



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

192
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.72.00.000545-0/SC

RELATOR : Juiz Federal ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA
ÁVILA
APELANTE : CIA/ DE GAS DE SANTA CATARINA - SCGAS
ADVOGADO : Claudia Mota Beck e outros
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : (Os mesmos)

RELATÓRIO

Retornam os autos da Vice-Presidência para eventual juízo de retratação, em face do julgamento do Tema 69 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi fixada a seguinte tese: "*o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*".

O acórdão retratando negou provimento ao apelo da parte autora e deu provimento ao apelo da União e à remessa oficial, julgando improcedente a ação.

É o relatório.

VOTO

1. Preliminares

1.1. Processuais

1.2.1. Pertinência temática

O acórdão ora objeto de retratação concluiu pela necessidade de manutenção do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, restando assim ementado:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

1. Está pacificado na jurisprudência que o valor do ICMS apurado no preço de venda de mercadorias se inclui na base de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes do STJ e deste Tribunal. Súmulas n.ºs 68 e 94 do STJ.

Considerando a pertinência da matéria ao Tema 69/STF, é caso de submissão do feito à sistemática da retratação (art. 1.030, II, do CPC).

**1.2.2. Trânsito em julgado do acórdão paradigma.
Desnecessidade**

A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União contra o acórdão proferido no RE 574.706/PR não tem o condão de obstar o presente julgamento, tampouco é causa para a sua suspensão, pois a tese já foi firmada pelo Supremo Tribunal Federal, como tem reiteradamente decidido a Suprema Corte. Nesse sentido: RE 989413 AgR-ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2017, DJe-261, publicado em 17-11-2017; ARE 977190 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, DJe-249, publicado em 23-11-2016; ARE 673256 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, DJe-209, publicado em 22-10-2013; AI 823849 AgR-segundo, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07/05/2013, DJe-096, publicado em 22-05-2013.

2. Mérito

2.1. Prescrição

Nos termos do que restou decidido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621 (sessão de 04/08/2011), recurso que teve reconhecida a sua repercussão geral, as ações de repetição de indébito ajuizadas anteriormente à vigência da LC 118/05, têm prazo prescricional de 10 (dez) anos (tese dos cinco + cinco). Já as ações ajuizadas posteriormente a entrada em vigor da LC 118/05, a partir de 09/06/2005, têm o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

No caso dos autos, considerando que a demanda foi ajuizada após 09-06-2005, estão prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio que precede o ajuizamento da demanda.

2.2. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Ao apreciar o Tema 69 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento no sentido de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"**.

O acórdão do aludido paradigma restou assim ementado:

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)

Por outro lado, pendia de análise pela Corte Especial desta Corte o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 5051557-64.2015.404.0000, suscitado em face das alterações promovidas na legislação de regência do PIS/COFINS pela Lei n. 12.973/2014 (artigo 3º, caput, da Lei n.º 9.718/1998, artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 10.637/2002 e artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 10.833/2003).

No julgamento da mencionada Arguição de Inconstitucionalidade, realizado na sessão de 27-07-2018, prevaleceu o entendimento de que *"ainda que as supervenientes mudanças legislativas, ocorridas com a conversão da Medida Provisória n.º 627/2013 na Lei n.º 12.973/2014, dando nova redação aos dispositivos legais questionados nos presentes autos (artigo 3º, caput, da Lei n.º 9.718/1998, artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 10.637/2002 e artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 10.833/2003), não tenham integrado a pretensão recursal inicial, certo que tais*





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

mudanças foram levadas em conta em diversas passagens quando do julgamento da tese ocorrido em março de 2017, posterior, portanto, ao advento da lei nova".

Portanto, em face do decidido pela Corte Especial e considerando o comando insculpido no art. 926 do CPC - segundo o qual os Tribunais devem uniformizar sua **jurisprudência** e mantê-la estável, íntegra e coerente -, o entendimento assentado pelo STF no Tema 69 deve ser aplicado inclusive ao período posterior às alterações promovidas pela Lei n.º 12.973/2014.

A base de cálculo do PIS e da COFINS considera o valor do ICMS destacado na nota fiscal, uma vez que integra a receita ou faturamento auferido, e não o que foi efetivamente recolhido aos cofres públicos.

Nesse sentido, inclusive, foi a manifestação da Ministra Cármen Lúcia por ocasião do julgamento do RE nº 574.706:

Desse quadro é possível extrair 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".

(...)

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.

(...)

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (sem grifos no original)

Assim, impõe-se a retratação do julgado para autorizar a parte autora a excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas **notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento**, a fim de, ajustada a nova base de cálculo, apurar os valores indevidamente pagos.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

360
20

3. Repetição do indébito

Os pagamentos indevidos poderão ser compensados após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), nos termos do disposto no art. 74, da Lei 9.430/96, podendo a parte autora optar pela restituição, nos termos da Súmula 461 do STJ.

4. Atualização monetária

Os créditos ficam sujeitos à atualização pela taxa SELIC a partir do mês seguinte ao do pagamento indevido (art. 39, §4º, da Lei 9.250/95 c/c o art. 73 da Lei 9.532/97).

