

**PROCESSO Nº:** 0806412-63.2020.4.05.8300 - **PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**

**AUTOR:** \_\_\_\_\_

**ADVOGADO:** Arthur Holanda Araújo e outro

**RÉU:** UNIAO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL e outro

**3ª VARA FEDERAL - PE (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)**

## **SENTENÇA**

Vistos etc.

### **I - RELATÓRIO**

\_\_\_\_\_ ajuizou a presente ação de rito ordinário em desfavor da UNIÃO/FAZENDA NACIONAL objetivando, em suma, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária com a Fazenda Nacional, no sentido de recolher o PIS e a COFINS excluindo-se das suas bases de cálculo o ICMS destacado nas faturas, requerendo a compensação do indébito dos últimos 05 (cinco) anos. constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Contribuição para o COFINS nas operações realizadas pela autora, recolhidos sobre o faturamento, condenando a Ré à compensação dos valores pagos a maior, a este título e sobre a referida base de cálculo, respeitada a prescrição quinquenal.

Para tanto, sustentou, em suma, que os valores percebidos a título de ICMS, quando da prestação de seus serviços, não constituem receita bruta ou faturamento da empresa, base de cálculo das citadas contribuições, mas, tão-somente, simples fluxo de caixa, e que tal questão já se encontra dirimida em definitivo pelo STF (RE 574.706), no entanto, a Demandada vem tentando dar interpretação diversa à decisão proferida pela Corte Suprema, passando a exigir o valor correspondente a diferença entre o ICMS destacado e o ICMS recolhido.

Instrui a inicial com documentos.

Contestação da UNIÃO/PFN (id. 13963618) em que sustenta, preliminarmente, o caráter não definitivo do entendimento firmado no RE nº 574.706/PR, porque o referido paradigma foi objeto de embargos declaratórios em face de contradição, obscuridade, erro material e omissão, o que poderá resultar em efeitos infringentes, entre os quais a modulação dos efeitos, devendo o feito ser suspenso. No mérito, aduz, em síntese, a impossibilidade de se afastar, da base de cálculo das contribuições, o valor do ICMS destacado na nota fiscal, sob pena de excluir desta base mais do que o devido ao Estado, a título de ICMS, que não encontra amparo no RE 574.706.

Apresentada réplica (id. 14048384).

Deferido o sobrestamento do feito ante as alegações do ente federal (id. 14056466), da qual a Fazenda Nacional deu-se por ciente (id. 14123260).

Sucinto relatório, decido.

## **II - FUNDAMENTAÇÃO**

Por se tratar de matéria que prescinde de produção de outras provas, a teor do inciso I do art. 355, julgo antecipadamente o mérito e, porque entendo que o feito não deve mais ficar sobrestado, torno sem efeito a decisão de id. 14056466 pelas razões abaixo expostas.

No presente caso, cinge-se a controvérsia de mérito à verificação do direito da parte autora à exclusão do valor recolhido a título de ICMS de seu faturamento/receita bruta utilizado como base de cálculo das contribuições para o PIS e COFINS.

Com efeito, o art. 195, I, 'b', da Carta Magna de 1988, com a redação alterada pela EC nº 20/98, assegurou o financiamento da Seguridade Social por meio de contribuições cobradas do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a receita ou faturamento.

A COFINS e a contribuição para o PIS têm como base de cálculo a receita ou faturamento do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada, ex vi dos art. 195, I, 'b', e art. 239 da CF/88.

Por seu turno, a Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 2º, estabelece o conceito de faturamento mensal como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, excluindo da base de cálculo da COFINS o valor do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal (a) e das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente (b).

Por sua vez, o ICMS possui como hipóteses de incidência a circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, integrando o preço de tais mercadorias e serviços.

Nesse passo, embora os encargos tributários sejam incluídos no valor final do serviço e repassados ao consumidor, não integram esses a receita bruta e o faturamento da empresa, devendo ser excluídos do cálculo da contribuição para o PIS e COFINS, que têm, justamente, a receita bruta/faturamento como sua base de cálculo.

Destaco, por fim, que a reabertura da discussão sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ora em debate no âmbito do STF encontrou seu desfecho no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, em que se decidiu, em repercussão geral, que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Logo, inequívoca a exclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e COFINS.

No entanto, acerca do valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, deve ser considerado **o valor destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR**, afastando-se, pois, o que restou decidido na Solução de Consulta Interna Cosit n.º 13, § único, do artigo 27, da IN 1.911/2019, publicada em 15/10/2019.

