

**Poder Judiciário TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5048692-35.2020.4.04.7100/RS

RELATOR: JUIZ FEDERAL MARCELO DE NARDI

APELANTE: ----- (IMPETRANTE)

ADVOGADO: FABIANA TENTARDINI (OAB RS049929) **APELADO:**

UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (INTERESSADO)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA PIS-PASEP E COFINS, BASE DE CÁLCULO, EXCLUSÃO DO ICMS-ST. TESE 69 STF.

1. Aplica-se ao regime de substituição tributária (ICMS-ST) a tese 69 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. O substituído tributário tem o direito de excluir o ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS.

2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS é válida a partir de 15 de março de 2017, data em que foi fixada a tese de repercussão geral (tema 69) no julgamento do RE 574706.

3. A compensação somente poderá ser operada após formada coisa julgada material definitiva (trânsito em julgado) e seguirá as regras do momento do encontro de contas entre Contribuinte e Fisco. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2022.

Documento eletrônico assinado por **EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA, Juiz Federal Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40003049606v3** e do código CRC **f4156746**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA
Data e Hora: 7/3/2022, às 14:20:18

5048692-35.2020.4.04.7100

**Poder Judiciário TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5048692-35.2020.4.04.7100/RS

RELATOR: JUIZ FEDERAL MARCELO DE NARDI

APELANTE: ----- (IMPETRANTE)

ADVOGADO: FABIANA TENTARDINI (OAB RS049929) **APELADO:**

UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (INTERESSADO)

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por -----
----- contra agente público da *União* (Fazenda Nacional) pretendendo impor ao Fisco que afaste da base de cálculo das contribuições para PIS e COFINS o ICMS recolhido em regime de substituição tributária (ICMS-ST) ao realizar a aquisição de produtos para revenda. Sustentou que a base de cálculo das referidas contribuições é a receita ou o faturamento, e o referido imposto não corresponde a essas grandezas. Requereu repetição do que pagou a esse título.

Sobreveio sentença de improcedência.

A impetrante interpôs apelação reiterando as razões expostas na petição inicial.

A contraparte respondeu ao recurso.

VOTO

DECADÊNCIA

Considerando o caráter preventivo deste mandado de segurança, visando a impedir a autoridade impetrada de se opor à compensação pretendida pela impetrante, não se cogita de decadência.

PRESCRIÇÃO

Tratando-se de processo ajuizado após a vigência da LC 118/2005 (9jun.2005), o prazo de prescrição é de cinco anos contados da data do ajuizamento da ação, conforme a tese 4 em repercussão geral estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento dos embargos de declaração quanto à tese firmada no tema 69 de repercussão geral, em 13maio2021 (publicação em 12ago.2021), o Supremo Tribunal Federal decidiu que a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS é válida somente a partir de 15mar.2017, data em que foi fixada a tese 69, ressalvados os casos ajuizados até essa data.

Considerando que o presente processo foi ajuizado em 31ago.2020, aplica-se a limitação quanto aos recolhimentos efetivados a partir de 15mar.2017.

ICMS EM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, SUBSTITUÍDO

A Primeira Turma desta Corte, no julgamento da apelação cível 50019132620194047110, pelo quórum estendido do art. 942 do CPC completo com membros da Segunda Turma, decidiu que a tese 69 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal se aplica no regime de substituição tributária, em favor do substituído tributário:

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. VALOR DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MODULAÇÃO DE EFEITOS. ICMS-ST.

1. Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706), haja vista não consubstanciar receita. 2. O ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal.

