, no qual terminou por ser acolhida a tese defendida pelos contribuintes, conforme se depreende do julgado a seguir:

*"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento. (RE 240785, MARCO AURÉLIO, STF.)".*

Ademais, cumpre ressaltar que o entendimento ora firmado pela Corte Constitucional vem sendo agasalhado por parte dos Tribunais Pátrios:

*"EMENTA REMESSA OFICIAL. PROCESSO CIVIL. PIS E COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS e ISS NA BASE DE CÁLCULO. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA. - Inicialmente, no que toca ao pedido de sobrerestamento pela UF, observo que se afigura desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão proferido no RE nº 574.706 para a aplicação do entendimento sedimentado, visto que a publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53), supre tal providência, conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Além disso, eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Matéria preliminar rejeitada, entendimento que não é alterado pelas questões relativas ao artigo 1.040*

*pelos motivos indicados. Ademais, saliente-se que, em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de tutela provisória na Reclamação n. 30.996/São Paulo (em 09.08.2018), o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello decidiu nos seguintes termos: Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX - ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER - RE 611.683-AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI - RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI).*

*- A controvérsia está em determinar se é devida a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, questão que deve ser analisada sob o enfoque da Constituição Federal, independentemente da previsão contida na legislação infraconstitucional. - A matéria já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574706, o qual, por maioria e nos termos do voto da Relatora, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017. - É cediço que a natureza do ISS (tributo indireto) e sua estrutura fazem com que ele componha o preço da operação. No entanto, conforme exposto, o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza que decorre do negócio, na qual um ônus fiscal não pode estar incluído. Preço é conceito que não se confunde com o de faturamento, cuja definição deve ser extraída da interpretação sistemática da Constituição, âmbito no qual carece de sentido a tributação sobre tributo, sob pena de violação aos princípios basilares do sistema tributário, especialmente o da capacidade contributiva. O valor da operação pago pelo consumidor não se presta como alicerce para a construção do conceito constitucional de faturamento que, conforme explicitado, está vinculado à expressão econômica auferida pela realização da atividade da empresa, em que não se inclui a produção de impostos. A esse respeito, transcrevo trecho do voto do Ministro Cesar Peluso no RE 346.084/PR: Sr. Presidente, gostaria de enfatizar meu ponto de vista, para que não fique nenhuma dúvida ao propósito. Quando me referi ao conceito construído sobretudo no RE 150.755, sob a expressão receita bruta de venda de mercadorias e prestação de serviço, quis significar que tal conceito está ligado à ideia de produto do exercício de atividades empresariais típicas, ou seja, que nessa expressão se inclui todo incremento patrimonial resultante do exercício de atividades empresariais típicas. - Em relação às Súmulas n.º 264/TFR, n.º 68/STJ e n.º 94/STJ, necessário esclarecer que o posicionamento firmado naqueles enunciados decorreu essencialmente do fundamento de que o imposto estadual inclui-se no preço da transação e, consequentemente, condiz com o conceito de faturamento, conclusão que não pode prosperar diante da já exposta diferenciação entre os dois institutos abordados. - Não procede a afirmação de que a exação municipal é um custo repassado no preço do serviço. O ISS é um imposto que compõe o preço da operação, porém, a circunstância de ser cobrado do comprador não lhe altera a natureza de tributo, característica, aliás, impassível de ser adulterada por maior que seja o esforço argumentativo utilizado. Pretender lhe conferir qualidade diversa é supor que o exercício intelectual possa modificar a própria realidade. O fato de o valor do ISS ser distingível na fatura ou nota fiscal apenas explicita a sua condição de ônus fiscal, perfeitamente destacável da base de cálculo das contribuições sociais, raciocínio que se justifica a fim de respeitar as limitações ao poder arrecadatório e garantir a coerência do sistema. - Destarte, entendo que a base de cálculo do PIS e da COFINS não pode extrapolar o montante percebido pela pessoa jurídica com a atividade econômica e, sob qualquer ângulo que se examine a questão, inviável o enquadramento*

