

Exclusão do ICMS do PIS e da COFINS Posição da RFB e dos Tribunais Outubro de 2019

1. Posição da Receita Federal - IN/RFB 1.911/19
2. STF - Exclusão do ICMS destacado em Nota Fiscal
3. STF - Aplicação Imediata - Devolução para Origem
4. Posição Unânime do TRF1
5. Posição Unânime do TRF2
6. Posição Unânime do TRF3
7. Posição Unânime do TRF4
8. Posição Unânime do TRF5
9. Habilitação de Crédito - Passo a Passo
10. Reconhecimento Contábil do Ganho
11. Teses Correlatas

1. Posição da Receita Federal - IN/RFB 1.911/19

Art. 27. (...) Parágrafo único. Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, devem ser observados os seguintes procedimentos:

- I - o montante a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições é **o valor mensal do ICMS a recolher**;
- II - caso, na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins do período, a pessoa jurídica apurar e escriturar de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o **Código de Situação Tributária (CST)** previsto na legislação das contribuições, faz-se necessário que seja **segregado o montante mensal do ICMS a recolher**, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal das contribuições;
- III - para fins de **exclusão do valor proporcional do ICMS em cada uma das bases de cálculo das contribuições**, a segregação do ICMS mensal a recolher referida no inciso II será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) das contribuições e a receita bruta total, auferidas em cada mês;
- IV - para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente **considerar os valores escriturados por esta na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI)**, transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos à apuração do referido imposto; e
- V - no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em um ou mais períodos abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, **poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto**, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

2. STF - Exclusão do ICMS destacado em Nota Fiscal

O acórdão não deixa clara a forma de apuração da exclusão do ICMS da base do Pis e da Cofins, mas tal questão foi expressamente enfrentada pela Min. Cármem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706, a qual não deixou dúvidas de que “o ICMS a ser excluído não é o ICMS “pago” ou “recolhido”, mas o ICMS constante da fatura”:

“Poder-se-ia aceitar que a análise jurídica e contábil do ICMS, ambas pautadas na característica da não cumulatividade deste tributo, revelariam que, assim como não é possível incluir o ICMS na base de cálculo da contribuição ao Pis e da Cofins, também não seria possível excluí-lo totalmente, pois enquanto parte do ICMS é entregue diretamente ao Estado, parte dele se mantém no patrimônio do contribuinte até a realização de nova operação. Entretanto, a análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há que levar em consideração o conteúdo normativo do art. 155, §2º, inc. I, da Constituição da República, ou seja, examina-se a não cumulatividade a cada operação: (...) Desse quadro é possível extrair que, enquanto 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. (...) Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. (...) (grifos nossos)”

3. STF - Aplicação Imediata - Devolução para Origem

"O Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no RE 574.706 (Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Tema 69), reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional análoga à ora discutida. No referido Recurso Extraordinário, discute-se, à luz do art. 195, I, "b", da Constituição Federal, se o ICMS integra, ou não, a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS. Logo, os fundamentos do recurso paradigmático importarão para a solução também deste caso. Ressalte-se que esse foi o entendimento aplicado nas seguintes decisões monocráticas: ARE 1.038.329, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 27/6/2017 e RE 1.017.483, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJe de 17/2/2017. Assim, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 e no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, determino a devolução dos autos ao Juízo de origem para que seja observada a decisão do SUPREMO no precedente".

(RE 1102633, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 01/02/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06/02/2018 PUBLIC 07/02/2018)

"(...). Ante o exposto, reconsidero a decisão recorrida para aplicar o paradigma da repercussão geral. Devolvam-se os autos ao Tribunal a quo para os fins previstos nos arts. 1.036 a 1.040 do CPC/2015".

