



Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300, 6º andar - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)
3213-3161 - Email: gmfatima@trf4.gov.br

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5021104-49.2017.4.04.7200/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

APELANTE: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (INTERESSADO)

APELADO: VERSA COMERCIO INTERNACIONAL EIRELI - EPP (IMPETRANTE)

ADVOGADO: FERNANDO ROBERTO TELINI FRANCO DE PAULA (OAB SC015727)

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

RELATÓRIO

Trata-se de ação de mandado de segurança em que a impetrante postula a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Instruído o feito, sobreveio sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

*Ante o exposto: 01. Confirmo a medida liminar deferida. No mérito, julgo procedente, em parte, o pedido e extingo o feito forte no art. 487, I, do CPC/15. Em consequência: **A) por reconhecer** incidenter tantum, com efeitos inter partes e eficácia ex tunc, a inconstitucionalidade da expressão "de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977" (redação do art. 2º da Lei 12.973/14) inserida (a) nos §§ 1º dos arts. 1º das Leis 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (COFINS) respectivamente nas redações dos artigos 54 e 55 ambos da Lei 12.973/14, e (b) no caput do art. 3º da Lei 9.718/98, por maltrato ao art. 195, I, b, da Carta Federal de 1988 porque, na interpretação do E. STF na tese firmada no Tema nº 69 ("O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS") os termos faturamento ou receita não contemplam o ICMS incidente sobre vendas (resultante da multiplicação da alíquota pelo valor da preço da operações/prestações) de mercadorias e serviços em operações de conta própria. Em decorrência, **reconheço**, (1) além dos comandos legais elencados no item "A)" anterior; incidenter tantum e com efeito inter partes, a ilegalidade da correlata legislação infralegal de regência que exige inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS-faturamento e da COFINS-faturamento); **B) declaro**, nos termos dos fundamentos, inexistência de relação jurídica a obrigar a parte autora a incluir, na base de cálculo das contribuições PIS-faturamento e COFINS-faturamento, o ICMS incidente sobre vendas de mercadorias e serviços decorrentes de operações de conta própria promovidas pela parte autora; **C) determino** à autoridade Impetrada se abstenha, a partir da data intimação da liminar já deferida, da prática de qualquer ato tendente a exigir da parte autora a exação afastada, podendo, de ofício, revisar créditos*

tributários de PIS e COFINS, já constituídos e ainda sob sua atribuição, para deles decotar a parcela das contribuições correspondentes de ICMS que está incluso na base de cálculo, devendo, a exigência fiscal continuar normalmente em relação aos valores remanescentes após o decote; **D) declaro** que no caso da importação por conta e ordem de terceiros, a empresa importadora promove, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa - a adquirente -, em razão de contrato previamente firmado, que pode compreender ainda a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial (art. 1º da IN SRF nº 225/02 e art. 12, § 1º, I, da IN SRF nº 247/02). Logo, não há faturamento de parte da importadora contra a empresa adquirente e, por isso mesmo, não há falar em incidência de PIS e COFINS salvo sobre a comissão/serviços cobrados pela importadora para realizar o despacho aduaneiro. Essa modalidade não configura, para o importador, saída de mercadoria em "operação por conta própria"; **E) declaro** (1) além da Lei 12.973/14, incidenter tantum e com efeitos interpartes, a inconstitucionalidade do restante da legislação de regência que exige inclusão, na base de cálculo da Contribuição para o PIS-faturamento e COFINS-faturamento), do ICMS incidente sobre saídas de mercadorias/serviços do estabelecimento à título de vendas à vista ou a prazo (faturamento) que tiverem entrado no estabelecimento sob regime de substituição tributária (ICMS-ST), declarando, ainda, que o ICMS a ser excluído corresponde ao valor nominal do ICMS-ST retido na entrada e constante dos documentos fiscais de compra dessas mercadorias/serviços; (2) a inexistência de relação jurídica a obrigar a parte impetrante a incluir o ICMS na base de cálculo do PIS-faturamento e COFINS-faturamento, descrito na forma do item anterior. **02.** Há reexame necessário em face do reconhecimento incidenter tantum da inconstitucionalidade de comandos legais inclusos e/ou alterados pela Lei 12.973 (cf. item A suso). Decorrido prazo legal sem a interposição de recurso voluntário, subam os autos. Interposta apelação, a Secretaria receba-a, colha contrarrazões e a remeta ao E. TRF4. **03.** Sem honorários e custas ex lege. **04.** Defiro ingresso da União na lide. **05.** A Secretaria oportunamente archive. **06.** P.R.I.

