

Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

PROCESSO Nº: 0804806-34.2019.4.05.8300 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

APELANTE: FAZENDA NACIONAL

APELANTE: _____ LTDA

ADVOGADO: Aristoteles De Queiroz Camara

APELADO: Os mesmos

ADVOGADO: Os mesmos

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira - 3ª Turma

MAGISTRADO CONVOCADO: Desembargador(a) Federal Rogério Roberto Gonçalves De Abreu

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Francisco Antonio De Barros E Silva Neto

RELATÓRIO

Trata-se de apelações da parte autora e da Fazenda Nacional, e remessa oficial em face da sentença que concedeu parcialmente a segurança no sentido de extinguir, sem resolução do mérito, o pedido de não inclusão no cálculo da contribuição do PIS e da COFINS dos valores devidos a título de ICMS-ST e reconhecer devida a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo jus à compensação administrativa dos valores recolhidos a maior.

Como razões da apelação, a Fazenda Nacional alega que: a) aplicação do entendimento exarado no acórdão do STF é prematura diante da não ocorrência do trânsito em julgado; b) a exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS refere-se apenas ao ICMS efetivamente pago; c) com a Lei 12.973/2014, houve determinação legal de inclusão do valor dos tributos indiretos na receita bruta; d) eventual compensação somente deve ser processada em relação aos valores acaso recolhidos a maior posteriormente ao ajuizamento do presente mandamus.

A parte autora, em suas razões recursais, aduz: a) o ICMS retido na substituição tributária é apenas o elemento que tem repercussão econômica no faturamento da apelante, inflacionando indevidamente a base de cálculo do PIS/COFINS. Não foi o ICMS que foi pago a maior, mas sim o PIS/COFINS; b) O ICMSST, que, embora seja devido pela apelante na condição de contribuinte de direito (substituído), é retido na entrada pelo fornecedor na condição de responsável tributário (substituto), também deve ser excluído da base de cálculo das contribuições; c) o STF não deixou dúvidas de que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido" pelo contribuinte do PIS/COFINS, mas o ICMS constante da fatura, isto é, destacado na nota fiscal.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

PROCESSO Nº: 0804806-34.2019.4.05.8300 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA APELANTE:

FAZENDA NACIONAL

APELANTE: _____ LTDA

ADVOGADO: Aristoteles De Queiroz Camara

APELADO: Os mesmos

ADVOGADO: Os mesmos

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira - 3ª Turma

MAGISTRADO CONVOCADO: Desembargador(a) Federal Rogério Roberto Gonçalves De Abreu

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Francisco Antonio De Barros E Silva Neto

VOTO

Recebo as apelações, restando presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos para admissibilidade do recurso.

O Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE 574.706/PR, firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", em regime de repercussão geral, tema 69, a qual serve de base para o deslinde da controvérsia dos autos.

Da definição de faturamento aproveitada pelo STF, pode-se concluir que, apesar de se constituir regime diferenciado de responsabilidade pelo pagamento do tributo devido, deve-se reconhecer que valor do ICMS auferido pela pessoa jurídica na condição de substituto tributário (ICMS/ST) deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, seja no regime de apuração cumulativa ou no regime de apuração não cumulativa, porque este não constitui faturamento ou receita bruta do contribuinte, mas sim ônus fiscal.

É nesse sentido vem se pronunciando este E. Tribunal, como se extrai dos julgados a seguir transcritos:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS, ICMS/ST E ISS. RE 574.706 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Apelação interposta pela Fazenda Nacional

contra sentença que, mandado de segurança, reconheceu a inexistência de relação jurídicotributária válida que obrigue a autora/apelada ao recolhimento da contribuição para o PIS e para a COFINS com a inclusão em suas bases de cálculo do ICMS, do ICMS-ST e do ISS, bem como o direito à restituição/compensação dos valores pagos a esse título, e determinou que a Fazenda Nacional e a autoridade impetrada se abstenham de obstar os direitos ora reconhecidos, bem como de promover cobranças ou exigências relativas aos valores correspondentes. 2. As informações e esclarecimentos apresentados pela autoridade impetrante e complementadas pelos argumentos da procuradoria especializada, em que pese sua relevância para esclarecer as situações fáticas e jurídicas objeto da lide, são insuficientes para afastar da impetrante o direito postulado. 3. O Supremo Tribunal Federal firmou, em sede de repercussão geral (Tema 69), o entendimento de que "o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins". Essa posição tem sido ratificada pela Corte Suprema em inúmeros processos, tais como: RE 330.582, RE 352.759, AI 497.355, AI 700.220, RE 355.024, RE 362.057, RE 363.988, RE 388.542, RE 411.000, RE 412.130, RE 412.197, RE 430.151. 4. Desnecessidade de suspensão dos efeitos da decisão no RE 574.706/PR até o julgamento dos embargos de declaração, pois a norma processual contida no Art. 1.040 do NCPC exige, apenas, a publicação do acórdão paradigma para sua aplicação imediata, não condicionando esta ao julgamento de eventuais embargos de declaração ou ao trânsito em julgado. Precedente da 3ª Turma: 08024615720174058400, AC/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 09/03/2018. 3. O entendimento fixado no RE 574.706/PR tem sido utilizado como fundamento para a exclusão do ISS da base de cálculo dos referidos tributos, uma vez que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que incidem sobre a produção ou circulação, além de possuírem idêntica base de cálculo, qual seja, a receita bruta. Precedente do TRF5:

