



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000696-31.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: [REDACTED]

Advogados do(a) APELANTE: MARCOS TAVERNEIRO - SP185517-A, CAIO AMURI VARGA - SP185451-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000696-31.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE: [REDACTED]

Advogados do(a) APELANTE: MARCOS TAVERNEIRO - SP1855170A, CAIO AMURI VARGA - SP185451-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação em mandado de segurança impetrado por [REDACTED]

[REDACTED], em face do **Delegado da Receita Federal do Brasil em Barueri/SP**, no qual se pretende o reconhecimento do direito líquido e certo da Impetrante à exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e COFINS, bem como requer o reconhecimento do direito de crédito em face da União no que concerne aos pagamentos indevidamente realizados a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014 (janeiro de 2015).

Inicialmente, o MM. Juiz concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade da contribuição ao PIS e da COFINS calculadas com a inclusão da parcela do ICMS em sua base de cálculo, determinando a incidência das exações calculadas sobre base de cálculo não integrada por tal acréscimo. Determinou, ainda, à impetrada que se absteresse de exigir da impetrante tal recolhimento sobre essas verbas, bem assim se privasse de adotar qualquer ato material de cobrança dos valores pertinentes a maior (ID 6494791).

A União interpôs recurso de apelação e a impetrante opôs embargos de declaração, para o fim de sanar omissão, reconhecendo-se o direito pleiteado (exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS) e a compensação dos valores indevidamente recolhidos a partir da entrada em vigor da Lei 12.973/14 (01/01/2015), sob pena de acarretar prejuízos às partes, sobretudo a configuração de litispendência entre o presente feito e o Mandado de Segurança nº 0004875-77.2013.403.6130.

O Juízo *a quo* rejeitou os embargos de declaração e, de ofício, reconheceu a litispendência em relação ao mandado de segurança nº 0004875-77.2013.403.6130. Por decorrência, por ter sido prolatada com base em erro de fato essencial, declarou a nulidade da sentença e, com fundamento no artigo 6.º, parágrafo 5.º, da Lei nº 12.016/2009, denegou a segurança pretendida, sem resolver o mérito da impetração (ID 6494802).

Opostos novos embargos de declaração pela impetrante, estes foram rejeitados (ID 6494805).

Apela a impetrante requerendo a reforma da sentença por considerar ausente a litispendência, uma vez que a aplicação da decisão proferida no mandado de segurança nº 0004875-77.2013.403.6130 terá sua aplicação limitada a 31 de dezembro de 2014, sendo que neste *mandamus* o período de apuração é distinto, pois pleiteia-se a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS a partir da vigência da Lei nº 12.973/14 (janeiro de 2015).

No mérito, requer a concessão da segurança para excluir os valores relativos ao ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a partir de janeiro de 2015, bem como ver reconhecido o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente, também a partir de janeiro de 2015.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000696-31.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. MAIRAN MAIA

APELANTE:

Advogados do(a) APELANTE: MARCOS TAVERNEIRO - SP1855170A, CAIO AMURI VARGA - SP185451-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Inicialmente, considero prejudicada a apelação da União Federal, ante a alteração da sentença em sede de embargos de declaração pelo MM. Juízo *a quo*.

Passo à análise da apelação da impetrante.

Cuida-se a presente ação de avaliar se está presente a litispendência, sobre a qual dispõe o novo CPC/2015:

"Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

VI - litispendência ;

(...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso. (...)"

Do compulsar dos autos, denota-se que a presente ação possui o seguinte pedido:

"... c) ao final, após ouvido o Ministério Público, o julgamento totalmente procedente, concedendo-se a segurança face à inexistência de relação jurídico-tributária, para garantir o seu direito líquido e certo de efetuar o recolhimento das Contribuições ao PIS e à COFINS sem a inclusão nas suas bases cálculo dos valores relativos ao ICMS, conforme determinam as Leis nºs 9.718/1998 (artigos 2º e 3º), 10.637/2002 (artigo 1º, §§1º e 2º) e 10.833/2003 (artigo 1º, §§1º e 2º), com a alteração advinda da Lei nº 12.973/2014, haja vista a inconstitucionalidade decorrente da violação ao artigo 195, inciso I, alínea "b" da Constituição Federal de 1988, bem como em decorrência da ilegalidade oriunda da afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, nos exatos termos dos itens "III. A." e "III. B."

d) ainda no âmbito da segurança a ser concedida, requer seja reconhecido o seu direito de compensar, após o trânsito em julgado, os valores recolhidos indevidamente a título de PIS e COFINS apurados sobre os valores recolhidos pela Impetrante a título de ICMS desde a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014 (i.e. 1º de janeiro de 2015), com débitos vincendos de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, excetuados os de natureza previdenciária, assegurando-lhe a atualização dos créditos pela taxa SELIC de que trata o artigo 39 da Lei nº 9.250/1995, desde o recolhimento indevido até a efetiva compensação." – grifei.