Confiram-se recentes julgados dos Tribunais Regionais acerca do tema:

E M E N T A PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICABILIDADE DO RE 574.706/PR. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. 1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada. 2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta. 3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente. 4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação. 5. **O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR.** 6. Não é cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo os órgãos colegiados decidir as questões pendentes com base na tese firmada pelos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 927, III e 1.039, ambos do Código de Processo Civil. 7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário. 8. A compensação deverá observar o regime jurídico vigente à época da propositura da ação, conforme REsp 1.137.738/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. 9. Sendo assim, a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o mandado de segurança foi impetrado em 20/06/2017 (ID 48650366). 10. Os demais parâmetros impostos em sentença estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ. 11. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência. 12. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida". (ApReeNec 5001300-18.2017.4.03.6103, Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 31/07/2019.)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS EFETIVAMENTE RECOLHIDO OU DESTACADO NA NOTA FISCAL. PRINCÍPIO DA

NÃO- CUMULATIVIDADE. RE Nº 574.706. PRECEDENTE DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. EXTENSÃO AO ISS. CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO DO INDÉBITO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. 1. Trata-se de 5 embargos de declaração opostos em face do acórdão que, adequando-se ao precedente firmado no RE nº 574.706, reconheceu a exclusão do ICMS efetivamente pago da base de cálculo do PIS e da COFINS, relativamente aos valores indevidamente recolhidos a esse título nos últimos

10 anos que antecederam ao ajuizamento da ação. 2. Inicialmente, deve ser provido o recurso da Caixa, pois, embora a referida empresa pública fosse dotada de capacidade tributária para arrecadação dos tributos questionados ao tempo do ajuizamento da ação, nunca foi detentora da competência para instituição do PIS e da COFINS/FINSOCIAL, de modo que não detém legitimidade para figurar no polo passivo de demanda onde discutidos os contornos da incidência tributária. 3. No julgamento do RE nº 593.849, o STF firmou entendimento no sentido de que, para aplicação de orientação firmada em repercussão geral, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão. Basta a publicação da ata do julgamento do recurso, onde fixada a tese paradigma, no Diário de Justiça. 4. Quanto à parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, embora se tenha compreendido, inicialmente, que o precedente o RE nº 574.706 não teria assegurado a exclusão do ICMS destacado na nota fiscal da incidência das contribuições questionadas, mas apenas daquele efetivamente recolhido por cada contribuinte, a fim de impedir a subtração da base de incidência das contribuições federais valores superiores àqueles efetivamente recolhidos aos cofres estaduais, não parece ter sido este o entendimento adotado no voto que saiu vitorioso no referido precedente. 5. Isso porque, em seu voto apresentado no aludido RE nº 574.706, a eminente Relatora, Ministra Carmem Lúcia, destacou 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".** 6. **Desse modo, depreende-se que o ICMS passível de exclusão da base do PIS e da COFINS é 1 aquele incidente sobre a operação, ou seja, o destacado na nota fiscal de saída** 7. Quanto à pretensão de aplicação do precedente contido no RE nº 574.706 ao ISS, apesar desse entendimento vir sendo atualmente adotado por esta Turma, no caso dos autos, a matéria já havia sido examinada e decidida em sentido diverso, de modo os embargos de declaração não são a sede recursal adequada, especialmente quando não há precedente vinculante específico sobre o tema, para rever questão já decidida. 8. Com relação aos critérios de atualização do indébito reconhecido, considerando que a demanda foi proposta no ano de 1985, muito antes do início da vigência da taxa Selic, a atualização dos valores a serem repetidos deverá observar os índices oficiais previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, devendo ser provido o recurso

nesse ponto. 9. Também a questão relativa aos ônus da sucumbência merece reforma, pois, a partir da atribuição de eficácia infringente no julgamento dos embargos declaratórios anteriormente opostos, com acolhimento parcial da pretensão deduzida a partir do reconhecimento da exclusão do ICMS efetivamente pago da base de cálculo do PIS e da COFINS, houve sucumbência recíproca, de modo que os honorários devem ser compensados entre as partes, na forma do então vigente art. 21 do CPC/73, de aplicação ao caso, conforme entendimento pacificado nesta Turma Especializada, por se tratar de ação proposta antes da vigência do NCPC. 10. Embargos de declaração da Caixa providos, embargos de declaração dos autores parcialmente providos e desprovimento dos embargos de declaração da União". (APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0713781-07.1985.4.02.5101, LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - 4ª TURMA ESPECIALIZADA.)