3. A modulação temporal dos efeitos da decisão produziram efeitos a partir de 15 de março de 2017, data de julgamento do Tema 69 da repercussão geral, ressalvadas as ações judiciais e procedimentos administrativos protocolados até a data daquela sessão em que foi proferido o julgamento de mérito. 4. No regime de substituição tributária, o responsável pelo pagamento do imposto estadual, denominado substituto, irá recolher não apenas o ICMS referente à operação por ele realizada (ICMS próprio), mas também o ICMS relativo às operações subsequentes (ICMS-ST), acrescendo o montante do tributo à nota de venda, de modo que o substituído a ele se sujeita no momento da aquisição (entrada). Aplica-se ao caso concreto, portanto, a tese fixada no Tema 69 do STF, observada a modulação temporal dos efeitos da decisão. 5. Assim, é plenamente passível de

reconhecimento o direito do substituído à exclusão, do montante pago a título de ICMS-ST, da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

(TRF4, Primeira Turma, AC 50019132620194047110, rel. Luciane Amaral Corrêa Münch, j. 17nov.2021)

Cumpra reconhecer o direito do substituído, em qualquer etapa da cadeia, de excluir os valores de ICMS-ST recolhidos na operação antecedente da base de cálculo das contribuições para PIS-PASEP e COFINS, observada a modulação temporal dos efeitos da decisão.

Deve ser reformada a sentença no ponto.

COMPENSAÇÃO

A compensação é pedido sucessivo em relação ao de afastamento de exigência de tributo. Sua análise em abstrato é cabível neste momento, mas a especificação dos critérios não pode ser exaurida neste voto, considerando que o direito de compensar se submete à legislação vigente à época do encontro de contas, conforme resolveu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1164452/MG, submetido ao regime dos recursos repetitivos mas não nesse ponto: *[A] lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte.* (STJ, Primeira Seção, REsp 1164452/MG, rel. Teori Albino Zavascki, j. 25ago.2010).

O direito de compensar se tornará eficaz a partir da formação de coisa julgada material definitiva (trânsito em julgado) desta decisão (art. 170-A do CTN), aplicando-se na atualização dos valores a compensar a variação da taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da L 9.250/1995, índice que já engloba juros e correção monetária. Incidirá a atualização até a compensação. A hipótese de compensar o indébito antes do trânsito em julgado contraria previsão legal expressa no art 170-A do CTN e no art. 74 da L 9.430/1996, além de precedentes desta Corte (TRF4, Primeira Turma, 50125785920184047200, rel. Roger Raupp Rios, 11dez.2019; TRF4, Segunda Turma, 50138638420184047201, rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, 11dez.2019).

SUCUMBÊNCIA

Em que pese a modulação temporal de efeitos (somente após 15mar.2017) da tese do tema 69 em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*), não se pode considerar sucumbência de ambas as partes no presente caso. A parte contribuinte, na busca de seu direito, postulou repetição do indébito conforme parâmetros legais a respeito do assunto, que atualmente prevê prescrição relativa aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Não se pode, a partir de limitação determinada pelo Supremo Tribunal Federal no ponto, considerar a

impetrante sucumbente. Nesse sentido precedente deste Tribunal (TRF4, Primeira Turma, 5015723-04.2019.4.04.7002, rel. Leandro Paulsen, 13set.2021).

A União é isenta do pagamento de custas processuais na Justiça Federal, por força do inc. I do art. 4º da L 9.289/1996, impondo-se-lhe, porém, o reembolso do que a esse título foi adiantado pela parte adversa (parágrafo único do art. 4º da L 9.289/1996).

Sem condenação em honorários de advogado (art. 25 da L 12.016/2009).

CONCLUSÃO

Deve ser reformada a sentença para reconhecer o direito de excluir o ICMS-ST da base de cálculo das contribuições para PIS e COFINS, compensar os valores recolhidos indevidamente a esse título a partir de 15mar.2017, e para que a União reembolse as custas adiantadas pela impetrante.

Dispositivo. Pelo exposto, voto por dar provimento à apelação.

Documento eletrônico assinado por **EDUARDO VANDRÉ OLIVEIRA LEMA GARCIA, Juiz Federal Convocado**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40003049605v2** e do código CRC **32f306a9**.

Informações	adicionais	da	assinatura:
Signatário	(a): EDUARDO VANDRÉ	OLIVEIRA LEMA	GARCIA
Data e Hora:	7/3/2022, às 14:20:18		

5048692-35.2020.4.04.7100