MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5021790-26.2024.4.03.6100 IMPETRANTE: ---------- LTDA
ADVOGADO do(a) IMPETRANTE: ASSAHD MILAN NETO - MS19377 ADVOGADO do(a) IMPETRANTE: RAIANA SABRINA BARBOSA - MS21721 IMPETRADO: DELEGADO DA DELEGACIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (DERAT/SPO), UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL FISCAL DA LEI: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por ---------- LTDA., em face do DELEGADO DA DELEGACIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (DERAT/SPO), visando à concessão de medida liminar, para reconhecer o direito de apurar e recolher o PIS e a COFINS sem a inclusão do ICMS-DIFAL na base de cálculo dessas contribuições, bem como suspender a exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN.

A impetrante relata ser pessoa jurídica de direito privado, cujo objeto social compreende a exploração de atividade de comércio varejista e atacadista de peças e acessórios novos de veículos automotores, encontrando-se sujeita ao recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, além do ICMS.

Alega que, em decorrência das atividades desempenhadas, está sujeita ao recolhimento do ICMS-DIFAL, o qual, assim como o ICMS ordinário, não se enquadra no conceito de receita bruta ou faturamento, razão pela qual não deve compor a base de cálculo das mencionadas contribuições.

Argumenta que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, submetido à sistemática da repercussão geral, consagrou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, sendo tal entendimento aplicável ao presente caso.

Ao final, requer o reconhecimento do direito à exclusão dos valores relativos ao diferencial de alíquota do ICMS – DIFAL da base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, observada a prescrição quinquenal.

A inicial veio acompanhada da procuração e de documentos.

Foi concedido à impetrante o prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de

indeferimento da petição inicial, para regularizar sua representação processual, juntar aos autos cópia do comprovante de inscrição no CNPJ e justificar o pedido de concessão de medida liminar para reconhecimento do direito de apropriar créditos de PIS e COFINS sobre o valor do ICMS-DIFAL (id nº 336186554).

A impetrante manifestou-se na petição id nº 336689720.

Na decisão id nº 339348323, foi deferida a medida liminar, para suspender a
exigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS, tendo por base de cálculo os valores a título de ICMS-DIFAL. Além disso, a petição id nº 336689720 foi recebida como emenda à inicial.

A União requereu seu ingresso no feito, na forma do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (id nº 339528829).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações no id nº 341501097, registrando, inicialmente, que a impetrante permaneceu submetida ao regime do Simples Nacional, desde a sua constituição até 30 de setembro de 2023.

Informou que, enquanto optante pelo regime simplificado, esteve sujeita ao recolhimento unificado de tributos com base em percentual global incidente sobre a receita bruta auferida, na forma da legislação aplicável, razão pela qual, em relação a tal período, não há que se falar em exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Em seguida, discorreu sobre o histórico do ICMS-DIFAL.

Destacou que a decisão do STF no RE nº 574.706/PR não deve ser aplicada ao ICMS-DIFAL.

Defendeu que o objeto do feito, em última análise, consiste no reconhecimento da isenção ou não-incidência do tributo, de modo que não é possível admitir a isenção baseando-se em meras interpretações ou recursos à analogia, sendo necessário lei específica para que se proceda à exclusão pretendida.

Por fim, expôs as regras aplicáveis à eventual compensação dos tributos.

O Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda, conforme parecer id nº 354296982.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Fundamento e decido.

A questão em discussão nestes autos foi apreciada quando da análise do pedido liminar, não tendo sido expostos novos fatos e fundamentos jurídicos, razão pela qual merece ser mantida a decisão liminar, com fundamentação per relationem, que encontra abrigo na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, no STF e no STJ, os quais admitem a fundamentação remissiva após o advento do Código de Processo Civil de 2015, não se configurando violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal (TRF 3ª Região, Sexta Turma, ApCiv - Apelação Cível - 2166436 0054157-59.2012.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, julgado em

05/09/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2019; TRF 3ª Região, Quarta Turma, ReeNec – Remessa Necessária Cível 354730 - 0005337-84.2014.4.03.6102, Rel.

Desembargadora Federal Mônica Nobre, julgado em 04/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 Data:10/05/2018).