(RE 1004609, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 20/11/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 27/11/2017 PUBLIC 28/11/2017)

4. Posição Unânime do TRF1 - Quarta Seção (7^a e 8^a Turmas)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. OPOSIÇÃO TEMPESTIVA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E COFINS. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM FORÇA VINCULANTE. ICMS DESTACADO. QUESTÃO AVENTADA PELA EMBARGANTE NAS PETIÇÕES INICIAIS DA DEMANDA ORIGINÁRIA E DA AÇÃO RESCISÓRIA SUBJACENTE. CRÉDITO COMPENSÁVEL. TAXA REFERENCIAL SELIC. OMISSÃO. SUPRIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO PARADIGMA. PENDÊNCIA DE EXAME DO PEDIDO. EVENTO FUTURO E INCERTO. LEGITIMIDADE DO JULGAMENTO IMEDIATO, APÓS A APRECIAÇÃO DO TEMA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS CAUSAS RELATIVAS ÀS MATÉRIAS AFETAS À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO JULGADO EMBARGADO. NÃO CABIMENTO. (...) 3. Pode-se inferir do precedente da Suprema Corte invocado como fundamento do decisum ora embargado que o ICMS passível de exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS é aquele incidente sobre a operação, ou seja, o destacado na nota fiscal de saída, e não, o efetivamente recolhido pelo contribuinte. (...) 8. Embargos de Declaração da impetrante providos para, suprindo-se as omissões identificada, acrescentar-se ao dispositivo do acórdão embargado que o ICMS passível de exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS é aquele incidente sobre a operação, ou seja, o destacado na nota fiscal de saída, bem como, os parâmetros segundo os quais se deve efetivar a compensação, mantido, no mais, o resultado do decisum.

(TRF1, Quarta Seção, Desembargador JOSE AMILCAR DE QUEIROZ MACHADO, Embargos de Declaração na Ação Rescisória n. 1016304-62.2018.4.01.0000e-DJF126/09/2019PAGE-DJF1 26/09/2019)

4. Posição Unânime do TRF1 - 8ª Turma

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS E COFINS. BASES DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DEDUZIDO PELA UNIÃO (FN). NÃO ACOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, PARCIALMENTE PROVIDA.

(...)

4. Depreende-se do entendimento fixado pela Suprema Corte que o ICMS passível de exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS é aquele incidente sobre a operação, ou seja, o destacado na nota fiscal de saída, e não o efetivamente recolhido pelo contribuinte. Precedente do TRF2.

5. A compensação deve ser realizada conforme a legislação vigente na data do encontro de contas e após o trânsito em julgado, tendo em vista o disposto no art. 170-A do CTN (REsp 1.164.452/MG, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC/1973).

6. Atualização monetária do indébito nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

7. Apelação não provida. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida.”

(Numeração Única: 224952620174013800 APELAÇÃO CÍVEL 0022495-26.2017.4.01.3800/MG Processo na Origem: 224952620174013800 8ª Turma do TRF da 1ª Região – 27/05/2019 (data do julgamento).Desembargador Federal MARCOS AUGUSTO DE SOUSA)

5. Posição Unânime do TRF2 - 3^a Turma

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. QUESTÃO PACIFICADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. (...) 5. A respeito do tema em apreço e de sua imediata aplicação, cumpre colacionar o seguinte trecho de julgado desta Turma Especializada do TRF da 2^a Região: "Apesar de ainda estar pendente o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União Federal em face do mencionado acórdão, inclusive com pedido de modulação de seus efeitos, há que se curvar a tal entendimento, face ao tempo decorrido do julgamento sem análise dos pedidos subsequentes e da decisão proferida pela 2^a Seção Especializada deste Tribunal, na questão de ordem suscitada no processo nº 2009.51.01.024760-0, que rejeitou o sobrerestamento do feito até o julgamento definitivo da questão pela Suprema Corte". (TRF2 2013.50.01.004026-4. 3^a Turma Especializada. Rel. Claudia Neiva. Julgamento em 22/06/2018. DJe 27/06/2018) 6. Quanto aos critérios para apuração dos valores a serem excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS, observa-se que a União pontuou a tese de que deve haver a exclusão somente do ICMS efetivamente recolhido. Ocorre que, sobre a questão, a eminentíssima Ministra Relatora Carmem Lúcia, no já mencionado RE nº 574.706, concluiu que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, e sim o destacado na nota fiscal. 7 . Desprovido o recurso de apelação interposto por UNIÃO FEDERAL. 1 A C O R D Ã O Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a Egrégia Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2^a Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação interposto por UNIÃO FEDERAL, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Rio de Janeiro, 24 de setembro de 2019. THEPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO Relator 0035839-15.2017.4.02.5104 (TRF2 2017.51.04.035839-0)