*do ISS naquele conceito, razão porque deve ser excluída a parcela relativa ao imposto municipal da incidência das contribuições sociais em debate. Não há que se falar, ainda, em violação aos artigos 150 da Constituição, 111 do CTN ou interpretação extensiva das deduções previstas nas Leis Complementares 07/70 e 70/91, uma vez que não se trata de outorgar isenção, mas de reconhecer a não subsunção do presente caso na hipótese legal de incidência do ISS. - Com relação à Lei n. 12.973/14, especificamente no que concerne às contribuições para o PIS e à COFINS e ao contrário do que sustenta a União, tal diploma normativo apenas manteve a expressão total das receitas auferidas (artigos 54 e 55 - para a sistemática da não cumulatividade), bem como especificou as receitas compreendidas na definição de receita bruta (artigo 2º, o qual alterou o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77 - para a sistemática da cumulatividade). - No entanto, apesar de a mencionada lei incluir o § 5º ao artigo 12 deste decreto-lei, entendo que o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE n. 574.706 encerrou tal discussão ao considerar expressamente neste julgado as alterações concernentes ao tema trazidas pela Lei 12.973/2014. Portanto, em respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, se a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins foi declarada inconstitucional de forma legítima e pelo órgão competente para tanto, descabido o argumento da apelante no que toca a este dispositivo, conforme se comprova ao se analisar o inteiro teor do acórdão citado. - Um outro ponto que merece ponderação é o de que esse mesmo diploma normativo determina o que pode ser considerado como receita líquida (receita bruta diminuída dos valores relativos a devoluções e vendas canceladas, descontos concedidos incondicionalmente, tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações vinculadas à receita bruta). Em outras palavras, tem-se que apenas no cálculo da receita líquida é que foi expressamente mencionada a hipótese de desconto de tributos sobre ela incidentes. Porém, o fato de a técnica legislativa ter-se valido da exclusão de tributos somente ao se referir à receita líquida (artigo 12, § 1º, do Decreto-Lei n. 1598/77) não significa automaticamente que esses devam ser incluídos na receita bruta (artigo 12, caput, do Decreto-Lei n. 1598/77), uma vez que, se assim fosse, estar-se-ia diante de um raciocínio interpretativo tão somente dedutivo, porém em relação a algo que somente por lei poderia ser estabelecido, qual seja, a especificação da base de cálculo de um tributo, nos termos do princípio da legalidade (artigo 150, inciso I, da CF/88) e do artigo 44 do CTN. - A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005". - A questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança já foi objeto de análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), o qual concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. - Deve ser aplicada a*

*Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda, as quais estabelecem que a compensação dar-se-á com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 8.112/91. (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). Quanto ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF, representativos da controvérsia, os quais foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, o qual fixou a orientação no sentido de que aquele dispositivo deve ser aplicado tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. O mandamus foi impetrado em 2017, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. - Correção monetária do indébito. Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal (AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012). No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no Recurso Especial n.º 1.111.175/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009). - Apelação da União desprovida. Remessa oficial parcialmente provida para determinar que a compensação seja efetivada com as limitações impostas". (ApReeNec 5003613-58.2017.4.03.6100, Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA MARTINS, TRF3 - 4ª Turma, Intimação via sistema DATA: 12/03/2020.)*

**"EMENTA TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. RE 574.706. INCLUSÃO DO ICMS/ICMS-ST NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA E APPELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS. APPELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDA.** 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro. 3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta. 4. No sedimentar desta Terceira Turma o entendimento de que o ICMS destacado na nota fiscal é a parcela a ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, torna-se sem relevância a análise do tipo de sujeição passiva (como próprio contribuinte em cadeia cumulativa ou não-cumulativa, substituto ou substituído), pois, repita-se, o

valor destacado na nota fiscal a título de ICMS se desnatura do conceito de receita e, portanto, não compõe a base de cálculo. Assim, não há relevância se ocorrer a efetivo recolhimento do ICMS, pois a parcela indicada na nota fiscal como tributo recolhido, em nenhuma das fases da cadeia poderá sofrer a incidência das contribuições federais em discussão nos presentes autos, inclusive nos casos de ICMS decorrente da substituição tributária - ICMS-ST. 5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS/ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação. 6. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. 7. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. 8. Como o presente mandamus foi impetrado após a entrada em vigor da Lei nº 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei nº 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei nº 13.670/2018. 9. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, 11. Remessa oficial e apelação da União desprovidas. Apelação da parte impetrante provida.

#### (APELAÇÃO / REMESSA

NECESSÁRIA ..SIGLA\_CLASSE: ApelRemNec 5010931-24.2019.4.03.6100

..PROCESSO\_ANTIGO: ..PROCESSO\_ANTIGO\_FORMATADO; ..RELATORC:, TRF3 - 3<sup>a</sup>

Turma, Intimação via sistema DATA: 09/09/2020 ..FONTE\_PUBLICACAO1:

..FONTE\_PUBLICACAO2: ..FONTE\_PUBLICACAO3:..)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS. 1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral). 2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015. 3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema. 4. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do

*contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente. 5. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos - artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995). 6. Cabe acrescer que, em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei nº 11.457/2007. 7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº. 1365095/SP e nº. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019). 8. Apelação da União e remessa oficial não providas. (ApReeNec nº 5010990-31.2018.4.03.6105; Rel. Des. Fed. Cecília Maria Piedra Marcondes; TRF3; Terceira Turma, Julgamento em 26/02/2020; Intimação via sistema: 03/03/2020).*

**TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ICMS-ST NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E A COFINS. IMPOSSIBILIDADE. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL.** 1. O ponto principal do debate jurídico trazido neste recurso de apelação diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS e do ICMS-ST na base de cálculo da contribuição ao PIS e a COFINS. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 574.706/PR decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS. Ao finalizar o julgamento do recurso com repercussão geral reconhecida, os Ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social. 3. A arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição Federal, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao Fisco estadual. 4. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação ao ICMS-Substituição (ICMS-ST). O ICMS-ST é tributo recuperável, visto que é embutido no preço praticado pelo contribuinte substituído quando da revenda do produto ao consumidor final. Assim, analisada a operação de venda ao consumidor final, resta evidente a necessidade de se dar ao ICMS-ST o mesmo tratamento conferido ao ICMS destacado na nota fiscal fora do regime de substituição tributária. Em ambos os casos o valor relativo ao imposto estadual constitui ônus fiscal que não integra o patrimônio do contribuinte substituído. Não se trata, pois, de receita ou faturamento do contribuinte (substituído), ainda que tenha sido embutido no preço da mercadoria. 5. Necessidade de que se aguarde eventual modulação dos efeitos afastada. Mostra-se inviável continuar sujeitando o contribuinte ao recolhimento de tributo com base de cálculo já declarada

*inconstitucional e que lhe impõe uma onerosidade excessiva. Devem ser privilegiados, portanto, os princípios da efetividade, da celeridade, da segurança jurídica e da força normativa da Constituição Federal. 6. Desprovida a remessa necessária e o recurso de apelação interposto pela UNIÃO". (APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0022512-21.2017.4.02.5001, THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO, TRF2 - 3ª TURMA ESPECIALIZADA..ORGÃO\_JULGADOR:.)*

*..EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E À COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST) RECOLHIDO EM OPERAÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Segunda Turma do STJ firmou entendimento de que, "não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003" (REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 2/6/2016, DJe 28/6/2016). 2. A situação fática delineada pela própria agravante leva a compreender que sobre os valores despendidos a título de ICMS-ST não incidiram o PIS nem a COFINS. O fato de a sistemática não cumulativa do PIS e da COFINS não se adequar com exatidão àquela metodologia adotada no creditamento de IPI e ICMS não autoriza fechar os olhos para situações em que nas operações anteriores não tenha havido incidência tributária e, mesmo assim, admitir creditamento fictício não previsto em lei. 3. Agravo interno a que se nega provimento. ..EMEN: " (AIRESP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1417857 2013.03.76819-3, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/09/2017 ..DTPB:.)*

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 1.035, § 11, DO CPC. PRESCRIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E PARA A COFINS. ART. 195, I, DA CF/88. COMPENSAÇÃO. 1. A via processual eleita é adequada, pois resta consolidado o entendimento segundo o qual: O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula nº 213/STJ). 2. É assente na jurisprudência desta Corte que para mera discussão judicial sobre possível repetição de tributos dispensa-se prova dos recolhimentos, que se fará, se o caso, quando das eventuais compensação (na esfera administrativa, sob o crivo da Administração) ou restituição (na liquidação da sentença) (AC 2002.34.00.000166-5/DF, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (Conv.), Sétima Turma, e-DJF1 p.291 de 11/04/2008) (AC 2009.36.00.010069-0/MT, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, e-DJF1 de 05/04/2013). 3. Prescreve o art. 1.035, § 11, do CPC que: A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão, restando afastados os argumentos de que os efeitos da repercussão geral só poderão ocorrer após o trânsito em julgado do arresto, devendo ser observado também o disposto nos incisos II e III do art. 1.040 do CPC. (Súmula 213/STJ). 4. O Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento com aplicação do art. 543-B do Código de Processo Civil de*

*1973 (repercussão geral) (RE 566.621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, trânsito em julgado em 17/11/2011, publicado em 27/02/2012), declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, decidindo pela aplicação da prescrição quinquenal para as ações de repetição de indébito ajuizadas a partir de 09/06/2005. 5. O egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, também reconheceu que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. 6. No voto condutor, da lavra do Exmº*

*Sr. Ministro Marco Aurélio, foi delimitado que: Por tais razões, conheço deste recurso extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão proferido pela Corte de origem, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação declaratória intentada, assentando que não se inclui na base de cálculo da contribuição, considerando o faturamento, o valor correspondente ao ICMS (RE 240.785, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 16/12/2014). 7. No mesmo sentido é o entendimento firmado por este egrégio Tribunal: A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS viola o artigo 195, I, b, da Constituição Federal (STF, RE 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.12.2014). 2. `Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS (AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Ministra Regina Helena Costa,*