Eis o teor da decisão liminar proferida nestes autos (id nº 339348323):

"(...)

A Constituição Federal estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade mediante recursos, dentre outros, provenientes das contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei (artigo 195, I).

Até a vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998 essa contribuição incidia sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; posteriormente, passou a incidir sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, inclusive sem vínculo empregatício (artigo 195, I, "a", CF), sobre a receita ou o faturamento (alínea "b") e sobre o lucro (alínea "c").

A contribuição para o Programa de Integração Social – PIS foi instituída pela Lei Complementar n° 7/1970, visando promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas. A Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social – COFINS foi instituída pela Lei Complementar n° 70/1991, com destinação exclusiva às despesas com atividades-fim das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Ambas as contribuições possuíam como base de cálculo o faturamento, que sempre foi entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza (confira-se: ADC n° 1-1/DF; artigo 3º da Lei nº 9.715/1998).

Posteriormente, a Lei n° 9.718/1998, pela qual foi convertida a Medida Provisória n° 1.724/1998, dispôs que a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento (artigo 2°), correspondente à receita bruta da pessoa jurídica (artigo 3°, caput), entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas (artigo 3°, § 1°). Em razão desta definição de faturamento, prevista por lei ordinária precedente à EC nº 20/1998, foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo pelo Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 390.840-5/MG, em 09.11.2005. Por fim, o § 1º foi revogado pela Lei nº 11.941/2009.

Com a promulgação da EC n° 20/1998, foram editadas as Leis n°s 10.637/2002 (artigo 1°, §§ 1° e 2°) e 10.833/2003 (artigo 1°, §§ 1° e 2°) que alteraram a base de cálculo do PIS e da COFINS, respectivamente, ao considerar o valor do faturamento entendido como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil,

compreendendo a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

A despeito de eventuais discrepâncias com conceitos empresariais e contábeis, é fato que até a EC n° 20/1998, para fins tributários, fixou-se uma sinonímia entre “faturamento” e a “receita bruta” oriunda das atividades empresariais.

Com a inclusão no texto constitucional da hipótese de incidência “receita” ou “faturamento”, revela-se importante a distinção dos conceitos. Enquanto receita é gênero, que abrange todos os valores recebidos pela pessoa jurídica, que incorporam sua esfera patrimonial, independentemente de sua natureza (operacional ou não operacional); faturamento é espécie, que comporta tão somente as receitas operacionais, isto é, provenientes das atividades empresariais da pessoa jurídica.

Se, de fato, sempre houve uma imprecisão técnica na redação legislativa sobre o que é “faturamento”, agora repetida quanto ao que é “receita”, tal jamais foi empecilho para ser considerada a exigibilidade das exações cujos fatos geradores ou bases de cálculo fossem fundadas nesses elementos, desde que respeitados os princípios constitucionais e tributários, mormente o da legalidade.

Na medida em que a EC n° 20/1998 permite a incidência de contribuições sociais para financiamento da seguridade social sobre “receita” ou faturamento”, basta à legislação infraconstitucional definir o fato gerador do tributo e a base de cálculo respectiva como “receita” ou “faturamento”, tomados em sua conceituação obtida do direito privado.

As empresas tributadas pelo regime da Lei n° 9.718/1998 têm como fato gerador e base de cálculo do PIS e COFINS seu faturamento, entendido na qualidade de espécie de receita, cuja ordem é operacional. Já as empresas tributadas pelo regime das Leis n°s 10.637/2002 e 10.833/2003 têm como fato gerador e base de cálculo a totalidade de suas receitas e não apenas aquelas consideradas “faturamento”; independentemente de constar no texto destas normas que o fato gerador “é o faturamento mensal” e a base de cálculo “é o valor do faturamento”, a definição apresentada para faturamento (o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, compreendida a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela empresa) é incontestavelmente a do gênero “receita”, que é absolutamente compatível com a EC n° 20/1998.