5. Posição Unânime do TRF2 - 4ª Turma

"TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO. RECEITA DE TERCEIRO. PRECEDENTE FIRMADO PELO STF EM JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. (...) 5. A questão da definição do montante do ICMS que deve ser excluído da base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS, que se refere à extensão do provimento a ser concedido nas ações sobre o tema, foi objeto de decisão expressa do STF, para quem todo o ICMS destacado nas notas é passível de exclusão. 6. A compensação tributária deve ser feita sob as condições e garantias estabelecidas na legislação ordinária vigente na data do encontro de contas (art. 170 do CTN, recepcionado pela CRFB/88 como lei complementar) e, nas ações ajuizadas após a LC nº 104/01, somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão em que os créditos forem reconhecidos. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 7. O indébito deverá ser acrescido da Taxa SELIC, que já compreende correção monetária e juros, desde cada pagamento indevido, até o mês anterior ao da compensação/restituição, em que incidirá a taxa de 1%, tal como prevê o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. 9. Apelação da Impetrante a que se dá parcial provimento. LETICIA DE SANTIS MELLO – 4ª Turma - 0011777-32.2008.4.02.5101 (TRF2 2008.51.01.011777-2)

6. Posição Unânime do TRF3 - 3^a Turma - Des. Mairan Maia

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO EM RELAÇÃO A QUAL ICMS DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração visam ao saneamento da decisão, mediante a correção de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (art. 1.022 do CPC).

II – O acórdão determinou a aplicação do entendimento firmado pelo e. STF no RE 574.706/PR, segundo o qual, 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.

III – Determinada a aplicação do mencionado paradigma, não há qualquer omissão a ser sanada no voto proferido.

IV - Não demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, impõe-se sejam rejeitados os presentes embargos de declaração.

V - Embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3^a Região, 3^a Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5015259-31.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019)

6. Posição Unânime do TRF3 - 3^a Turma - Des. Cecilia Marcondes

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPESNAÇÃO/RESTITUIÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS. HONORÁRIOS. (...)

4. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema. (...)

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

(...)

(TRF 3^a Região, 3^a Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000198-85.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/09/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/09/2019)

6. Posição Unânime do TRF3 - 3^a Turma - Des. Antonio Cedenho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA. RE 574.706/RE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. A questão trazida nos autos, de início, refere-se à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS.
2. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, restando definido que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.
3. Aplicado o entendimento firmado pelo C. STF, o ICMS a ser abatido da base de cálculo das contribuições é aquele destacado em nota fiscal.
4. **Sobre a questão, a e. Ministra Relatora Carmen Lúcia, no mencionado RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.**
5. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3^a Região, 3^a Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5011185-61.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/09/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 26/09/2019)

6. Posição Unânime TRF3 - 3^a Turma - Des. Nelton dos Santos

AGRADO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. ICMS E ISS NA BASE DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO. VALOR A SER EXCLUÍDO. ICMS A SER RECOLHIDO.

(...)

8. Quanto à alegação de obscuridade atinente ao valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, diga-se que o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal, de modo, que, relativamente à questão, acolheu-se a tese defendida pelos contribuintes no sentido de que o ICMS a ser abatido é o destacado na nota fiscal.

9. Embargos de declaração da União e da impetrante rejeitados.

(TRF 3^a Região, TERCEIRA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 359964 - 0013873-06.2014.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/08/2019)

6. Posição Unânime TRF3 - 3^a Turma - Des. Marcio Ferro

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. (...)

