



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
6ª Turma

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001332-21.2020.4.03.6102

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ATRI COMERCIAL LTDA, ATR LOCADORA DE VEICULOS LTDA, ORLEANS COMERCIAL LTDA, KOI COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA., NEW VEICULOS E PECAS LTDA., ONTAKE VEICULOS LTDA, ORTOVEL VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO VEICULOS LTDA, TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA, EURO RP VEÍCULOS LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ATR LOCADORA DE VEICULOS LTDA, ATRI COMERCIAL LTDA, EURO RP VEÍCULOS LTDA, KOI COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA., NEW VEICULOS E PECAS LTDA., ONTAKE VEICULOS LTDA, ORLEANS COMERCIAL LTDA, ORTOVEL VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO VEICULOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
OUTROS PARTICIPANTES:



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
6ª Turma

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001332-21.2020.4.03.6102

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ATRI COMERCIAL LTDA, ATR LOCADORA DE VEICULOS LTDA, ORLEANS COMERCIAL LTDA, KOI COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA., NEW VEICULOS E PECAS LTDA., ONTAKE VEICULOS LTDA, ORTOVEL VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO VEICULOS LTDA, TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA, EURO RP VEÍCULOS LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ATR LOCADORA DE VEICULOS LTDA, ATRI COMERCIAL LTDA, EURO RP VEÍCULOS LTDA, KOI COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA., NEW VEICULOS E PECAS LTDA., ONTAKE VEICULOS LTDA, ORLEANS COMERCIAL LTDA, ORTOVEL VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO VEICULOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto por ATRI COMERCIAL LTDA. e outras, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 165884969) que, nos termos do art. 932, V e IV, do Código de Processo Civil, deu provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal e negou provimento à apelação das impetrantes, para reformar a r. sentença que concedeu a segurança onde se objetiva a exclusão dos valores relativos ao ICMS-ST (valor destacado nas notas fiscais) da base de Cálculo do PIS e da COFINS; ou, alternativamente, autorizar a apropriação de créditos de PIS e COFINS, pelas impetrantes referentes ao ICMS-ST retido na etapa anterior e cujo valor, destacado na nota fiscal de entrada, integra o custo de aquisição das mercadorias adquiridas pelas impetrantes e posteriormente destinadas à revenda. Pede ainda, a condenação da ré a repetir as contribuições indevidamente recolhidas referentes aos últimos 5 (cinco) anos, inclusive, mediante compensação tributária.

Sustentam as agravantes, em síntese, o seu direito líquido e certo de (i) excluir das bases de cálculo do PIS e COFINS o valor de ICMS-ST devido por ela e antecipado pelo contribuinte substituto na operação anterior; e/ou (ii) apropriar créditos de PIS e COFINS, pela Agravante, referentes ao ICMS-ST retido na etapa anterior e cujo valor, destacado na nota fiscal de entrada, integra o custo de aquisição das mercadorias adquiridas pelas Impetrantes e posteriormente destinadas à revenda.

Ressaltam que o ICMS-ST não guarda qualquer distinção, em sua natureza, com o ICMS próprio, tratando-se apenas de uma outra forma de arrecadação do mesmo tributo. Alegam que pretendem respaldo judicial que autorize a apropriação de crédito do PIS e da COFINS sobre a parcela referente ao ICMS-ST recolhido na etapa anterior pelo contribuinte substituto (no caso, a montadora) em substituição às Impetrantes (contribuinte substituído). Anotam que na substituição tributária, o contribuinte substituído fica liberado, em âmbito de lançamento por homologação, do cumprimento da obrigação principal de calcular e recolher o tributo quando da saída da mercadoria de seu estabelecimento. Mencionam que o contribuinte substituído não tem o direito à apropriação de qualquer crédito do imposto, isto é, o ICMS que lhe é retido pelo contribuinte substituto não entra no mecanismo de compensação entre débitos e créditos, através do qual vem a ser implementado o princípio da não cumulatividade desse imposto (art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal). Defendem que a parte apelante faz jus aos créditos da contribuição ao PIS e da COFINS pretendidos, quer porque independem da incidência de tais contribuições sobre o montante do ICMS-ST recolhido pelo substituto na etapa anterior, quer porque o valor do imposto estadual antecipado caracteriza custo de aquisição. Concluem pela a necessidade de reforma da r. Decisão aqui Agravada, a fim de que se reconheça inclusive o direito das Agravantes de creditar-se, para fins de apuração do PIS e da Cofins, das parcelas referentes ao ICMS-ST retido na etapa anterior e cujo valor, destacado na nota fiscal de entrada, integra o custo de aquisição das mercadorias adquiridas pela parte apelante e posteriormente destinadas à revenda.