"E M E N T A TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO PIS COFINS. EXCLUSÃO ICMS E ISS. POSSIBILIDADE. ICMS-ST. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. EXCLUSÃO. BASE CÁLCULO IRPJ E CSLL. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS. - A pendência de julgamento de embargos de declaração no RE nº 574.706/PR não configura óbice à aplicação da tese firmada pelo STF, ainda que pendente análise de modulação dos efeitos da decisão embargada. - O Plenário do STF reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não podendo integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. - Restou consignado o Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", assim, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo STF. - **O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal.** - A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica. [...] (ApCiv 5003121-69.2018.4.03.6120, Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, TRF3 - 4ª Turma, Intimação via sistema DATA: 10/07/2019.) - grifei

Pois bem, revejo meu entendimento de sobrestar o presente feito pois, ainda que não tenha sido julgada a modulação do referido julgado pelo STF, a Corte Suprema já decidiu, reiteradamente, que o referido acórdão, a partir de sua publicação, tem efeito imediato, consoante dispõe o art. 1.040 do CPC, entendimento ao qual me curvo.

Como exemplo, transcrevo a decisão do Ministro Marco Aurélio no RE 463152, publicada em 17/03/2018, afastando o sobrestamento:

"DECISÃO COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO - PRECEDENTES: RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 240.785/MG, PLENO, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, ACÓRDÃO PUBLICADO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 8 DE OUTUBRO DE 2014 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706/PR, PLENO, RELATORA MINISTRA CARMÉN LÚCIA, ACÓRDÃO PUBLICADO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 2 DE OUTUBRO 2017 - PROVIMENTO.

1. Afasto o sobrestamento anteriormente determinado. Conforme consignado, asistemática prevista no artigo 1.040, do Código de Processo Civil, determina, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.

2. O Supremo, no recurso extraordinário nº 240.785/MG, de minha relatoria, concluiu, em 8 de outubro de 2014, o julgamento da controvérsia versada neste processo, proclamando, por maioria de votos - 7 a 2 -, a não inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da COFINS. O entendimento foi confirmado pelo Pleno, sob o ângulo da repercussão geral, quando do exame do recurso extraordinário nº 574.706-9/PR, relatora a ministra Cármen Lúcia. Na sessão de 15 de março de 2017, foi aprovada a seguinte tese "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins". Eis a síntese do acórdão, publicado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017: ()

3. Provejo o extraordinário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, reconhecendo ainda o direito de a contribuinte reaver, mediante compensação, os valores já recolhidos e não prescritos, devidamente corrigidos. Sob o ângulo da atualização, observem o mesmo índice utilizado pela Receita na cobrança do tributo. Ficam invertidos os ônus da sucumbência. ()" (RE 463152, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 19/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-059 DIVULG 26/03/2018 PUBLIC 27/03/2018)

Também neste sentido, confira-se julgado mais recente do TRF/4ª Região:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. 1. Ainda que se admita que o STF possa determinar a suspensão de todas as ações que discutam a matéria objeto de repercussão geral, deve fazê-lo de forma expressa, o que não ocorreu na hipótese. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574706, pelo regime de repercussão geral (Tema 69), fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. [...] 6. Apelação da União e remessa necessária parcialmente providas.

(TRF-4 - APL: 50043484720174047205 SC 5004348-47.2017.4.04.7205, Relator: ROGER RAUPP RIOS, Data de Julgamento: 12/06/2019, PRIMEIRA TURMA)

No tocante à compensação do indébito, ressalto que esta deve ser efetuada nos termos e limites previstos no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 49 da Lei nº 10.637/2002, observado o disposto no artigo 170-A do CTN.

"Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)".

"Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)".

Assim, a título de correção monetária e juros de mora, deverá incidir, sobre os valores recolhidos a maior, a taxa SELIC.

Firme nas razões declinadas, entendo que a **procedência** dos pedidos é medida de rigor.

### **III - DISPOSITIVO**

Do exposto, julgo procedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC, reconhecendo o direito da parte autora ao recolhimento das contribuições devidas a título de PIS e COFINS mediante a **exclusão**, da respectiva base de cálculo, **dos valores correspondentes ao**

**ICMS destacado na nota fiscal** bem como para declarar o direito à compensação dos créditos oriundos dos pagamentos indevidos anteriores, respeitada a prescrição quinquenal.

A compensação ora autorizada, entretanto, deve se submeter ao trânsito em julgado da sentença, uma vez que a existência ou não do direito invocado na inicial depende de prévia averiguação da Administração acerca da existência ou não de créditos a compensar.

Para o cálculo dos juros e correção monetária deverá ser aplicada a taxa Selic, em conformidade com o previsto no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Custas ex lege.

Condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC.

Sentença **não** sujeita ao reexame necessário. P.

R. I.



Processo: **0806412-63.2020.4.05.8300**

Assinado eletronicamente por:

**FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO -**

**Magistrado**

**Data e hora da assinatura:** 06/05/2020 15:13:56

**Identificador:** 4058300.14356428



20050615135648600000014390618

**Para conferência da autenticidade do documento:**

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