Por se considerar que os valores do ICMS estão inseridos no preço da mercadoria, por força de disposição legal – já que é vedado o aparte de tal tributo do preço do bem, constituindo o destaque respectivo mera indicação para fins de controle – e da sistemática da tributação por dentro preconizada pela LC nº 87/1996, construiu-se larga jurisprudência no sentido de que é legítima a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS. Inclusive com base nas Súmulas nºs 68 (A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de calculo do PIS) e 94 (A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de calculo do FINSOCIAL) do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

A discussão que há muito se tem travado nos órgãos do Poder Judiciário, e de forma unânime sustentada pelos contribuintes, reside no fato de que, ainda que incluso no preço da mercadoria ou serviço, os valores do ICMS não constituíram, efetivamente, qualquer tipo de receita em favor do contribuinte, quanto menos faturamento, na exata medida em que deverá ser vertido aos cofres públicos. Na qualidade de responsável tributária, a empresa não possui disponibilidade jurídica ou econômica sobre os valores percebidos a título de ICMS. Assim, não há "receita" do contribuinte, mas mero ônus fiscal.

Anoto que a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo dessas contribuições é objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18/DF (referente ao inciso I, do § 2º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/1998) e do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, com reconhecimento de repercussão geral.

O Excelso STF deliberou pelo julgamento conjunto desses processos, e, em 15.03.2017, houve decisão proferida pelo Pleno daquela Corte, fixando a tese seguinte: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Ademais, anoto que em 08.10.2014, o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n.º 240.785/MG que versa sobre a incidência da COFINS sobre os valores de ICMS, afastando-se expressamente a necessidade de aguardar o julgamento conjunto da ADC nº 18 e do RE nº 574.706. Segue a ementa daquele Acórdão:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento. (STF, RE 240785, Plenário, Rel.: Min. Marco Aurélio, Data de Julg.: 08.10.2014).

Portanto, reconhecido pelo Plenário do Excelso STF que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores computados a título de ICMS, resta demonstrada a plausibilidade do direito alegado, ao menos em sede de cognição sumária, ante a exigência de tributo indevido.

Saliente-se, por fim, que em 13.05.2021 foram apreciados os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706, prevalecendo naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral o entendimento de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

No mesmo sentido é o entendimento firmado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS. 1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema. 2. 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. 3. 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. 4. Agravo de instrumento provido. (TRF, AI 5000823-63.2020.4.03.0000, 3ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, DATA: 23/04/2020).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. JULGAMENTO ADSTRITO AOS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL. REJEIÇÃO. (...) 2. No caso dos autos, não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado, mas mera irresignação da parte com a solução dada pela Turma, uma vez que o ICMS passível de exclusão é o incidente sobre a operação de venda, isto é, o que compõe o faturamento da empresa e não o ICMS a pagar (que corresponde à diferença entre o valor do ICMS devido sobre as operações de saída de mercadorias ou prestação de serviços e o valor do ICMS cobrado nas operações anteriores, pois o ICMS é tributo não cumulativo). 3. É certo que a questão foi devidamente enfrentada no RE nº 574.706, não havendo dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída." (TRF-3. AC nº 0000468-31.2007.4.03.6 100, 3ª Turma. Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, DJe 26/04/18)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. DESTACADO DA NOTA FISCAL. 1. Deve ser acolhida a alegação da recorrente para reconhecer que a parcela do ICMS a ser excluída é a referente às notas fiscais de saída. (...) . 3. Agravo de instrumento provido. (TRF-3. AI 5020052-43.2019.4.03.0000, 4ª Turma, Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, DATA: 28/11/2019).

De fato, se os valores relativos ao ICMS não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS, conclui-se que 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.

Com efeito, não se avista qualquer razão para afastar a aplicação da tese firmada pelo Excelso STF no RE 574.706 também ao ICMS-DIFAL.

O regime de diferenciação de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais (ICMS-DIFAL) procura harmonizar a arrecadação tributária entre os Estados, evitando a concentração da incidência tributária nos Estados produtores e o desequilíbrio entre os entes estaduais. Dessa forma, há apenas a divisão da arrecadação tributária entre os Estados envolvidos na operação, sendo o destaque do ICMS-DIFAL unicamente para identificar os recursos que serão destinados ao Estado de destino, em nada desnaturando a natureza do imposto.