*STJ, Primeira Turma, DJe 07/04/2015). [...] (EIAc 0021766-85.2007.4.01.3400/DF, Relator Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, Quarta Seção, e-DJF1 de 21/05/2015). 8. Ademais, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito do art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, reafirmou que: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins (RE 574.706/PR, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Plenário, DJe de 15/03/2017). 9. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, mutatis mutandis, firmou entendimento no sentido de que: [...] não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º, da Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003. [...] Sendo assim, o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, [...] já que o princípio da não cumulatividade pressupõe o pagamento do tributo na etapa econômica anterior, ou seja, pressupõe a cumulatividade (ou a incidência em `cascata) das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS (AgInt no REsp 162.814-2/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/03/2017). 10. Este egrégio Tribunal reconhece que: Com base na expressa orientação firmada pelo STF, a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado (AC*

*0066955-35.2016.4.01.3800, Desembargadora Federal Ângela Catão, Sétima Turma, e-DJF1 de 16/08/2019) 11. Assim, deve ser observado o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos 05 (cinco) anos anteriores à propositura da ação e os seguintes tópicos: a) a disposição contida no art. 170-A do CTN (introduzida pela Lei Complementar nº 104/2001), a qual determina que a compensação somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão; b) após o advento da Lei nº 10.637/2002, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados (REsp 113.773-8/SP recursos repetitivos, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010); c) aplicação da Taxa Selic a partir de 01/01/1996, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995). 12. Apelação e remessa oficial não providas". (AMS 1003441-86.2019.4.01.3800, DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSES, TRF1 - SÉTIMA TURMA, PJe 07/08/2020 PAG.)*

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 1.035, § 11, DO CPC. PRESCRIÇÃO. EXCLUSÃO**

**DO ICMS E DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E PARA**

**A COFINS. ART. 195, I, DA CF/88. COMPENSAÇÃO.** 1. Prescreve o art. 1.035, § 11, do CPC que: A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão, restando afastados os argumentos de que os efeitos da repercussão geral só poderão ocorrer após o trânsito em julgado do julgado do julgado, devendo ser observado também o disposto nos incisos II e III do art. 1.040 do CPC (Súmula nº 213/STJ). 2. O Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento com aplicação do art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973 (repercussão geral) (RE 566.621/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, trânsito em julgado em 17/11/2011, publicado em 27/02/2012), declarou a constitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, decidindo pela aplicação da prescrição quinquenal para as ações de repetição de indébito ajuizadas a partir de 09/06/2005. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, também reconheceu que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. 4. No voto condutor, da lavra do Exmº Sr. Ministro Marco Aurélio, foi delimitado que: Por tais razões, conheço deste recurso extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão proferido pela Corte de origem, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação declaratória intentada, assentando que não se inclui na base de cálculo da contribuição, considerando o faturamento, o valor correspondente ao ICMS (RE 240.785, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 16/12/2014). 5. No mesmo sentido é o entendimento firmado por este egrégio Tribunal: A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS viola o artigo 195, I, b, da Constituição Federal (STF, RE 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.12.2014). 2. `Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS (AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Ministra Regina Helena Costa,

STJ, Primeira Turma, DJe 07/04/2015). [...] (EIAc 0021766-85.2007.4.01.3400/DF, Relator Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, Quarta Seção, e-DJF1 de 21/05/2015). 6. Ademais, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito do art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, reafirmou que: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins (RE 574.706/PR, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Plenário, DJe de 15/03/2017). 7. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, mutatis mutandis, firmou entendimento no sentido de que: [...] não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º, da Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003. [...] Sendo assim, o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, [...] já que o princípio da não cumulatividade pressupõe o pagamento do tributo na etapa econômica anterior, ou seja, pressupõe a cumulatividade (ou a incidência em `cascata) das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS (AgInt no REsp 162.814-2/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 13/03/2017). 8. Assim, deve ser observado o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos 05 (cinco) anos anteriores à propositura da ação e os seguintes tópicos: a) a disposição contida no art. 170-A do CTN (introduzida pela Lei Complementar nº 104/2001), a qual determina que a compensação somente poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão; b) após o advento da Lei nº 10.637/2002, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas

respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados (REsp 113.773-8/SP recursos repetitivos, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 01/02/2010); c) aplicação da Taxa Selic a partir de 01/01/1996, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995). 9. Apelação e remessa oficial não providas". (AC 1008584-53.2019.4.01.3801, DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES, TRF1 SÉTIMA TURMA, PJe 12/08/2020 PAG.)