Apela a União, postulando, preliminarmente, a suspensão do feito até a publicação do acórdão do julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706. Refere a ausência de provas que demonstrem o recolhimento do ICMS e por substituição tributária. Sustenta que o faturamento como base de cálculo do PIS e a COFINS sempre foi considerado pelo legislador ordinário como a receita bruta. Aduz que a base de cálculo do PIS e da COFINS abarca o valor do ICMS incidente nessas operações, salvo quando este imposto for recolhido por quem se encontre na condição de substituto tributário (art. 3º, § 2º, II, da Lei nº 9.718/98). Diz que a alteração legislativa trazida pela Lei nº 12.973/2014 não está em discussão no RE 574.706, devendo ser reconhecida a licitude da tributação ora combatida, pelo menos, a partir de janeiro de 2015. Acrescenta a necessidade de expressa previsão legal para a isenção ou exclusão do ICMS da base do PIS e da COFINS. Argumenta que não há lide nos casos em que a parte autora é empresa que recolhe o ICMS por substituição tributária (ICMS-ST) na condição de substituto; todavia, quando o contribuinte é substituído, ele não apura, nem recolhe o ICMS-ST, não havendo falar em exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega que sua situação equivale à de mero

consumidor final, pois não retém, não apura, não recolhe, nem contabiliza o ICMS-ST. Conclui que apenas o substituto tributário promove a retenção e o recolhimento do ICMS-ST.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação em que afirma a ausência de interesse que justifique sua intervenção, deixando de se manifestar sobre o mérito.

É o relatório.

VOTO

Pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação

A atribuição de efeito suspensivo à apelação, pretendida pela Fazenda Nacional, demanda o implemento simultâneo de dois requisitos: (a) demonstração da probabilidade de que o recurso de apelação interposto vá ser provido - requisito geral previsto nos artigos 995 e 1.012, §4º, do CPC/2015; e (b) comprovação de que, acaso não deferida a medida liminar pretendida, eventual provimento final do recurso torne-se ineficaz - requisito que, além de previsto no art. 995 do CPC, é colocado também como requisito ao deferimento de liminares em sede de mandado de segurança, consoante prevê o artigo 7º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009.

Na hipótese dos autos, em face do julgamento pelo STF do RE 574.706 - ainda que pendente de apreciação os respectivos embargos de declaração - bem como do julgamento pela Corte Especial desta Corte do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 5051557-64.2015.404.0000, é remota a probabilidade de provimento do recurso da União, razão pela qual não há falar em atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Prescrição

Tratando-se de ação ajuizada após a LC nº 118/2005, a prescrição é quinquenal, na esteira da orientação do STF (RE nº 566.621).

ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS - Tema STF 69

Cinge-se a controvérsia à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, objeto do Tema STF 69.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706, com repercussão geral reconhecida, relatado

pela Min. Cármen Lúcia, decidiu, por maioria, 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). Ao finalizar o julgamento, 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.

O acórdão do aludido paradigma restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017)

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".

Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98). Essa conclusão também se aplica no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo) e até mesmo da Lei nº 12.973/14.