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 desprovimento 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. (...)

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.

(...)

(TRF 3^a Região, 3^a Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5001300-18.2017.4.03.6103, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 26/07/2019, Intimação via sistema DATA: 31/07/2019)

6. Posição Unânime do TRF3 - 4^a Turma

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E ICMS-ST. BASE DE CÁLCULO. PIS COFINS. APLICAÇÃO DO RE 574.706/PR. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

- Descabe o sobrerestamento do feito até o julgamento final do RE nº 574.706/PR. Independentemente da pendência de aclaratórios, a decisão proferida no extraordinário já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia.

- A modulação dos efeitos é, no momento, expectativa que não deu sinais de confirmação.

(...)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, e não o ICMS efetivamente pago ou arrecadado.

(...)

- O regime aplicável à compensação tributária é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda.

- A compensação poderá ser feita com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observado o disposto no parágrafo único, do artigo 26, da Lei 11.457/2007.

- Desnecessário o prévio requerimento administrativo.

(...)

(TRF 3^a Região, 4^a Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5001808-77.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/10/2019)

6. Posição Unânime do TRF3 - 6ª Turma

AGRADO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5001051-36.2018.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 20/09/2019, Intimação via sistema DATA: 25/09/2019)

Trecho do voto: (...) Noutro giro, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa: "3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, con quanto 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". É elucidativa a conclusão alcançada pela Min. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. (...)

7. Posição Unânime do TRF4 - 1ª Turma

“TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF (RE 574.706). LEIS 9.718/1998 E 12.973/2014. RETRATAÇÃO. 1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. 2. A tese jurídica advinda do julgamento do RE 574.706 aplica-se inclusive aos pagamentos efetuados sob a égide da Lei 12.973/2014”
(TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade n. n.º 5051557-64.2015.404.0000). (TRF4, AC 2008.72.01.004724-9, PRIMEIRA TURMA, Relator ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, D.E. 04/12/2018)

“AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TEMA 69. 1. O ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias que deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. Tema 69 STF. 2. Presentes os requisitos, deve ser mantida a antecipação dos efeitos da tutela. 3. Agravo de instrumento desprovido.”
(TRF4, AG 5029047-18.2019.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS, juntado aos autos em 02/10/2019)

7. Posição Unânime do TRF4 - 2ª Turma

“(...) Nesse sentido, confiram-se julgados desta Segunda Turma: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. NÃO INCLUSÃO. VALOR DESTACADO. LIMINAR. O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), apreciando o tema 69 da repercussão geral, estabeleceu a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, o que evidencia a probabilidade do direito a autorizar medida liminar visante à suspensão do recolhimento do tributo nesses termos, para afastar da tributação os valores de ICMS que tiveram sido destacados nas notas fiscais do contribuinte. (TRF4, AG 5041223-63.2018.4.04.0000, SEGUNDA TURMA, Rel. Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI, juntado aos autos em 20/02/2019)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. LIMITES DO PEDIDO. OBSERVÂNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. 1. Não há falar em ausência de fundamentação da decisão embargada, pois a Turma concluiu que o Supremo Tribunal Federal, quando da análise do RE nº 574.706, definiu a modalidade de ICMS a ser excluída, qual seja o destacado, motivo pelo qual, alinhando-se ao comando daquele Tribunal, também determinou a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais. 2. Havendo a deliberação judicial se debruçado sobre a exclusão do ICMS pretendida pelo contribuinte, definindo os limites da procedência, ou da parcial procedência do pedido, não há falar em malferimento aos princípios dispositivo e da congruência. 3. Desnecessária a oposição de embargos de declaração com a finalidade específica de prequestionamento, porquanto implícito no julgamento efetuado, nos termos do que dispõe o artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil. (TRF4, AC 5048130-31.2017.4.04.7100, SEGUNDA TURMA, Rel. Des. Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, juntado aos autos em 20/02/2019)