*Parte superior do formulário*

**E M E N T A PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICABILIDADE DO RE 574.706/PR. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI N° 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.** 1. O sobrerestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microssistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrerestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada. 2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta. 3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente. 4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação. 5. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR. 6. Não é cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo os órgãos colegiados decidir as questões pendentes com base na tese firmada pelos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 927, III e 1.039, ambos do Código de Processo Civil. 7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário. 8. A compensação deverá observar o regime jurídico vigente à época da propositura da ação, conforme REsp 1.137.738/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. 9. Sendo assim, a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o mandado de segurança foi impetrado em 20/06/2017 (ID 48650366). 10. Os demais parâmetros impostos em sentença estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ. 11. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência. 12. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida". (ApReeNec 5001300-18.2017.4.03.6103, Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA:  
31/07/2019.)

**"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS EFETIVAMENTE RECOLHIDO OU DESTACADO NA NOTA FISCAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. RE Nº 574.706. PRECEDENTE DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. EXTENSÃO AO ISS. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO DO INDÉBITO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.** 1. Trata-se de 5 embargos de declaração opostos em face do acórdão que, adequando-se ao precedente firmado no RE nº 574.706, reconheceu a exclusão do ICMS efetivamente pago da base de cálculo do PIS e da COFINS, relativamente aos valores indevidamente recolhidos a esse título nos últimos 10 anos que antecederam ao ajuizamento da ação. 2. Inicialmente, deve ser provido o recurso da Caixa, pois, embora a referida empresa pública fosse dotada de capacidade tributária para arrecadação dos tributos questionados ao tempo do ajuizamento da ação, nunca foi detentora da competência para instituição do PIS e da COFINS/FINSOCIAL, de modo que não detém legitimidade para figurar no polo passivo de demanda onde discutidos os contornos da incidência tributária. 3. No julgamento do RE nº 593.849, o STF firmou entendimento no sentido de que, para aplicação de orientação firmada em repercussão geral, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão. Basta a publicação da ata do julgamento do recurso, onde fixada a tese paradigma, no Diário de Justiça. 4. Quanto à parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, embora se tenha compreendido, inicialmente, que o precedente o RE nº 574.706 não teria assegurado a exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da incidência das contribuições questionadas, mas apenas daquele efetivamente recolhido por cada contribuinte, a fim de impedir a subtração da base de incidência das contribuições federais valores superiores àqueles efetivamente recolhidos aos cofres estaduais, não parece ter sido este o entendimento adotado no voto que saiu vitorioso no referido precedente. 5. Isso porque, em seu voto apresentado no aludido RE nº 574.706, a eminentíssima Relatora, Ministra Carmem Lúcia, destacou que: "conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições". 6. Desse modo, depreende-se que o ICMS passível de exclusão da base do PIS e da COFINS é 1 aquele incidente sobre a operação, ou seja, o destacado na nota fiscal de saída 7. Quanto à pretensão de aplicação do precedente contido no RE nº 574.706 ao ISS, apesar desse entendimento vir sendo atualmente adotado por esta Turma, no caso dos autos, a matéria já havia sido examinada e decidida em sentido diverso, de modo os embargos de declaração não são a sede recursal adequada, especialmente quando não há precedente vinculante específico sobre o tema, para rever questão já decidida. 8. Com relação aos critérios de atualização do indébito reconhecido, considerando que a demanda foi proposta no ano de 1985, muito antes do início da vigência da taxa Selic, a atualização dos valores a serem repetidos deverá observar os índices oficiais previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, devendo ser provido o recurso nesse ponto. 9. Também a questão relativa aos ônus da sucumbência merece reforma, pois, a partir da atribuição de eficácia infringente no julgamento dos embargos declaratórios anteriormente opostos, com acolhimento parcial da pretensão deduzida a partir do reconhecimento da exclusão do ICMS efetivamente pago da base de cálculo do PIS e da COFINS, houve sucumbência recíproca, de modo que os honorários devem ser compensados entre as partes, na forma do então vigente art. 21 do CPC/73, de aplicação ao caso,

*conforme entendimento pacificado nesta Turma Especializada, por se tratar de ação proposta antes da vigência do NCPC.*

*10. Embargos de declaração da Caixa providos, embargos de declaração dos autores parcialmente providos e desprovimento dos embargos de declaração da União". (APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0713781-07.1985.4.02.5101, LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - 4ª TURMA ESPECIALIZADA.)*

*"TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF (RE 574.706/PR). COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVERSÃO DO ÔNUS. 1. Em recente julgamento, no RE 574.706/PR, sob o regime do art. 1.036 do CPC, o Plenário do STF assentou que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins, tendo em vista que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituições, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. (Notícias STF, 15/03/2017). 2. Sentença reformada para reconhecer o direito da parte autora de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela relativa ao ICMS, em conformidade com o posicionamento do STF. 3. Assegurado o direito da parte autora à compensação, na via administrativa (art. 74 da Lei nº 9.430/96), após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), dos valores pagos a maior a esse título, atualizados pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal, resguardando-se ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar. 4. Apelação provida". (AC 200981000001660, Desembargador Federal Roberto Machado, TRF5 Primeira Turma, DJE - Data::02/06/2017 - Página::23.)*