Em consulta ao sistema eletrônico deste Tribunal, constata-se que o mandado de segurança nº 0004875-77.2013.403.6130 foi impetrado em 30/10/2013, ou seja, antes da vigência da Lei nº 12.973/14.

Percebe-se, assim, que os períodos discutidos nos mandados de segurança são distintos, sendo alvo da presente ação, inclusive, a legalidade e constitucionalidade da Lei nº 12.973/14, a qual, por óbvio, não constou da causa de pedir do mandado de segurança 0004875-77.2013.403.6130.

Nesse sentido, não se pode reconhecer a litispendência, conforme já decidido por esta E. Terceira Turma em casos similares:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. LITISPENDÊNCIA AFASTADA. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

1. Em análise preliminar, reconhece-se a inexistência de litispendência, haja vista que a causa de pedir do mandado de segurança de nº 0012674-96.2006.4.03.6105 referia-se à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a égide da legislação anterior à Lei nº 12.973/14, justamente a causa de pedir dos presentes autos.

2. Isto decorre porque, com a alteração do quadro normativo, os efeitos daquela norma individual e concreta exarada naqueles autos não são mais hábeis a afetar os atos jurídicos que são editados com base na nova legislação.

3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

5. Recurso de apelação provido.

(Ap 5000068-08.2017.403.6123, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, Julgamento em 16/05/2018) – grifei.

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. NÃO HÁ LITISPENDÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA. **1. Em primeiro lugar, não há que se falar em litispendência, pois se trata de períodos distintos do recolhimento das exações. 2. No presente mandado de segurança, o período reclamado se inicia em 1.º de janeiro de 2015, enquanto no Mandado de Segurança nº 0012669-91.2008.4.03.6109, o termo encerra em dezembro de 2014.** 3. Ex vi do artigo 1013, §3.º do CPC, é factível arrostar o mérito. 4. No mérito, o Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do RE 240.785/MG, posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, conforme constou do Boletim de Notícias nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal. 5. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS da Cofins sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF. 6. Reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o mandamus foi ajuizado em 29/10/2015 e, tal qual fez o C. STJ no citado precedente julgado sob o regime do art. 543-C, do CPC/73, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. 7. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta Turma, em consonância com o entendimento do STF. 8. Apelação

provida.

(AMS 00040580820154036109, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017) – grifei.

De rigor, portanto, a reforma da sentença para afastar o reconhecimento da litispendência.

Afastado o fundamento que, em primeiro grau de jurisdição, determinou a extinção do processo sem resolução do mérito, cabe a este Tribunal prosseguir no julgamento de mérito, conforme artigo 1.013, §3º, inciso I, do CPC de 2015.

Cuida-se a presente ação de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter a declaração do direito de excluir o valor do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, após a vigência da Lei nº 12.973/14, bem como o reconhecimento do direito de proceder à compensação tributária do montante recolhido a maior.

O e. STF julgou o RE nº 574.706/PR, que trata do tema relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), ementado nos seguintes termos:

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. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Com efeito, a questão não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

Quanto ao objeto destes autos, as alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm 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.

Este é o entendimento tanto desta E. Terceira Turma, como de outras Turmas desta Corte, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO SUBMETIDO DE OFÍCIO. RECURSO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA, CONHECIMENTO PARCIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. **LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA.** RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO, SUBMETIDO DE OFÍCIO, DESPROVIDO. 1. Preliminarmente, a r. sentença deve ser submetida ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09. 2. Não se conhece da parte do recurso de apelação no que se refere à questão da compensação, haja vista que não fora sucumbente nesta parte. 3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 4. **Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS - Lei nº 12.973/14 - não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.** 5. Recurso de apelação conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido; e, reexame necessário, submetido de ofício, desprovido.