8. Posição Unânime do TRF5 - 1ª Turma

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RITO COMUM. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE NATUREZA SATISFATIVA. CONCESSÃO. REQUISITO DO “PERICULUM IN MORA” CONFIGURADO, ANTE O GRAVE DANO FINANCEIRO DE CONDICIONAR O CONTRIBUINTE AO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES COM BASE DE CÁLCULO SUPOSTAMENTE ELEVADA. ALEGAÇÃO DE AFASTAMENTO DE DANO PELO FATO DO CONTRIBUINTE ESTAR, HÁ ANOS, SUPORTANDO A EXAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. QUESTÃO QUE NÃO É PURAMENTE ECONÔMICA, MAS TAMBÉM JURÍDICA, POR SE TRATAR DE TRIBUTAÇÃO EIVADA DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE DE REVERSIBILIDADE DA MEDIDA, TENDO EM VISTA ESTAR ABERTO O CAMINHO DA COBRANÇA PELO FISCO DOS VALORES EVENTUALMENTE DEVIDOS MEDIANTE INSTRUMENTOS FISCAIS CABÍVEIS. PROBABILIDADE DO DIREITO (“FUMUS BONI IURIS”) DEMONSTRADA. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 574.706. A MERA POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NO FEITO PARADIGMA NÃO TEM O CONDÃO DE SUSPENDER A EFICÁCIA DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO EM CONTROLE CONCRETO-ABSTRATO. **ICMS A SER AFASTADO É O DESTACADO NA NOTA FISCAL, SOB PENA DE RESTRIÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (...)"

(PROCESSO: 08073116620194050000, AG - Agravo de Instrumento - , DESEMBARGADOR FEDERAL ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, 1º Turma, JULGAMENTO: 30/09/2019, PUBLICAÇÃO)

8. Posição Unânime do TRF5 - 2ª Turma

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE Nº 574.706/PR. SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 13/2018. AFASTAMENTO. 1. Agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional contra decisão que, em sede de mandado de segurança, deferiu a liminar para “determinar a exclusão total do ICMS (destacado na nota fiscal) da base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos já decididos pelo Egrégio STF e na decisão judicial que favorece a impetrante, bem como para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de adotar quaisquer medidas coercitivas ou punitivas com base na Solução de Consulta COSIT (Órgão da Secretaria da Receita Federal) nº 13/2018 contra a impetrante por ocasião da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sob as penas do art. 26 da Lei 12.016/2009.” 2. Alega a agravante que o STF decidiu que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, sem delinear a que ICMS se referia, se o destacado da nota fiscal ou se o ICMS “a recolher”. Tal omissão inclusive fora alegada pela Fazenda em sede de embargos de declaração, ainda pendente de julgamento. Assim, interpreta a União do que foi decidido pelo STF que se o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS em razão do contribuinte ser mero intermediário que recebe a quantia do consumidor, repassando-a ao Estado, resta evidente que o montante de ICMS a excluir é aquele efetivamente devido ao Estado, e não o valor destacado na nota fiscal. 3. Não assiste razão à Fazenda Nacional. Em verdade, o STF entendeu (RE nº 574.706/PR) ser devida a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS sem fazer qualquer ressalva, e tal decisão possui efeitos imediatos e vinculantes, de maneira que não é dado à União interpretar restritivamente tal decisum (como o fez através da Solução de Consulta nº 13/2018), sem que tenha havido ainda pronunciamento do Supremo em sede de embargos de declaração. (...)”

(PROCESSO: 08062957720194050000, AG - Agravo de Instrumento - , DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, 2ª Turma, JULGAMENTO: 03/10/2019, PUBLICAÇÃO:)

8. Posição Unânime do TRF5 - 3^a Turma

"TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 69). RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO QUE DEVE SER REALIZADA COM BASE NO ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.