*"MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCLUSÃO DO ICMS/ISSQN. PRECEDENTE DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. 1. A questão controvertida nos autos diz respeito à inclusão do ISS e do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15 de março de 2017, por maioria de votos decidiu no julgamento do RE 240785 que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), em julgamento proferido em Repercussão Geral, de modo que se faz necessário se alinhar ao novo entendimento do Excelso Poder, mormente pelo fato de ter sido exarado em julgamento representativo de controvérsia, de observância obrigatória. 3. Não há qualquer distinção nos autos que admita o afastamento do entendimento proferido pela Suprema Corte que, em sua função típica, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao fundamento de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituições, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. 4. Em síntese, prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do "ICMS" não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituições, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". Não obstante a decisão do STF trate apenas da não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, aplica-se, por analogia, o mesmo raciocínio em relação ao ISSQN. 5. Destarte, correta a sentença ao julgar procedentes os pedidos da autora para exclusão do ICMS e do ISSQN no cômputo de PIS e da COFINS. 6.*

*Remessa necessária e recurso da Fazenda Nacional desprovidos". (APELREEX 00388027020154025102. 03/07/2017. LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - 4ª TURMA ESPECIALIZADA.)*

*"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. - O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, aos 08.10.2014, reconheceu a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao entendimento de que o valor desse tributo, pela própria sistemática da não cumulatividade que o rege, não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta da empresa, pois não ingressa no seu patrimônio, apenas transitando contabilmente na empresa arrecadadora, mas sendo, afinal, destinado aos cofres do ente estatal tributante. - Trata-se de julgamento em processo individual, gerando efeitos entre as partes, mas o C. STF também admitiu o tema como repercussão geral (Tema 69 - O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS), estando ainda pendente de julgamento final, quando surtirá efeitos erga omnes. - Essa orientação da Suprema Corte, por se tratar de matéria constitucional, já foi adotada pela C. Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp 593.627/RN, julgado aos 10.03.2015, superando os entendimentos daquela Corte Superior anteriormente expostos nas suas súmulas 68 e 94. - Sob uma fundamentação de natureza constitucional empregada e reconhecida como de repercussão geral pelo próprio C. Supremo Tribunal Federal, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 11.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão, com o consequente direito ao resarcimento do indébito pelas vias próprias (restituição mediante precatório ou compensação). Apelação provida". (AMS 00055945420154036109, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/08/2017 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte. II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final. III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF nº. 762). V - Agravo regimental provido. ..EMEN: (AGARESP 201402568632, SÉRGIO KUKINA - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:07/04/2015 ..DTPB:.)*

*"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO DO RE 240785.*

**INFORMATIVO 762. COMPENSAÇÃO NOS TERMOS DA LEI 11.457/07. LIMITAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CORRIGIDOS TÃO-SÓ PELA TAXA SELIC. 1. Mandado de segurança que visa à suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, bem como a compensação dos valores recolhidos indevidamente após o trânsito em julgado. 2. De acordo com o Informativo 762, em recente julgamento do RE 240785, submetido à repercussão geral, o STF entendeu que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, concluindo não refletir o ICMS riqueza obtida com a realização de operação, por constituir ônus fiscal e não faturamento. 3. É de se acompanhar o posicionamento firmado pela STF, para manter a sentença em todos os seus termos, porque em conformidade com o entendimento da Corte Superior. 4. Ajuizada a ação na vigência da Lei 11.457/07, que, em seu art. 26, parágrafo único, determina a inaplicabilidade do art. 74, da Lei 9.430/96 às contribuições sociais, é de se restringir a compensação apenas com tributos da mesma espécie. 5. Compensação dos valores recolhidos indevidamente nos termos da Lei 11.457/07 (uma vez ajuizada a ação na vigência desta lei), após o trânsito em julgado da sentença (art. 170-A, do CTN), respeitado o quinquênio legal, anterior à propositura da ação (LC 118/05), corrigidos pela taxa SELIC, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (RESP 1093159 / SP). 6. Apelação da União (Fazenda Nacional) e remessa oficial parcialmente providas, para modificar a sentença quanto à Lei aplicável a compensação e quanto à correção monetária pela taxa SELIC. Recurso adesivo da parte impetrante improvido". (APELREEX 00020732820104058500, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::28/05/2015 - Página::170.)".**

**Advíta-se que** o montante do ICMS a ser afastado da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente recolhido.