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

A propósito, quando do julgamento da questão de ordem no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade da expressão "*de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977*", contida no artigo 3º, *caput*, da Lei 9.718/98, no artigo 1º, § 1º, da Lei 10.637/02 e no artigo 1º, § 1º, da Lei 10.833/03, conforme redação dada pela Medida Provisória 627/16, posteriormente convertida na Lei 12.973/14, foi reconhecida sua perda de objeto, sob o fundamento de que, se a alteração da legislação realmente tivesse importado em modificação do conceito de receita bruta contido na redação anterior dos dispositivos em voga, o próprio Supremo Tribunal Federal teria declarado a perda de objeto do RE 574.706, deixando de pronunciar a tese do Tema nº 69.

Por oportuno, transcrevo a ementa da decisão supramencionada:

TRIBUTÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. TEMA STF 69. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AFASTADA. PRECEDENTE EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. PERDA DO OBJETO. 1. A tese firmada pelo STF, em sede de repercussão geral, no Tema nº 69 (O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS) não poderá ser afastada por esta Corte. 2. Encerrado o cerne da discussão travada na presente arguição de inconstitucionalidade, inexistente razão para prosseguimento do julgamento, tampouco para pronunciamento sobre o mérito da discussão ou sobre os limites e alcance da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Perda do objeto reconhecida. (TRF4, QUESTÃO DE ORDEM NO INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5051557-64.2015.404.0000, Corte Especial, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, JUNTADO AOS AUTOS EM 30/07/2018)

Observa-se que a União, em processos análogos, tem levantado a tese de que deve ser excluído das bases de cálculo da COFINS e do PIS somente o ICMS efetivamente recolhido.

Contudo, tenho que não merece trânsito tal pretensão, porquanto a base de cálculo do PIS e da COFINS considera o valor do ICMS destacado na nota fiscal, e não o que foi efetivamente recolhido aos cofres públicos.

Ademais, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão quando do julgamento do RE nº 574.706, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal, *in verbis*:

Desse quadro é possível extrair 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".

(...)

*Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, **todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.***

(...)

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

*Com esses fundamentos, concluo que **o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.** (sem grifos no original)*

Dessa forma, tem a parte autora o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014, a fim de que, ajustada a nova base de cálculo, apure os valores indevidamente pagos.

Por fim, a pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema.

Com efeito, a jurisprudência do STF encontra-se sedimentada no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos. Nesse sentido, refiro decisão exarada pelo Ministro Celso de Mello:

Ementa: Entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Formação, no caso, de precedente. Publicação do respectivo acórdão. Possibilidade de imediato julgamento monocrático de causas que versem o mesmo tema. Desnecessidade, para esse efeito, do trânsito em julgado do paradigma de confronto ("leading case"). Aplicabilidade à espécie do art. 1.040, inciso I, do CPC/2015. Precedentes do STF e do STJ. Doutrina. - Reclamação. Função constitucional. Inviabilidade de sua utilização como inadmissível atalho processual destinado a permitir a submissão imediata de litígio a exame direto do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Inocorrência, no caso, da alegada usurpação de competência desta Corte Suprema, bem assim de suposta transgressão à autoridade de seu julgado. Reclamação a que se nega seguimento. (Rcl 30996 TP/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe-164 DIVULG 13/08/2018 PUBLIC 14/08/2018)

A 2ª Turma deste Tribunal, na sessão de 04/09/2018, à unanimidade, acolheu esse entendimento, procedendo a juízo de retratação

(Apelação Cível nº 2007.71.00.002944-0/RS).

Da exclusão do ICMS-ST da base do PIS/COFINS

Insurge-se a recorrente contra decisão que indeferiu pedido de exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do **PIS** e da **COFINS**.