Requerem a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Com contrarrazões (ID 182566542).

É o relatório.

Peço vênia para divergir da E. Relatora no que concerne aos valores de ICMS-ST incidentes sobre a base de cálculo de PIS e COFINS.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da E. Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assim ementado, in verbis:

EMENTA: 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, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Outrossim, na data de 13/05/2021, o E. Supremo Tribunal Federal, nos autos do citado RE, acolheu parcialmente os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado, fixando como marco temporal a data da sessão de julgamento de 15.03.2017 para aplicação do entendimento firmado no RE 574.706, admitida a produção de efeitos retroativos para as ações judiciais e administrativas protocoladas até o julgamento do mérito do RE.

Não fez distinção o Supremo Tribunal Federal em relação ao contribuinte direto ou em substituição tributária, ao fixar a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Segue jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional reconhecendo a legitimidade do substituído tributário postular o ressarcimento tributário dos valores recolhidos pelo substituto tributário:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. NÃO CUMULATIVIDADE. ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA (ICMS-ST). AQUISIÇÃO DE BENS PARA REVENDA POR EMPRESA SUBSTITUÍDA. BASE DE CÁLCULO DO CRÉDITO. INCLUSÃO DO VALOR DO IMPOSTO ESTADUAL. LEGALIDADE. CREDITAMENTO QUE INDEPENDE DA TRIBUTAÇÃO NA ETAPA ANTERIOR. CUSTO DE AQUISIÇÃO CONFIGURADO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, in casu, o Código de Processo Civil de 1973.

II - A 1ª Turma desta Corte assentou que a disposição do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, a qual assegura a manutenção dos créditos existentes de contribuição ao PIS e da COFINS, ainda que a revenda não seja tributada, não se aplica apenas às operações realizadas com os destinatários do benefício fiscal do REPORTE. Por conseguinte, o direito ao creditamento independe da ocorrência de tributação na etapa anterior, vale dizer, não está vinculado à eventual incidência da contribuição ao PIS e da COFINS sobre a parcela correspondente ao ICMS-ST na operação de venda do substituto ao substituído.

III - Sendo o fato gerador da substituição tributária prévio e definitivo, o direito ao crédito do substituído decorre, a rigor, da repercussão econômica do ônus gerado pelo recolhimento antecipado do ICMS-ST atribuído ao substituto, compondo, desse modo, o custo de aquisição da mercadoria adquirida pelo revendedor.

IV - A repercussão econômica onerosa do recolhimento antecipado do ICMS-ST, pelo substituto, é assimilada pelo substituído imediato na cadeia quando da aquisição do bem, a quem, todavia, não será facultado gerar crédito na saída da mercadoria (venda), devendo emitir a nota fiscal sem destaque do imposto estadual, tornando o tributo, nesse contexto, irrecuperável na escrita fiscal, critério definidor adotado pela legislação de regência.

V - Recurso especial provido.

(STJ, REsp 1428247/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 29/10/2019)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS E ICMS-ST FATURADOS DEVEM SER EXCLUÍDOS, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. EXEQUIBILIDADE DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF3 - 6ª Turma, APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO ..SIGLA_CLASSE: ApReeNec 5001765-09.2018.4.03.6130 ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO:, ..RELATOR, Intimação via sistema DATA: 26/02/2020)

E M E N T A TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706. 2. A pacificação do tema, por intermédio 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. 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. 4. Agravo de instrumento improvido

(TRF3 - 3ª Turma, AGRAVO DE INSTRUMENTO SIGLA_CLASSE: AI 5026726-37.2019.4.03.0000 ..PROCESSO_ANTIGO: ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO:, ..RELATOR, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2020)

Dessa forma, deve ser reconhecido o direito da parte impetrante, quando figure na qualidade de substituída, à exclusão do valor do ICMS-ST, na apuração da base de cálculo das contribuições do PIS e COFINS, autorizando-se a compensação dos valores indevidamente recolhidos, observada a modulação dos efeitos do RE 574.706 (marco temporal 15/03/2017).