(...)5. No que tange à arguição Fazendária de que "apenas deve ser excluído das bases de cálculo do PIS e da COFINS os valores do ICMS efetivamente pagos", essa Terceira Turma vem adotando o entendimento de que a restituição deve ser realizada com base no ICMS destacado na nota fiscal. Nesse sentido: Desembargador Federal Fernando Braga, Processo nº 0806149-08.2018.4.05.8201, Embargos de Declaração julgado em 27/06/2019, Desembargador Federal Rogério Fialho, Processo nº 0808642-43.2018.4.05.8302, Apelação Cível julgada em 06/06/2019. Como elucidou a Exma. Ministra Cármem Lúcia em seu voto, Relatora do RE 574.706 (Tema 69/STF), o destinatário fiscal de todo o ICMS destacado é a Fazenda Pública, ainda que não exatamente no mesmo momento. A pretensão da Fazenda iria inviabilizar a restituição do indébito relativo ao Tema 69, tendo em vista que se não puder ser considerado os valores destacados nas notas fiscais, teria que ser feita a análise contábil ou escritural do ICMS da Empresa, considerando cada período de apuração e a correspondente repercussão na cadeia, nos últimos 5 anos, e não devemos olvidar que o que se busca é reaver o valor indevidamente computado na base de cálculo do PIS e da COFINS, como vem pontuando o eminentíssimo Desembargador Federal Rogério Fialho em decisões similares.

6. Apelação e Remessa Necessária improvidas. A título de honorários recursais, fica majorado em 1% o percentual aplicado na sentença, nos termos do art. 85, parágrafo 11, do CPC."

(PROCESSO: 08086554220184058302, APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - , DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3^a Turma, JULGAMENTO: 12/09/2019, PUBLICAÇÃO:)

8. Posição Unânime do TRF5 - 4ª Turma

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES E REMESSA OFICIAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO PARA INCIDÊNCIA DO PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE Nº. 574.706/PR. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. DIREITO À COMPENSABILIDADE. TESES DECIDIDAS EM COMPOSIÇÃO AMPLIADA DA 4ª TURMA DO TRF5. 1. Remessa oficial e apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido formulado e concedeu a ordem para que a parte ré se abstenha da cobrança de PIS e COFINS sobre o ICMS efetivamente recolhido pela impetrante, reconhecendo, ainda, o direito da impetrante à compensação dos valores pagos a maior a título de PIS e COFINS, observadas as exigências legais. 2. O Plenário do egrégio STF, nos autos do RE nº 574.706-PR, entendeu ser devida a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o fundamento de que, por não se incorporar ao patrimônio do contribuinte, o valor arrecadado a título de ICMS não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições que se destinam ao financiamento da seguridade social. 3. O ICMS a ser decotado das bases do PIS e da COFINS é todo aquele que onerou a operação como um todo, de modo que a grandeza a ser deduzida das bases de cálculo é o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Precedentes desta Corte (Apelação nº 0800382-29.2017.4.05.8102, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Lázaro Guimarães, data do julgamento: 7/5/2019; Processo: 08121232020184058300, Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, 1º Turma, Julgamento: 30/04/2019; Processo: 08039294720174058500, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, 3ª Turma, Julgamento: 29/09/2018; Processo: 08012766520184058200, Desembargador Federal Paulo Roberto De Oliveira Lima, 2ª Turma, Julgamento: 18/12/2018). (...)”

(PROCESSO: 08125646420194058300, AC - Apelação Cível - , DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, 4ª Turma, JULGAMENTO: 09/10/2019, PUBLICAÇÃO:)

9. Habilitação de Crédito - Passo a Passo

PASSO 01 – Protocolo do formulário Pedido de Habilitação de Crédito Decorrente de Decisão Judicial Transitada em Julgado, acompanhado de toda documentação da IN/RFB n. 1.717/17, art. 98 e ss.