PROCESSO: 08026836820184050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 29/06/2018. 4. Em que pese o regime diferenciado de responsabilidade pelo pagamento do tributo devido, é imperioso reconhecer que valor do ICMS auferido pela pessoa jurídica na condição de substituto tributário (ICMS/ST) deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, independentemente de tratar-se do regime de apuração cumulativa ou do regime de apuração não cumulativa. 5. Mandado de segurança. Prestação jurisdicional de natureza declaratória. Inexistência de relação jurídica e consequente direito à compensação. Legitimidade da via eleita. 6. Não merece reparos à sentença que, ao declarar a inexistência de relação jurídica válida, reconhece expressamente o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos e esclarece que a quantificação do montante a restituir deve ser feita no âmbito administrativo, por conta e risco, ressaltando o direito da Administração de aferir se a compensação se efetivou com a observação da prescrição, bem assim a sua correção no tocante ao quantum compensado e demais aspectos legais, homologando-a ou não. 7. Remessa necessária e Apelação a que se nega provimento. (PROCESSO: 08019107920184058000, APELREEX/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 29/08/2018, PUBLICAÇÃO:)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DA PARCELA DO ICMS EM CASO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CABIMENTO. SISTEMÁTICA DA LEI N.º 9.718/98. ENTENDIMENTO DO STF. RE 240785/MG. DIREITO À DECLARAÇÃO DE

COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS À FORMA DETERMINADA PELO STJ NO RESP 1.111.164-BA. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. Trata-se de apelação em face de sentença que, em sede de mandado de segurança, julgou improcedente o pedido de desconto de créditos das Contribuições para o PIS/PASEP e COFINS calculados sobre ICMS pago por substituição tributária no custo das mercadorias adquiridas pela Recorrente para revenda, bem como o pedido de compensar os valores recolhidos com a referida inclusão nos últimos 5 (cinco) anos com débitos próprios, vencidos ou vincendos. Sem honorários advocatícios. 2. Em suas razões, sustenta a parte impetrante que pretende assegurar seu direito líquido e certo ao desconto dos créditos da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre os valores pagos a título de ICMS-ST, posto que compõem o custo total de aquisição dos referidos bens. Alega, assim, que o tratamento do ICMS-ST na base de cálculo do crédito das contribuições deve ser o mesmo adotado em relação ao IPI, para o caso das empresas comerciais, ou seja, ambos os tributos, por serem não recuperáveis, devem compor o custo de aquisição dos produtos pelos comerciantes, e, como consequência, sobre eles proceder ao cálculo dos créditos do PIS/PASEP e da COFINS. 3. No que pertine à exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, e tão somente em relação à esta contribuição, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 574706, com repercussão geral reconhecida, firmou o entendimento de 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). 4. Sobre os valores recebidos pelo contribuinte substituto, a título de reembolso do ICMS substituição (ICMS-ST), não há a incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, por não constituírem esses valores receita ou faturamento. Nesse sentido, a Lei nº 9.718, de 1998, expressamente excluiu da base de cálculo do PIS e da COFINS, no regime cumulativo, os valores cobrados do adquirente da mercadoria contribuinte substituído pelo vendedor, a título de reembolso do ICMS recolhido por esse na condição de substituto tributário. Precedente. APELREEX9636/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, Segunda Turma, JULGAMENTO: 21/05/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 23/05/2013 - Página 193. 5. Deve-se dar ao ICMS-ST o mesmo tratamento conferido ao ICMS destacado na nota fiscal fora do regime de substituição tributária, uma vez que, num caso como no outro, o valor relativo ao ICMS (ou ICMS-ST) constitui ônus fiscal, e não faturamento do contribuinte (substituído), ainda que tenha sido embutido no preço da mercadoria. 6. No mandado de segurança, não é possível a obtenção de efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, para o pedido de restituição, os quais devem ser reclamados administrativamente ou buscados em ação própria (Súmula 271 do STF). Contudo, constitui via adequada para a declaração do direito à compensação tributária de valores pretéritos à ação, nos termos da Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça. 7. O STJ, ao julgar o RESP 1.111.164/BA sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, já declarou ser imprescindível prova pré-constituída específica quando a impetração, além de veicular pretensão relativa ao direito de compensar, visa também posicionamento judicial sobre elementos da própria compensação, a exemplo do reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, do alcance da prescrição e da fixação de juros e de correção monetária incidentes sobre o referido indébito a ser compensado. 8. Assim, terá a impetrante direito à compensação tão somente quanto aos recolhimentos efetivamente comprovados nos autos, observando-se a prescrição quinquenal, além do art. 74 da Lei nº 9.430/96 e do art. 170-A do CTN. 9. Apelação parcialmente provida, para assegurar o direito da impetrante ao desconto de créditos a título da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS sobre valores de ICMS-ST, bem como para declarar o direito à compensação, nos termos do art. 170-A do CTN, tão somente quanto aos recolhimentos efetivamente comprovados nos autos, observando-se a prescrição quinquenal. (PROCESSO: 08007224720154058100, AC/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO, 2ª Turma, JULGAMENTO: 31/08/2017, PUBLICAÇÃO:)