A Primeira e Segunda Turmas deste Tribunal vem afastando a tese de que o ICMS-ST deve ser excluído base de cálculo do **PIS** e da **COFINS**. Nesse sentido, voto proferido no julgamento da Apelação/Remessa Necessária 5013382-61.2017.4.04.7200 (Relator Juiz Federal Convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila, juntado aos autos em 12/12/2018), cujo teor de excerto transcrevo e adoto como razões, *verbis*:

2.2.1 Substituição tributária

Em relação ao tema, oportuno transcrever excerto do voto proferido pelo e. Des. Federal Rômulo Pizzolatti nos autos da apelação cível N. 5004343-02.2015.4.04.7203/SC, julgada à unanimidade na sessão de 06/12/2016:

*Como se vê, a **substituição tributária** "para frente" (ou "progressiva") é uma técnica pela qual 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". Não há antecipação do fato gerador; como alega a apelante, tendo o Supremo Tribunal Federal assentado, nos termos do voto-condutor do acórdão proferido pelo Ministro Ilmar Galvão nos autos da ADI nº 1851-4, que o art. 150, § 7º, da Constituição Federal antecipou "o momento do surgimento da obrigação e, conseqüentemente, da verificação do fato gerador [que deve ocorrer posteriormente, nos exatos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal] que, por isso mesmo, definiu como presumido". Tanto não há antecipação do fato gerador que a Constituição assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador.*

*Em termos bem didáticos, no regime de **substituição tributária** "para frente", o contribuinte substituto é o responsável pelo recolhimento (antecipado) do tributo, mas o contribuinte de direito continua sendo o contribuinte substituído, que é quem pratica o fato gerador. Assim, o importador/fabricante/fornecedor vendedor, recolhe o próprio **ICMS** devido sobre a operação da venda da mercadoria, em relação ao qual é o contribuinte de direito, e ainda, na condição de contribuinte substituto, recolhe (antecipadamente) o **ICMS** pelo qual é responsável, qual seja, aquele que será devido pelo adquirente - contribuinte substituído - quando esse vier a revender a mercadoria ao consumidor final. Ao contribuinte substituído, que é o contribuinte de direito daquele **ICMS** recolhido antecipadamente em regime de substituição "para frente", cabe então, quando adquire a mercadoria para revenda, reembolsar ao contribuinte substituto o valor por esse pago a título de ICMS-substituição (ICMS-ST).*

Daí decorre que, ainda que o valor devido a título de reembolso pelo ICMS-substituição (ICMS-ST) tenha de ser pago pelo contribuinte substituído ao contribuinte substituto no momento em que aquele adquire desse a mercadoria, certo é que não se trata de desembolso atinente à aquisição dos bens e serviços. Isso porque o fato gerador do ICMS recolhido em regime de substituição tributária "para frente", conforme já referido, é aquele a ser praticado pelo contribuinte substituído, ou seja, a venda/revenda da mercadoria ao consumidor final. Desse modo, os valores despendidos pelo contribuinte substituído, a título de reembolso ao contribuinte substituto pelo recolhimento do ICMS-substituição (ICMS-ST), não representam custo de aquisição, mas sim encargo incidente na venda/revenda da mercadoria ao consumidor final.

De salientar, a Lei nº 9.718/1998 excluiu da base de cálculo do PIS e da COFINS, no regime cumulativo, os valores cobrados do adquirente da mercadoria (contribuinte substituído) pelo vendedor, como reembolso do ICMS recolhido por esse na condição de substituto tributário.

Ademais, ainda que nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 não tenham realizado igual previsão de exclusão desses valores da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, no regime não-cumulativo, essa previsão é desnecessária, vez que o substituto tributário atua como mero agente repassador do tributo, e o valor que cobra do contribuinte substituído, quando a esse vende a mercadoria, não representa receita ou faturamento, mas mero reembolso pelo valor despendido a título de tributo recolhido na condição de responsável, em relação ao qual não é o contribuinte de direito.