PASSO 02 – Em até 30 dias deferimento ou Indeferimento do pedido de habilitação do crédito por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, mediante a confirmação de que:

- I - o sujeito passivo figura no polo ativo da ação;
- II - a ação refere-se a tributo administrado pela RFB;
- III - a decisão judicial transitou em julgado;
- IV - o pedido foi formalizado no prazo de 5 (cinco) anos, contado da data do trânsito em julgado da decisão;

PASSO 03 – Uma vez deferida a habilitação, se realiza a compensação, sujeita a futura homologação no prazo de até 5 anos, quando se dá a homologação tácita

10. Reconhecimento Contábil do Ganho

Com base em interpretação das Normas Brasileiras de Contabilidade que dispõe sobre as contingências ativas, em especial o Pronunciamento Técnico CPC 25 (IAS 37), o Ofício-circular CVM 002/11 e o Ofício-circular CVM 001/19, nas situações onde a administração julgue como praticamente certo, o ganho deve ser registrado, mas quando a administração julgue apenas como provável, então o ganho não deve ser ainda registrado contabilmente.

Diante do cenário jurisprudencial reportado acima, onde a unanimidade dos Tribunais Regionais Federais e Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado a respeito da exclusão de todo o ICMS destacado nas notas fiscais das respectivas bases do PIS e da COFINS, afigura-nos, salvo melhor juízo, que o ganho é praticamente certo, a despeito do transito em julgado, e a depender da situação individual de cada contribuinte.

Deve ser ponderado o suporte documental e laudo pericial atestando o exato montante do indébito a ser recuperado e compensado com outros tributos federais, sobretudo o valor principal recolhido a maior por CST e respectivos juros Selic.

Não obstante, em vista da insegurança jurídica trazida pela IN/RFB n. 1.911/19 a respeito da metodologia de cálculo a ser utilizada pelo contribuinte para exclusão do ICMS das bases do PIS e da COFINS, e como a tese firmada pelo STF ainda pende de julgamento de embargos de declaração opostos pela PGFN, o contribuinte pode avaliar a melhor estratégia para reconhecer o ganho na contabilidade e também o melhor momento para apurar e recolher o IRPJ e CSLL sobre tal ganho.

11. Teses Correlatas

Não incidência de IRPJ e CSLL sobre os juros Selic

- Os rendimentos financeiros incorporam, de forma geral, uma parcela de correção monetária (IPCA). A tese em questão tem o propósito de questionar a tributação da correção monetária embutida nos rendimentos financeiros, inclusive juros sobre a restituição de tributos, já que tal parcela não reflete um acréscimo patrimonial tributável, mas simplesmente uma recomposição da perda do valor da moeda ao longo do tempo

Exclusão do ICMS destacado na nota fiscal

- Diante do cenário jurisprudencial exposto acima, resta inequívoco o entendimento de todos os Tribunais acerca da exclusão do ICMS integralmente destacado na nota fiscal das bases de cálculo de PIS e COFINS, o que permite que os contribuintes impetrem mandado de segurança em face da IN/RFB n. 1.911/19 para obter liminar que afaste a arbitrariedade contida no artigo 27 da referida IN, permitindo a exclusão de todo o ICMS destacado nas notas fiscais das respectivas bases de PIS e COFINS.

Postergação da data de pagamento do IRPJ e CSLL

- Em princípio, com o trânsito em julgado e respectiva apuração dos valores a recuperar referente ao passado, o reconhecimento contábil do ganho já deveria ser realizado. Todavia, diante da celeuma criada pela Receita Federal acerca do ICMS a ser excluído das bases do PIS e da COFINS, é legítimo que o contribuinte ajuíze mandado de segurança buscando postergar o pagamento do IRPJ e da CSLL para o momento da efetiva disponibilidade jurídica ou econômica da renda, qual seja, o da compensação tributária ou alteração do entendimento da IN, o que primeiro ocorrer.



SÃO PAULO

Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 510 | 6º andar
04543-000 | São Paulo (SP)
Tel.: +55 (11) 3050-2150
Fax: +55 (11) 3050-2151

CAMPINAS

BELO HORIZONTE

RIO DE JANEIRO

SÃO BERNARDO DO CAMPO