Veja-se:

**"EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. ICMS. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. - A teor do disposto no artigo 1.022 do CPC, somente tem cabimento os embargos de declaração nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II). - Alega a embargante omissão, uma vez que o valor a ser compensado é o valor destacado nas notas fiscais emitidas pela impetrante. - No entanto, verifico que a impetrante não juntou qualquer documento (nem contrato social/cadastro CNPJ) que comprove a sua condição de credora das exações do PIS e da COFINS, razão pela qual fica indeferido o seu pedido de compensação. - Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada, e esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal". (ApReeNec 5000148-18.2017.4.03.6140, Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, TRF3 - 4ª Turma, Intimação via sistema DATA: 11/03/2020)**

**Cabe não deslembra** **não ser a totalidade do valor recolhido pelo substituto tributário** correspondente ao ICMS próprio, por quanto apenas parcela dele é de ICMS próprio, enquanto o percentual restante é adiantado ao Fisco, como técnica arrecadatória, a título de ICMS devido nas operações subsequentes, de maneira que os valores adiantados, sobre os quais recaí indevidamente tributação a título de PIS/COFINS, são sujeitos a repetição por seus contribuintes (substituídos tributários).

Assim, não há de se falar que os substituídos não apuram ICMS, eis o valor ser por eles, na qualidade de contribuintes, apurado e recolhido em fase precedente da cadeia de produção e comercialização.

Veja-se:

*"TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS E ICMS/ST EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF (RE 574.706/PR). LEI N° 12.973/2014. APURAÇÃO DO ICMS A SER EXCLUÍDO. COMPENSAÇÃO. 1. Trata-se de remessa necessária, tida por interposta e apelações interpostas pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) e pelo impetrante contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Paraíba, que reconheceu ex officio a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio que precedeu a propositura da ação, e julgou procedente o pedido inicial, apreciando a lide com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC/2015), para: a) declarar o direito da autora ao recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão do ICMS nas bases de cálculo respectivas; e b) declarar o direito da autora à compensação ou à restituição da quantia paga a partir de 01.04.2014 a título de PIS e de COFINS com valor maior que o devido em razão da inclusão do ICMS nas bases de cálculo respectivas, observando o disposto no art. 170-A do Código Tributário Nacional. O valor a ser compensado deverá ser acrescido de juros calculados com base na taxa SELIC, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada - art. 39, parágrafo 4º, da Lei nº. 9.250/95, vedado qualquer outro acréscimo a título de correção monetária e/ou juros de mora, visto que a taxa SELIC engloba ambas as rubricas". 2. No RE 574.706/PR, sob o regime do art. 1.036 do CPC, o Plenário do STF assentou que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, tendo em vista que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, pois não representa faturamento ou receita, mas apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. (Notícias STF, 15/03/2017). 3. "A existência de precedente firmado pelo Tribunal Pleno da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma" (RE 606171 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/02/2017, publ. em 03/03/2017). Não há que se falar, portanto, em suspensão do processo para aguardar o julgamento final do RE 574.706/PR. 4. Quanto à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS quando na entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014, razão não assiste à apelante. A definição de receita bruta como o somatório das receitas auferidas pelo contribuinte não se coaduna com a interpretação dada pelo colendo STF, que entende ser incabível a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, porque a parcela correspondente ao ICMS não tem natureza de faturamento nem mesmo de receita, mas de simples ingresso de caixa, não se incorporando, portanto, ao patrimônio dos sujeitos passivos das contribuições, eis que destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do Distrito Federal. 5. A impetrante apelou da parte da sentença que negou o pedido de exclusão do ICMS/ST da base de cálculo do PIS e da COFINS. No regime de substituição tributária do ICMS, o responsável eleito pelo pagamento do ICMS, chamado substituto, deverá recolher não apenas o ICMS referente à operação por ele realizada (ICMS próprio), mas também será responsável pela retenção e pagamento do ICMS relativo às operações subsequentes, dos chamados substituídos. Portanto, o contribuinte substituto ao realizar a saída da mercadoria destaca o ICMS da operação própria e o ICMS das operações futuras, dispensando as operações subsequentes do referido destaque. 6. No caso em apreço, o apelante é comerciante*