(Ap 00074911320164036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PLENO C. STF. RE 574.506 - TEMA 69. REPERCUSSÃO GERAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTRIÇÕES. 1. Novo julgamento, proferido em juízo de retratação, ante a reapreciação oportunizada pela Vice-Presidência desta Corte, conforme previsto no art. 1.040, inc. II, do CPC/15. 2. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. 3. A orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. **A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa.** 4. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, pelo C. STF, necessária a análise do pedido de compensação. 5. O presente mandamus foi impetrado após as alterações introduzidas pela Lei 10.637/02 e 11.457/07, portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto com as contribuições sociais de natureza previdenciária, previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212 /90, observada a prescrição quinquenal dos créditos e o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito. Assim também, o procedimento para o levantamento dos depósitos judiciais deve ser realizado após o trânsito em julgado, junto à Vara de origem. 6. Pela sistemática vigente, são dispensáveis a intervenção judicial e procedimento administrativo prévios, ficando sua iniciativa e realização, sob responsabilidade do contribuinte, sujeito, porém ao controle posterior pelo Fisco. 7. A compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco. 8. O provimento da ação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN. 9. De acordo com o art. 3º da Lei Complementar 118/05, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário ocorre, de forma definitiva, no momento do pagamento antecipado (art. 150, § 1.º, do CTN), independentemente de homologação. 10. Inocorrência de prescrição, no feito, por se tratarem de parcelas com recolhimentos posteriores a novembro de 2003 e a impetração ocorreu em 18/11/2008. 11. A apelante-impetrante comprovou o recolhimento da exação, por meio da documentação acostada aos autos, realizando ainda depósitos judiciais do montante controvertido, a partir da competência de maio de 2009. 12. Os créditos do contribuinte a serem utilizados para compensação devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, pela aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, devendo ser afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária. 13. A r. sentença recorrida deve ser reformada, tão somente para restringir a compensação dos indébitos com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto com as contribuições sociais de natureza previdenciária, previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212 /90, observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito, sujeitando-se à devida homologação pelo Fisco, bem como, para determinar o levantamento dos depósitos judiciais, após o trânsito em julgado do feito. 14. Juízo de retratação exercido. Apelação da União improvida e Apelação da impetrante e remessa necessária parcialmente providas. (ApReeNec 00284127120084036100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/04/2018) – grifei.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. REFORMA DO JULGADO. EFEITOS MODIFICATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. - Observo que não há se falar em sobrestamento do feito, uma vez que, para a aplicação do entendimento sedimentado no acórdão proferido no RE nº 574.706 é suficiente a publicação da respectiva ata de julgamento, o que ocorreu em 20/03/2017 (DJe nº 53), conforme previsão expressa do artigo 1.035, § 11, do CPC. Precedentes. - Além disso, o próprio STJ, ao julgar matéria análoga (exclusão do ICMS da base de apuração do PIS/COFINS), modificou seu posicionamento para adotar a posição definida pelo recente julgado do STF (AgInt no AREsp 380698/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 28/06/2017). Frise-se ainda que eventual recurso interposto para a modulação dos efeitos do acórdão não comporta efeito suspensivo. Nesse contexto, descabido se falar em qualquer omissão sob esse aspecto. - De outra parte, o acórdão embargado negou provimento ao apelo interposto para manter a sentença que julgou procedente o pedido e declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, bem como que o montante recolhido e não prescrito será atualizado pela SELIC e compensado (IN 1.300/2012, artigo 170-A do CTN.). Foi considerada para tanto a jurisprudência da Corte Suprema no sentido do reconhecimento de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins (RE nº 574.706, com repercussão geral). Nesse contexto, descabe falar-se em omissão quanto à aplicabilidade das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03 tampouco quanto à alegação de que, se o constituinte almejasse que as contribuições que financiam a Seguridade Social incidissem somente sobre o lucro das empresas não teria separado, nas alíneas "b" e "c" do inciso I do artigo 195 da Lei Maior, as bases impositivas receita ou faturamento, de um lado, e lucro, de outro, haja vista o entendimento firmado no julgamento mencionado, o qual fundamenta o decisum ora embargado. Ademais, tais argumentações sequer constaram do apelo interposto. **O mesmo entendimento se aplica no que toca às alegações relativas à Lei nº 12.973/14.** - Verifica-se, ademais, que a embargante deduz argumentos pelos quais pretende obter a reforma do julgado. No entanto, o efeito modificativo buscado não encontra respaldo na jurisprudência. - Embargos de declaração rejeitados. (Ap 00045685820144036108, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2018) – grifei.