5. Consectários sucumbenciais

A União é isenta do pagamento de custas processuais no âmbito da Justiça Federal, devendo restituir, no entanto, os valores adiantados pela parte adversa a esse título, atualizados pelo IPCA-E (Lei n. 9.289/1996, art. 4º, I, e parágrafo único).

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado a restituir ou compensar, nos termos do § 3º do art. 20 do CPC/73.

6. Prequestionamento

Em arremate, consigno que o enfrentamento das questões suscitadas em grau recursal, assim como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar junto às instâncias Superiores os dispositivos que as fundamentam. Assim, considero prequestionados, dentre outros, os seguintes artigos: a) 5º, incisos II, XXII, LV e XXXV, 37, "caput", 93, inciso IX, 239, 145, §1º, 150, incisos I e II e §§ 6º e 7º, 155, caput, e §2º, inciso XII, alínea "b", 195, § 3º, inciso I, alínea "b" e 239, todos da CF/88; b) 109, 110, 170-A e 176, todos do CTN; c) 39, §4º, 141, 490, 492, 489, §1º, incisos IV a VI, 525, §13º, 926, 927, V, §3º; 949, parágrafo único, e 1.040, todos do CPC; d) 2º da LC nº 70/91; 6º a 10 e 13, §1º, inciso I, da LC nº 87/96; 2º, parágrafo único da LC nº 70/90; LC nº 07/70; e) 3º, §1º e §2º, inciso I e §6º, da Lei nº 9.718/98; 27 da Lei nº 9.868/99; 1º e 3º da Lei 10.637/02; 1º e 3º da Lei nº 10.833/03; 2º da Lei nº 9.715/98; 3º da Lei nº 9.715/98; 26 da Lei nº 11.457/07; Lei nº 12.973/14; 1º, da Lei nº 6.899/81; 74, "caput", § 1º e § 2º, da Lei nº 9.430/96; f) 2º, §7º, do





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Decreto-Lei nº 406/68; 279 do Decreto n.º 3.000/99; Decreto-Lei nº 1.598/77 e 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77. Desse modo, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração para esse exclusivo fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (art. 1.026, § 2º, do CPC).

7. Dispositivo

Ante o exposto, voto por, em juízo de retratação relativo ao Tema 69/STF, dar provimento à apelação da parte autora e negar provimento ao apelo da União e à remessa oficial.



Documento eletrônico assinado por **Alexandre Rossato da Silva Ávila, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9479100v3** e, se solicitado, do código CRC **C3B544CC**.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

361
24

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 28/11/2018
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.72.00.000545-0/SC
ORIGEM: SC 200772000005450

RELATOR : Juiz Federal ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA
ÁVILA
PRESIDENTE : ROGER RAUPP RIOS
PROCURADOR : Dr. MAURICÍO PESSUTTO
APELANTE : CIA/ DE GAS DE SANTA CATARINA - SCGAS
ADVOGADO : Claudia Mota Beck e outros
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : (Os mesmos)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 28/11/2018, na seqüência 192, disponibilizada no DE de 16/11/2018, da qual foi intimado(a) UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 1ª Turma, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO RELATIVO AO TEMA 69/STF, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA E NEGAR PROVIMENTO AO APELO DA UNIÃO E À REMESSA OFICIAL.

RELATOR : Juiz Federal ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA
ACÓRDÃO : ÁVILA
VOTANTE(S) : Juiz Federal ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA
ÁVILA
: Des. Federal ROGER RAUPP RIOS
: Juiz Federal MARCELO DE NARDI



Documento eletrônico assinado por MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA, Diretora de Secretaria, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 9481272v1 e, se solicitado, do código CRC 12F44245.





Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.72.00.000545-0/SC

RELATOR : Juiz Federal ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA
ÁVILA
APELANTE : CIA/ DE GAS DE SANTA CATARINA - SCGAS
ADVOGADO : Claudia Mota Beck e outros
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : (Os mesmos)

EMENTA

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).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação relativo ao Tema 69/STF, dar provimento à apelação da parte autora e negar provimento ao apelo da União e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2018.



362
20



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO



Documento eletrônico assinado por **Alexandre Rossato da Silva Ávila, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9479101v4** e, se solicitado, do código CRC **A72450A9**.

CERTIDÃO

CERTIFICO que o acórdão/extrato retro foi incluído no **Boletim de Acórdãos nº 0938/2018**, disponibilizado no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região dia **05/12/2018**, sendo considerado publicado no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização (artigo 4º, § 3º, da Lei nº 11.419/2006).

Porto Alegre, 05/ 12/ 2018.

Secretaria dos Órgãos Julgadores

CERTIDÃO

CERTIFICO que, nesta data, os presentes autos foram retirados em carga pela **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**, na pessoa de seu representante legal, para intimação do acórdão de fis. e dos atos processuais praticados (art. 20 da Lei nº 11.033/2004).

Dou fé.

Porto Alegre, **29/01/2019**.

Secretaria dos Órgãos Julgadores