Na mesma linha, julgado da Segunda Turma:

CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS). INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. 1. É indevida a inclusão dos valores referentes ao ICMS próprio na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. 2. Não tem o contribuinte o direito de excluir o ICMS recolhido pelo regime de substituição tributária da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (TRF4 5043065-64.2017.4.04.7000, SEGUNDA TURMA, Relator RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 07/05/2019)

PROCESSUAL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. ART. 1.012, § 3º, I, E § 4º DO CPC. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. Ao julgar o RE 574.706, o Supremo Tribunal Federal não considerou o regime de substituição progressiva do ICMS, em que um contribuinte é obrigado a recolher, além do imposto devido pela sua operação própria, o valor que seria devido pela ulterior operação de venda de empresa situada em etapa subsequente da cadeia econômica (substituída tributária). Em pese se trate do mesmo imposto, há distinções relevantes que não podem ser olvidadas. Em primeiro lugar, o substituído não recolhe o imposto ao Fisco; logo, não pode afirmar que os valores recebidos do adquirente simplesmente transitam pela sua contabilidade, sem lhe pertencerem. Em segundo lugar, o ICMS-ST diferencia-se do ICMS em um aspecto importante, que foi

*considerado pelo Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da **COFINS** e da contribuição ao PIS: no regime da substituição tributária progressiva, o imposto não é calculado "por dentro", mas "por fora", sendo adicionado ao valor de venda quando da emissão da nota fiscal, de modo que sequer integra a receita bruta do substituto tributário - e tampouco a do substituído. Frente a esse contexto, **não há fundamentos para se reconhecer o direito ao abatimento, da base de cálculo das contribuições em apreço, dos valores pagos a título de ICMS-ST, seja pelo substituto, seja pelo substituído. Não estando preenchidos os requisitos do § 4º do art. 1.012 do CPC, não está autorizada a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação. (TRF4 5021496-21.2018.4.04.0000, SEGUNDA TURMA, Relator para Acórdão ANDREI PITTEN VELLOSO, juntado aos autos em 17/09/2018)***

Portanto, o contribuinte substituído tributário não tem direito de excluir da base de cálculo para apurar os débitos de PIS/COFINS o ICMS-ST recolhido pelo substituto.

Assim, o apelo da União deve ser acolhido, no ponto.

Compensação tributária no Mandado de Segurança

Reconhecido o indébito tributário, é devida a sua restituição, por meio de compensação tributária, nos casos de mandado de segurança.

A compensação deverá ocorrer (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observadas as ressalvas do art. 26-A, da Lei nº 11.457/07, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, e (d) após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A do CTN), nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 e alterações posteriores.

Correção Monetária e juros

O indébito deve ser atualizado pela SELIC, que engloba juros e correção monetária, nos termos do art. 39, § 4º da Lei nº. 9.250/95.

Ônus sucumbenciais

A União é isenta do pagamento de custas processuais no âmbito da Justiça Federal, devendo restituir, no entanto, os valores adiantados pela parte adversa a esse título, atualizados pelo IPCA-E (Lei n. 9.289/1996, art. 4º, I, e parágrafo único).

Honorários sucumbenciais incabíveis na espécie (art. 25 da Lei 12.016/09).

Conclusão

Apelo da União parcialmente provido para reconhecer que o contribuinte substituído tributário **não tem** direito de excluir da base de cálculo, para apurar os débitos de PIS/COFINS, o ICMS-ST recolhido pelo substituto.

Prequestionamento

Em arremate, consigno que o enfrentamento das questões suscitadas em grau recursal, assim como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar junto às instâncias Superiores os dispositivos que as fundamentam. Assim, considero prequestionados, dentre outros, os seguintes artigos: a) 5º, incisos II, XXII, LV e XXXV, 37, “caput”, 93, inciso IX, 239, 145, §1º, 150, incisos I e II e §§ 6º e 7º, 155, caput, e §2º, inciso XII, alínea “b”, 195, § 3º, inciso I, alínea “b” e 239, todos da CF/88; b) 109, 110, 170-A e 176, todos do CTN; c) 39, §4º, 141, 490, 492, 489, §1º, incisos IV a VI, 525, §13º, 926, 927, V, §3º; 949, parágrafo único, e 1.040, todos do CPC; d) 2º da LC nº 70/91; 6º a 10 e 13, §1º, inciso I, da LC nº 87/96; 2º, parágrafo único da LC nº 70/90; LC nº 07/70; e) 3º, §1º e §2º, inciso I e §6º, da Lei nº 9.718/98; 27 da Lei nº 9.868/99; 1º e 3º da Lei 10.637/02; 1º e 3º da Lei nº 10.833/03; 2º da Lei nº 9.715/98; 3º da Lei n.º 9.715/98; 26 da Lei n.º 11.457/07; Lei nº 12.973/14; 1º, da Lei nº 6.899/81; 74, “caput”, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.430/96; f) 2º, §7º, do Decreto-Lei nº 406/68; 279 do Decreto n.º 3.000/99; Decreto-Lei nº 1.598/77 e 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77.