Em face do exposto, dou parcial provimento ao agravo interno da parte impetrante.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
6ª Turma

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001332-21.2020.4.03.6102

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: ATRI COMERCIAL LTDA, ATR LOCADORA DE VEICULOS LTDA, ORLEANS COMERCIAL LTDA, KOI COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA., NEW VEICULOS E PECAS LTDA., ONTAKE VEICULOS LTDA, ORTOVEL VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO VEICULOS LTDA, TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA, EURO RP VEÍCULOS LTDA, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELANTE: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ATR LOCADORA DE VEICULOS LTDA, ATRI COMERCIAL LTDA, EURO RP VEÍCULOS LTDA, KOI COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA., NEW VEICULOS E PECAS LTDA., ONTAKE VEICULOS LTDA, ORLEANS COMERCIAL LTDA, ORTOVEL VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO COMERCIO DE VEICULOS E PECAS LTDA, TONIELLO VEICULOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-ST. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. NÃO CABIMENTO. INAPLICÁVEL O TEMA 69. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Registre-se, inicialmente, que a questão relativa ao valor pago a título de reembolso de ICMS-ST integrar, ou não, a base de cálculo do PIS e da COFINS não guarda identidade com o Tema 69 da repercussão geral – STF.

3. Ao julgar o RE 574.706-PR, extrai-se do voto condutor do acórdão da E. Ministra Cármen Lúcia, que o julgado não alcança o contribuinte que ocupa a condição de substituído tributário, pois este nada recolhe a título do ICMS na revenda das mercadorias adquiridas do substituto tributário.

4. No mesmo sentido, as decisões monocráticas proferidas no RE 1.268.858, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 03.06.2020; no RE 1.237.802, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.02.2020 e RE 1.262.424, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 04.05.2020.

5. O C. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 1.258.842-RS, ao analisar se havia repercussão geral quanto à questão relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto tributário, em regime de substituição tributária progressiva, na base de cálculo do PIS e da COFINS, reafirmou sua jurisprudência no sentido de ser inaplicável à espécie Tema 69. E, ainda, ao negar seguimento ao RE 1.258.842-RS interposto contra acórdão do TRF 4ª Região, manteve o julgado que, com base no Decreto-Lei 1.598/77, Lei 10.637/2002, Lei 10.833/2003 e LC 84/96 e 87/96, entendeu pela inexistência de direito ao contribuinte substituído excluir da base de cálculo, para apurar os débitos do PIS e da COFINS, o ICMS-ST recolhido antecipadamente pelo substituto tributário; fixando a seguinte TESE: “É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

6. Deste modo, a questão do ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS será orientada pela solução definitiva a ser dada pela E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência no REsp 1.428.247-RS, pendente de julgamento.

7. Em 15.03.2021, a E. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no AgInt. nos EDcl no REsp 1.881.576-SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, decidiu que o ICMS-Substituição Tributária não pode ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS devidos pelo substituído, simplesmente porque jamais esteve formalmente nessa mesma base de cálculo.

8. Agravo desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Registre-se, inicialmente, que a questão relativa ao valor pago a título de reembolso de ICMS-ST integrar, ou não, a base de cálculo do PIS e da COFINS não guarda identidade com o Tema 69 da repercussão geral – STF.