varejista e, nessa condição, atua como substituído tributário no regime tributação do ICMS/ST. 7. É certo que o STF, quando do julgamento do RE 574.706/PR, não apreciou a questão do ICMS/ST. Entretanto, trata-se do mesmo tributo, a única diferença existente entre o ICMS e o ICMS-ST é o regime de tributação, isto é, no último há uma antecipação do imposto devido na operação final (substituição tributária para frente). Ressalte-se que a substituição tributária para frente ou progressiva é mecanismo utilizado pelo fisco visando otimizar a arrecadação tributária, diminuindo a evasão fiscal e facilitando o recolhimento e a fiscalização os tributos polifásicos, não cabendo, por essa razão, fazer distinção entre contribuintes de um mesmo imposto. 8. "Destarte, assim como acontece com o ICMS, no caso do ICMS-ST, embora não se possa afirmar categoricamente que haverá mero trânsito de valores pela empresa substituída, inegável que tal fato só não ocorre em virtude da antecipação do recolhimento, aos cofres dos Estados-Membros, do imposto devido na operação final. No entanto, tal fato não afasta o entendimento, adotado pelo STF, no sentido de que o ICMS devido pela operação própria, por ser destinado ao ente tributante, não constitui faturamento ou receita bruta do contribuinte, de modo que tal valor estaria excluído da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS. Assim, ainda que antecipado, o ICMS-ST se refere a operação própria do substituído, não devendo ser computado na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que não realiza a sua hipótese de incidência". (PROCESSO N°: 0814114-15.2019.4.05.8100 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Fernando Braga Damasceno - 3ª Turma, JULGAMENTO: 31/05/2020). 9. No mesmo sentido, os seguintes julgados: PROCESSO N°: 0807682-84.2018.4.05.8400, DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1º Turma, JULGAMENTO: 31/05/2020; Processo n° 0800331-44.2019.4.05.8103 APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA, RELATOR: Des.) Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima - 2ª Turma, JULGAMENTO: 25/02/2020. 10. "Em relação aos valores do ICMS que devem ser restituídos/compensados, a Secretaria da Receita Federal editou a Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/ 2018, e, segundo o que dela se extrai, os créditos devidos são os relativos ao montante efetivamente recolhido, e não, os destacados nas notas fiscais de saída. Por sua vez, os contribuintes alegam que a autoridade administrativa se nega a cumprir a decisão paradigma da Suprema Corte. Esse aspecto da discussão e outros levantados pelo Fisco foram objeto de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, mas ainda não julgados pelo STF. Caberá à Corte constitucional definir a sistemática a ser implementada para restituição/compensação desses valores, a partir da interpretação de seu próprio julgado. Há, pois, de prevalecer a interpretação dada pela autoridade administrativa". (PROCESSO: 08049032820194058302, APELREEX - Apelação/Reexame Necessário - , DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1º Turma, JULGAMENTO: 01/05/2020, PUBLICAÇÃO: ). Parcialmente providas, neste ponto, a apelação da Fazenda Nacional e a remessa necessária. 11. Quanto à compensação, deverá ser efetuada na via administrativa, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), aplicada a Taxa SELIC na atualização dos valores do indébito, observada a prescrição quinquenal e resguardado ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar. 12. Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária improvidas. (PROCESSO: 08032630520194058200, AC - Apelação Civil - , DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO (CONVOCADO), 1º Turma, JULGAMENTO: 25/06/2020, PUBLICAÇÃO)

Assim, deve ser rechaçado também o entendimento esposado pela Fazenda Nacional, segundo o qual o valor indevido pertenceria ao substituto tributário, tanto porque desarrazoado fazer distinção entre contribuintes de um mesmo imposto, quanto porque ainda que antecipado, o ICMS-ST se

refere a operação própria do substituído, pelo que não deve ser computado na base de cálculo do PIS e da COFINS, eis não realizar a sua hipótese de incidência

**Firme nos argumentos supra, a procedência do pleito declinado na inicial é medida de rigor.**

### **III - DISPOSITIVO**

Dessa forma, julgo extinto o feito com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC) para declarar a inexistência de relação jurídica tributária entre o demandante e a Fazenda Nacional, no sentido de recolher o PIS e a COFINS excluindo-se das suas bases de cálculo o ICMS-ST, e a respectiva compensação do indébito dos últimos 05 (cinco) anos com os tributos eventualmente vencidos e os vincendos administrados pela Receita Federal do Brasil, nos termos e nos moldes do art. 74 da Lei n.º 9.430/96.

Custas *ex lege*. Considerando que o grau de zelo do patrono se mostra dentro da normalidade, a causa não apresentar grande complexidade e o valor dela se mostrar capaz de servir como base de cálculo adequada para as verbas sucumbenciais, fixo os honorários advocatícios no mínimo legal, a ser suportado pela parte demandada, aplicando-se as menores alíquotas previstas no art. 85, § 3.º, do CPC, sobre o valor atualizado da demanda (art. 85, § 4º, III, CPC), observando-se o art. 85, § 5.º, III, CPC.

Quanto à compensação, deverá ser efetuada na via administrativa, após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), aplicada a Taxa SELIC na atualização dos valores do indébito, observada a prescrição quinquenal e resguardado ao Fisco a conferência e a correção dos valores a compensar.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

---

**[1] RE 606171 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/02/2017, publ. em 03/03/2017.**



Processo: **0812580-81.2020.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

**FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO -**

**Magistrado**

**Data e hora da assinatura:** 24/09/2020 10:42:58

**Identificador:** 4058300.16029466



20092410425827700000016073066

**Para conferência da autenticidade do documento:**

<https://pje.jfpe.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>