



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
4ª Turma

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002251-18.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RODOMAIOR TRANSPORTES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE SOUZA ALBINO SOBOCINSKI - PR39968-A, MARCELO AUGUSTO SELLA - PR38404-A, MATHEUS BANDIERA SOBOCINSKI - PR38833-A

OUTROS PARTICIPANTES:

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
4ª Turma

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002251-18.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RODOMAIOR TRANSPORTES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE SOUZA ALBINO SOBOCINSKI - PR39968-A, MARCELO AUGUSTO SELLA - PR38404-A, MATHEUS BANDIERA SOBOCINSKI - PR38833-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Devolução de autos à turma julgadora para juízo de retratação, nos termos do artigo 1.040, II, do CPC, à vista da decisão proferida no julgamento dos embargos de declaração no **RE nº 574.706/PR**, apreciados como representativos de controvérsia (tema 69 da repercussão geral), que modulou os efeitos do julgado, de modo a determinar a restituição dos valores indevidamente recolhidos em decorrência da inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS somente a partir de 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data (inclusive), bem

como confirmou o entendimento de que o imposto estadual a ser excluído é o destacado nas notas fiscais.

É o relatório.

dha

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
4ª Turma

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002251-18.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RODOMAIOR TRANSPORTES LTDA.

Advogados do(a) APELADO: CAMILA DE SOUZA ALBINO SOBOCINSKI - PR39968-A, MARCELO AUGUSTO SELLA - PR38404-A, MATHEUS BANDIERA SOBOCINSKI - PR38833-A

OUTROS PARTICIPANTES:

V O T O

Cuida-se de mandado de segurança com pedido de exclusão da parcela correspondente ao ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

O juízo *a quo* concedeu a segurança (Id. 90210463, págs. 03/10). Interposta apelação pela União, foi rejeitada a preliminar e negado provimento ao recurso e à remessa oficial (Id. 131637332). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (Id. 144920731). Interposto recurso extraordinário, foi determinado o sobrestamento do feito (Id. 154919239). A Vice-Presidência desta corte encaminhou os autos a esta turma, na forma do inciso II do artigo 1.040 do CPC, para análise da pertinência de eventual adequação do julgamento à modulação de efeitos determinada pelo STF, bem como revogou o sobrestamento.

O acórdão proferido por esta turma adotou orientação consentânea com a da corte suprema, porquanto afastou a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por outro lado, assinalou, no tocante à restituição, que aos valores indevidamente recolhidos a título das contribuições seria aplicado o prazo quinquenal, ou seja, restou estabelecido o direito à devolução dos numerários pagos a maior pelo prazo de 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação. No entanto, no dia 13.05.2021, foram julgados os embargos de declaração opostos no RE n. **574.706/PR**, *verbis*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em _____ que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações _____ judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por _____ maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do _____ voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Assim, em um breve resumo, têm-se as seguintes situações:

(i) para os contribuintes que ajuizaram demanda até 15.03.2017, deve ser reconhecido o direito à restituição dos numerários pagos a maior durante os 5 (cinco) anos que antecederam o referido ajuizamento, ou seja, quem ingressou com ação antes de 15.03.2017, terá legitimamente o direito a receber o indébito referente aos 5 (cinco) anos anteriores a este ingresso;

(ii) para os contribuintes que ajuizaram demanda após 15.03.2017, a esses somente será permitida a restituição retroativa do que pagou indevidamente ao fisco apenas até esta data, ou seja, não terá direito a receber o indébito referente aos últimos 5 (cinco) anos, mas, sim, apenas ao que efetivamente recolheu a maior a partir de 15.03.2017.

No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em **15.03.2017** (Id. 90210454, pág. 01), razão pela qual a restituição compreenderá o período entre 15.03.2017 e referida data.

Do ICMS destacado na nota

No julgamento do RE n. 574.706 a Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia (página 23 do inteiro teor do acórdão) esclareceu:

(...) 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. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Ante o exposto, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do CPC, **voto para que se retrate** do acórdão e, em consequência, reconhecer o direito de a contribuinte proceder à exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como que a compensação do *quantum* pago a maior a título das contribuições debatidas ocorra somente a partir da data de **15.03.2017**, conforme modulação.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS DESTACADO DAS NOTAS FISCAIS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E COFINS. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. APLICAÇÃO.

- O acórdão proferido por esta turma adotou orientação consentânea com a da corte suprema, porquanto afastou a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por outro lado, assinalou, no tocante à restituição, que aos valores indevidamente recolhidos a título das contribuições seria aplicado o prazo quinquenal, ou seja, restou estabelecido o direito à devolução dos numerários pagos a maior pelo prazo de 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação.

- Fixado o entendimento de que: a) no que toca ao limite temporal para reconhecimento do direito à devolução dos valores indevidamente recolhidos em decorrência da mencionada inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, *estabeleceu-se como parâmetro a data de 15.03.2017*, momento em que se deu o julgamento de mérito da tese; e b) o ICMS a ser excluído é o ICMS destacado na nota, conforme se verifica do trecho da ementa do julgado que consignou que “no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes”. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

- A compensação do *quantum* pago a maior a título da exclusão do ICMS destacado da nota fiscal da base de cálculo do PIS e da COFINS deve ocorrer somente a partir da data de 15.03.2017, conforme modulação.

- Acórdão retratado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu, nos termos do artigo 1.040, inciso II, do CPC, votar para que se retrate do acórdão e, em consequência, reconhecer o direito de a contribuinte proceder à exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como que a compensação do quantum pago a maior a título das contribuições debatidas ocorra somente a partir da data de 15.03.2017, conforme modulação nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE. Ausente, justificadamente, o Des. Fed. MARCELO SARAIVA, por motivo de férias. , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.