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 a concessão da segurança.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente a partir de janeiro de 2015, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário com a juntada de guias DARF (ID 6494665).

A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, uma vez que o presente *mandamus* foi ajuizado em 04/05/2017, conforme REsp 1.137.738/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos.

Entretanto, a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PIS E COFINS. COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26, DA LEI N.º 11.457/2007. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA CORTE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Deve-se afastar a apreciação, por esta Corte Superior, da arguida inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 11.457/2007, cuja competência está jungida ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

II - Por outro lado, no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007, encontra-se explicitado que a possibilidade de compensação tributária com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disposta no art. 74 da Lei 9.430/1996, não é absoluta, **devendo ser ressalvadas as contribuições sociais a que se referem o art. 2º da Lei n. 11.457/2007, ou seja, aquelas previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/1991**. Nesse mesmo sentido: AgRg no REsp 1425405/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 25/09/2014; AgRg no REsp 1466257/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 24/09/2014.

III - Agravo interno improvido

(AgInt no REsp 1676842/AL, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2018) – grifei.

Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional (REsp nº 1.164.452/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).

Em relação à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito (REsp 1.112.524/DF submetido à sistemática dos recursos repetitivos), bem como seu termo inicial de incidência é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.
3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Por fim, fica 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.

Ante o exposto, **julgo prejudicada** a apelação da União, **dou provimento** à apelação da impetrante para reformar a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito e, com fundamento no artigo 1.013, §3º, I, do CPC/15, **concedo** a segurança para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, após a vigência da Lei nº 12.973/14, bem como **reconheço** o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente a partir de janeiro de 2015, observados os termos da fundamentação.

Sem condenação em verba honorária, a teor das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal, bem como do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Custas na forma da lei.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO UNIÃO PREJUDICADA. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 1.013, §3º, I, DO CPC/15. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.973/14. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDA.

1. Prejudicada a apelação da União Federal, ante a alteração da sentença em sede de embargos de declaração pelo MM. Juízo *a quo*.
2. Embora ambos os feitos objetivem provimento jurisdicional que autorize exclusão dos valores relativos ao ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o presente caso, fundado na superveniência da lei nº. 12.973/2014, versa sobre nova causa de pedir, uma vez que diz respeito apenas aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2015 e, portanto, que trata de períodos de apuração diversos.
3. Em consulta ao sistema eletrônico deste Tribunal, constata-se que o mandado de segurança nº 0004875-77.2013.403.6130 foi impetrado em 30/10/2013, ou seja, antes da vigência da Lei nº 12.973/14.
4. Conclui-se, assim, que existe, quando menos, o justo receio da exigência, pela autoridade fiscal, de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, com base nas alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14, cuja legalidade e constitucionalidade devem ser objeto de exame pelo Poder Judiciário.
5. Afastado o fundamento que, em primeiro grau de jurisdição, determinou a extinção do processo sem resolução do mérito, cabe a este Tribunal prosseguir no julgamento de mérito, conforme artigo 1.013, §3º, inciso I, do CPC de 2015.
6. O e. STF julgou o RE nº 574.706/PR, que trata do tema relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral.
7. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm 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. Precedentes.
8. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente a partir de 01/2015, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário com a juntada de guias DARF.
9. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02. Precedente do C. STJ.
10. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça

11. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

12. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

13. 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.

14. Apelação da União prejudicada e apelação da impetrante provida para reformar a sentença e, com fundamento no artigo 1.013, §3º, I, do CPC/15, conceder a segurança para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, após a vigência da Lei nº 12.973/14, bem como para reconhecer o direito de compensar os valores recolhidos indevidamente a partir de janeiro de 2015, observados os termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicada a apelação da União, deu provimento à apelação da impetrante para reformar a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito e, com fundamento no artigo 1.013, §3º, I, do CPC/15, concedeu a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Assinado eletronicamente por: **MARCIO FERRO CATAPANI**

19/12/2018 16:47:47

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

ID do documento: **12977437**



18121916442819300000012741704

IMPRIMIR

GERAR PDF