No que diz respeito à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do RE 574.706/PR, registre-se que não há exigência do trânsito em julgado para a aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior, conforme apontado pelo art. 1.040, caput e III, CPC/15, segundo o qual, publicado o acórdão paradigma, "os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior".

A Lei 12.973/2014, que alterou as Leis 10.637/02 e 10.833/03, conferiu ao faturamento interpretação diversa, mais alargada do a que foi dada pelo colendo STF no RE 574.706, de modo a prevalecer o entendimento deste.

Considerando o redimensionamento do critério quantitativo do PIS e da COFINS, é de se concluir que o que se busca restituir/compensar não é o valor do ICMS recolhido, e sim o valor indevidamente computado na base de cálculo das referidas contribuições. Neste sentido: PROCESSO: 08018640920174058200, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 05/06/2018.

Diante do exposto, nego provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial e dou provimento à apelação do contribuinte para reconhecer o direito à exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS, assegurando o direito à compensação/restituição das parcelas recolhidas sob esse título, observando-se a prescrição quinquenal, a taxa SELIC e o art. 170-A do CTN, sob total gerência da administração tributária, e conforme a legislação vigente à época do encontro de contas.

É como voto.

Poder Judiciário
Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Gabinete do Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira

PROCESSO Nº: 0804806-34.2019.4.05.8300 - **APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA**

APELANTE: FAZENDA NACIONAL

APELANTE: _____ LTDA

ADVOGADO: Aristoteles De Queiroz Camara

APELADO: Os mesmos

ADVOGADO: Os mesmos

RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira - 3ª Turma

MAGISTRADO CONVOCADO: Desembargador(a) Federal Rogério Roberto Gonçalves De Abreu

JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA (1º GRAU): Juiz(a) Federal Francisco Antonio De Barros E Silva Neto

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS-ST. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574.706/PR. COMPENSAÇÃO.

1. Trata-se de remessa oficial e apelação de _____ LTDA. e da Fazenda Nacional interposta em face da sentença que concedeu a segurança pleiteada parcialmente no sentido de extinguir, sem resolução do mérito, o pedido de não inclusão no cálculo da contribuição do PIS e da COFINS dos valores devidos a título de ICMS-ST e reconhecer devida a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo jus à compensação administrativa dos valores recolhidos a maior.

2. O Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do RE 574.706/PR, firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", em regime de repercussão geral, tema 69, a qual serve de base para o deslinde da controvérsia dos autos.

3. Da definição de faturamento aproveitada pelo STF, pode-se concluir que, apesar de se constituir regime diferenciado de responsabilidade pelo pagamento do tributo devido, deve-se reconhecer que valor do ICMS auferido pela pessoa jurídica na condição de substituto tributário (ICMS/ST) deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, seja no regime de apuração cumulativa ou no regime de apuração não cumulativa, porque este não constitui faturamento ou receita bruta do contribuinte, mas sim ônus fiscal.

Precedentes: PROCESSO: 08019107920184058000, APELREEX/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL

ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 29/08/2018; PROCESSO: 08007224720154058100, AC/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO CARVALHO, 2ª Turma, JULGAMENTO: 31/08/2017.

4.No que diz respeito à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão do RE 574.706/PR, registre-se que não há exigência do trânsito em julgado para a aplicação da tese firmada pelo Tribunal Superior, conforme apontado pelo art. 1.040, caput e III, CPC/15.A Lei 12.973/2014, que alterou as Leis 10.637/02 e 10.833/03, conferiu ao faturamento interpretação diversa, mais alargada do a que foi dada pelo colendo STF no RE 574.706, de modo a prevalecer o entendimento deste.

5.Considerando o redimensionamento do critério quantitativo do PIS e da COFINS, o que se busca restituir/compensar não é o valor do ICMS recolhido, e sim o valor indevidamente computado na base de cálculo das referidas contribuições.

6.Reconhecimento do direito à exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS, assegurando o direito à compensação/restituição das parcelas recolhidas sob esse título, observando-se a prescrição quinquenal, a taxa SELIC e o art. 170-A do CTN, sob total gerência da administração tributária, e conforme a legislação vigente à época do encontro de contas.

7. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial improvidas.

8 . Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação do particular e NEGAR PROVIMENTO à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Recife, 08.8.2019.

Des.Federal **ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU**
Relator convocado



Processo: **0804806-34.2019.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

19081309340153500000016797582

ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU - Magistrado

Data e hora da assinatura: 13/08/2019 09:34:58 Identificador:

4050000.16824457

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.trf5.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