Ao julgar o RE 574.706-PR, extrai-se do voto condutor o acórdão da E. Ministra Cármen Lúcia, que o julgado não alcança o contribuinte que ocupa a condição de substituído tributário, pois este nada recolhe a título do ICMS na revenda das mercadorias adquiridas do substituto tributário, *in verbis*:

“11. Não desconsidero o disposto no art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998, segundo o qual: “Art. 3º, § 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta: I – (...) e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos

bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário”. O recolhimento do ICMS na condição de substituto tributário importa na transferência integral às Fazendas Públicas estaduais, sem a necessidade de compensação e, portanto, identificação de saldo a pagar, pois não há recolhimentos posteriores pelos demais contribuintes substituídos.”

No mesmo sentido, as decisões monocráticas proferidas no RE 1.268.858, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 03.06.2020; no RE 1.237.802, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.02.2020 e RE 1.262.424, Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 04.05.2020.

Com efeito, o C. Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 1.258.842-RS, ao analisar se havia repercussão geral quanto à questão relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto tributário, em regime de substituição tributária progressiva, na base de cálculo do PIS e da COFINS, reafirmou sua jurisprudência no sentido de ser inaplicável à espécie Tema 69.

E, ainda, ao negar seguimento ao RE 1.258.842-RS interposto contra acórdão do TRF 4ª Região, manteve o julgado que, com base no Decreto-Lei 1.598/77, Lei 10.637/2002, Lei 10.833/2003 e LC 84/96 e 87/96, entendeu pela inexistência de direito ao contribuinte substituído excluir da base de cálculo, para apurar os débitos do PIS e da COFINS, o ICMS-ST recolhido antecipadamente pelo substituto tributário; fixando a seguinte TESE: “*É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*”

Deste modo, a questão do ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS será orientada pela solução definitiva a ser dada pela E. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência no REsp 1.428.247-RS, pendente de julgamento.

Em 15.03.2021, a E. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no AgInt. nos EDcl no REsp 1.881.576-SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, decidiu que o ICMS-Substituição Tributária não pode ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS devidos pelo substituído, simplesmente porque jamais esteve formalmente nessa mesma base de cálculo, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituta não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituta que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituta. É o que estabelece o art. 279 do RIR/99 e o art. 3º, §2º, da Lei n. 9.718/98.

2. Desse modo, 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.

3. 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, exigido pelos arts. 3, §1º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, 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. Precedente.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1881576/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 18/03/2021)

Com esses fundamentos, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

DIVERGÊNCIA DO DES. FEDERAL JOHONSOM DI SALVO:

Deve ser reconhecido o direito da contribuinte, quando figure na qualidade de substituída, à exclusão do valor do ICMS-ST, na apuração da base de cálculo das contribuições do PIS e COFINS, autorizando-se a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em face do exposto, dou provimento parcial ao agravo interno da empresa.

E M E N T A

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS-ST. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CABIMENTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da E. Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
- Na data de 13/05/2021, o C. Supremo Tribunal Federal, nos autos do citado RE, acolheu parcialmente os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado, fixando como marco temporal a data da sessão de julgamento de 15.03.2017 para aplicação do entendimento firmado no RE 574.706, admitida a produção de efeitos retroativos para as ações judiciais e administrativas protocoladas até o julgamento do mérito do RE. Não fez distinção o Supremo Tribunal Federal em relação ao contribuinte direto ou em substituição tributária, ao fixar a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Precedentes.
- Dessa forma, deve ser reconhecido o direito da parte impetrante, quando figure na qualidade de substituída, à exclusão do valor do ICMS-ST, na apuração da base de cálculo das contribuições do PIS e COFINS, *autorizando-se a compensação dos valores indevidamente recolhidos, observada a modulação dos efeitos do RE 574.706 (marco temporal 15/03/2017)*.
- *Agravo Interno parcialmente provido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, realizado nos moldes do art. 942 do CPC, a Sexta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Desembargador Federal Souza Ribeiro, no que foi acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Johansom Di Salvo e Nery Junior, vencida a Desembargadora Federal Diva Malerbi e o Juiz Federal Convocado Otavio Port que lhe negava provimento. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal Souza Ribeiro, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Assinado eletronicamente por: LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO

07/01/2022 13:41:58

<https://pje2g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: 250836665



22010713415799900000249325688

IMPRIMIR

GERAR PDF