

RECURSO DE REVISTA

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso 1015658-98.2018.4.01.3800/TRF6
Tribunal TRF6
Relator Marcelo Dolzany Da Costa
Julgado em 31/05/2026

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pela União contra sentença que concedeu a segurança para afastar a inclusão do ICMS-ST (na condição de contribuinte substituído), da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, r...

RESUMO

Remessa necessária e apelação da União contra sentença que concedeu segurança excluindo ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS e reconheceu direito à compensação. O relator negou provimento monocrático por aplicação do Tema 69 do STF (ICMS não compõe base de PIS/COFINS), mas destacou que o Tema 1.098 considerou infraconstitucional a controvérsia específica sobre ICMS-ST, afastando repercussão geral para essa modalidade.

EMENTA

Trata-se de remessa necessária e apelação interposta pela União contra sentença que concedeu a segurança para afastar a inclusão do ICMS-ST (na condição de contribuinte substituído), da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, reconhecendo, ainda, o direito da impetrante à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Em suas razões recursais, a apelante sustenta que o entendimento firmado pelo STF no Tema 69 não se aplica ao ICMS-ST, em razão das peculiaridades do regime de substituição tributária, no qual o imposto é recolhido antecipadamente pelo substituto tributário. Argumenta que a legislação autoriza apenas o substituto a excluir o ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS, inexistindo previsão semelhante para o substituído, para quem o imposto integra o custo da mercadoria e a receita bruta da revenda. Defende que a exclusão pretendida afronta os conceitos legais de receita bruta e pode gerar dupla exclusão do mesmo valor na cadeia econômica. Requer, assim, a reforma da sentença para reconhecer a legitimidade da inclusão do ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e da apelação.

Nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil, compete ao relator, por decisão monocrática, dentre outras hipóteses, negar provimento a recurso contrário a julgados proferidos em regime de repetitivos por

Cortes Superiores (inciso IV, "b") ou, após facultadas as contrarrazões, dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida contrariar tais precedentes (inciso V, "b").

A hipótese dos autos enquadra-se nesse parâmetro, razão pela qual comporta julgamento monocrático.

A controvérsia restringe-se à possibilidade de inclusão do ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, em sessão de 15/03/2017, Relatora Ministra Cármen Lúcia, fixou a seguinte tese (Tema 69):

"O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS."

Na sessão de 13/05/2021, ao apreciar os embargos de declaração opostos pela União, a Suprema Corte definiu que o valor a ser excluído da base de cálculo é o ICMS destacado nas notas fiscais, e modulou os efeitos da decisão a partir de 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

Posteriormente, no julgamento do RE nº 1.452.421/PE (Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. 22/09/2023, DJe 29/09/2023 - Tema 1.279), o STF reafirmou que não cabe pedido de devolução de valores ou compensação tributária referentes à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS quando o fato gerador ocorreu antes de 15/03/2017, ressalvadas as ações ajuizadas até aquela data.

A tese fixada foi a seguinte:

"Em vista da modulação de efeitos no RE 574.706/PR, não se viabiliza o pedido de repetição do indébito ou de compensação do tributo declarado inconstitucional se o fato gerador do tributo ocorreu antes do marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos protocolados até 15/3/2017."

No tocante ao ICMS-ST, ora em debate, o STF, ao julgar o RE nº 1.258.842/RS (Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, j. 14/08/2020, DJe 15/09/2020), firmou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 1.098):

"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."

Na sequência, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 1.896.678/RS e 1.958.265/SP (Tema 1.125), sob o rito dos repetitivos, para julgamento da questão: "Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído."

Em sessão realizada em 13/12/2023, o STJ concluiu o julgamento do Tema Repetitivo 1.125, firmando a seguinte tese:

"O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte

substituído no regime de substituição tributária progressiva" (Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 28/02/2024).

Na ocasião, o Tribunal modulou os efeitos da decisão a partir da publicação da ata de julgamento (28/02/2024), ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data.

Contudo, ao apreciar os embargos de declaração opostos pela União, em 20/06/2024, a Corte Superior alterou a modulação de efeitos, adotando o mesmo marco temporal fixado pelo STF no RE nº 574.706/PR (15/03/2017), diante da identidade entre as matérias.

Assim, os contribuintes têm direito à exclusão do ICMS-ST destacado na nota fiscal de venda do substituto tributário da base de cálculo do PIS e da COFINS quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 15/03/2017.

Para os fatos anteriores, a exclusão é devida apenas aos contribuintes que tenham ajuizado ações judiciais ou protocolado pedidos administrativos até essa data, observando-se, em qualquer hipótese, o prazo prescricional de cinco anos.

Dessa forma, estando a questão pacificada mediante precedente vinculante firmado sob o rito dos recursos repetitivos, cabe aos juízes e tribunais observar a orientação paradigmática, nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil.

No caso concreto, considerando que a ação foi proposta em 12/12/2018, a parte autora faz jus à exclusão do ICMS-ST destacado nas notas fiscais emitidas pelo substituto tributário da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à compensação dos valores indevidamente recolhidos relativos aos fatos geradores ocorridos a partir de 15/03/2017. Desse modo, a sentença deve ser reformada nesse ponto, a fim de limitar a compensação aos termos da modulação de efeitos estabelecida pela Superior Tribunal de Justiça.

Registre-se que não é cabível a restituição em espécie do indébito tributário reconhecido judicialmente na via administrativa, conforme decidido pelo STF no RE nº 1.420.691/SP (Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. 21/08/2023, DJe 28/08/2023 - Tema 1.262), no qual foi fixada a seguinte tese:

"Não se mostra admissível a restituição administrativa do indébito reconhecido na via judicial, sendo indispensável a observância do regime constitucional de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal."

A compensação administrativa somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado da decisão, em conformidade com o art. 170-A do Código Tributário Nacional, e com a observância do art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, com redação dada pela Lei nº 13.670/2018.

O indébito deverá ser corrigido pela taxa Selic, a partir do pagamento indevido (art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/1995), vedada a cumulação com qualquer outro índice, conforme tese firmada pelo STJ no Tema Repetitivo 145 (REsp 1.111.175/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 01/07/2009).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932 do Código de Processo Civil, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer o direito da impetrante à compensação dos valores indevidamente recolhidos, exclusivamente em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 15/03/2017.

Mantém-se os demais termos da sentença por seus próprios fundamentos.

Intimem-se.

Em atenção ao princípio da cooperação (art. 6º do CPC), recomenda-se às partes que, não havendo interesse em recorrer, manifestem-se expressamente nesse sentido, promovendo o encerramento do prazo recursal no sistema e-Proc, mediante o lançamento do evento "CIÊNCIA, COM RENÚNCIA AO PRAZO", a fim de abreviar a tramitação processual.

Decorrido o prazo legal, certifique-se o trânsito em julgado e remetam-se os autos ao juízo de origem.

Cumpra-se.

Belo Horizonte, data da assinatura.