Desse modo, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração para esse exclusivo fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (art. 1.026, § 2º, do CPC).

Dispositivo

Ante o exposto, voto por **dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial.**

Documento eletrônico assinado por **MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Desembargadora Federal Relatora**, 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 **40001743068v7** e do código CRC **824a9e1f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

Data e Hora: 14/5/2020, às 15:50:14

5021104-49.2017.4.04.7200

40001743068 .V7

Conferência de autenticidade emitida em 31/05/2020 14:19:52.

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

Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300, 6º andar - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)
3213-3161 - Email: gmfatima@trf4.gov.br

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5021104-49.2017.4.04.7200/SC**RELATORA:** DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE**APELANTE:** UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (INTERESSADO)**APELADO:** VERSA COMERCIO INTERNACIONAL EIRELI - EPP (IMPETRANTE)**ADVOGADO:** FERNANDO ROBERTO TELINI FRANCO DE PAULA (OAB SC015727)**MPF:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)**EMENTA**

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS PRÓPRIO E DO ICMS-DIFAL DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF. ICMS-ST NA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PELO SUBSTITUÍDO. IMPOSSIBILIDADE.

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

3. As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da **COFINS** e do **PIS** sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar

o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706.

4. No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do *quantum* a ser recolhido aos cofres públicos.

5. A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos

6. Adoção da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 69), segundo o qual "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

7. Da mesma forma como o ICMS cobrado nas operações internas, também o ICMS cobrado sobre o diferencial de alíquotas - ICMS-DIFAL -, apenas transita pela contabilidade da empresa até ser recolhido ao Estado, daí porque sobre tais valores não deve incidir as contribuições ao PIS e à COFINS, forte na decisão do SF no RE 574.706.

8. Não se reconhece o direito do contribuinte ao abatimento, da base de cálculo do PIS e da COFINS, dos valores pagos a título de ICMS-ST, seja pelo substituto, seja pelo substituído.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de maio de 2020.

Documento eletrônico assinado por **MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Desembargadora Federal Relatora**, 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 **40001743069v2** e do código CRC **ca410581**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

Data e Hora: 14/5/2020, às 15:50:14

5021104-49.2017.4.04.7200

40001743069.V2

Conferência de autenticidade emitida em 31/05/2020 14:19:52.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO VIRTUAL DE 06/05/2020
A 13/05/2020

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5021104-49.2017.4.04.7200/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

PRESIDENTE: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

PROCURADOR(A): CAROLINA DA SILVEIRA MEDEIROS

APELANTE: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (INTERESSADO)

APELADO: VERSA COMERCIO INTERNACIONAL EIRELI - EPP (IMPETRANTE)

ADVOGADO: FERNANDO ROBERTO TELINI FRANCO DE PAULA (OAB SC015727)

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Virtual, realizada no período de 06/05/2020, às 00:00, a 13/05/2020, às 16:00, na sequência 59, disponibilizada no DE de 24/04/2020.

Certifico que a 2ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

A 2ª TURMA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

RELATORA DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

VOTANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

VOTANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL RÔMULO PIZZOLATTI

VOTANTE: JUIZ FEDERAL ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA

MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA
Secretária

Conferência de autenticidade emitida em 31/05/2020 14:19:52.