Assim, o adicional da diferença de alíquotas estadual e interestadual de ICMS (DIFAL) possui a mesma natureza do imposto principal e integra o seu valor faturado, devendo também ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. Nesse sentido é o entendimento firmado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. TEMA 69. APLICABILIDADE AO ICMS-DIFAL. REGIME DE ARRECADAÇÃO EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CONTRIBUINTE DE DIREITO. DIVISÃO DE RECURSOS,
SEM DESNATURAR A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. RECURSO DESPROVIDO.
1.Diante da tese fixada pelo STF no tema 69 e do esclarecimento de que o ICMS destacado é o elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, e possuindo o ICMS-DIFAL mesma natureza do ICMS quando da integração do valor faturado, mister reconhecer a inexigibilidade das contribuições sociais sobre aqueles valores. 2.O regime de diferenciação de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais procura harmonizar a arrecadação tributária entre os Estados, evitando a concentração da incidência tributária nos Estados produtores e o desequilíbrio entre os entes estaduais. Na atividade empresarial da impetrante, o comércio a varejo de automóveis, fica obrigada ao pagamento do diferencial de alíquotas do ICMS devido em operações interestaduais, haja vista que os destinatários de suas mercadorias não são contribuintes do imposto (art. 155, § 2º, VII, e VIII, b, da CF). 3.Nesta qualidade, a impetrante é contribuinte de direito do ICMS-DIFAL, não se confundindo este regime com aquele da substituição tributária. Pratica o fato gerador do ICMS, cabendo-lhe o pagamento do diferencial em face da operação assumir caráter interestadual, indicando signo econômico tanto para o Estado produtor quanto para o Estado destinatário daquela mercadoria. 4.Aplicável o entendimento firmado pelo STF de que os valores destacados a título de ICMS e devidos pelo contribuinte daquele imposto não podem integrar sua receita ou faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS, já que destinados aos cofres estaduais. O destaque do ICMS-DIFAL tem sua razão no fato de que os recursos serão destinados ao Estado de destino, em nada desnaturando o imposto. Há apenas a divisão da arrecadação tributária entre os Estados envolvidos na operação. (TRF-3. APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA 5005819-34.2020.4.03.6102, 6ª Turma, Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, Intimação via sistema DATA: 14/07/2022)

Verifico, ainda, o perigo na demora do provimento jurisdicional definitivo, decorrente da sujeição da impetrante ao recolhimento de tributo manifestamente indevido, além do fato de que eventual repetição somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da demanda (artigo 170-A do CTN e artigo 100 da CF/1988).

Diante do exposto, DEFIRO A LIMINAR para suspender a exigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS, tendo por base de cálculo os valores a título de ICMS-DIFAL".

Tendo em vista que, a partir da decisão acima transcrita, não vieram aos autos fatos ou fundamentos aptos a alterar a convicção deste juízo, impõe-se a procedência dos pedidos, pelos próprios fundamentos antes expendidos.

Outrossim, cumpre destacar que, embora não tenha constado da ementa, a modulação de efeitos restou expressamente consignada no voto condutor do julgamento, nos seguintes termos:

> "Na linha da orientação do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento da Tese 69 da repercussão geral, e considerando a inexistência de julgados no sentido aqui proposto, conforme panorama jurisprudencial descrito neste voto, impõe-se modular os efeitos desta decisão, a fim de que sua produção ocorra a partir da publicação da ata do julgamento no veículo oficial de imprensa, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos em curso".

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça acolheu em parte embargos de declaração, para esclarecer que a modulação de efeitos adota a data de julgamento do Tema 69 pelo STF como marco, isto é, 15 de março de 2017, com ressalva das demandas judiciais e administrativas ajuizadas anteriormente.

O entendimento sedimentado pelo C. Superior Tribunal de Justiça aplica-se, portanto, ao presente caso.

Nesse sentido:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS-DIFAL DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA. PARÂMETROS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
>
> I. CASO EM EXAME
>
> 1. Apelação interposta pela União em face de sentença que concedeu a segurança e reconheceu a possibilidade de exclusão do ICMS-DIFAL da base de cálculo do PIS e da COFINS.
>
> II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO
>
> 2. A controvérsia dos autos diz respeito à viabilidade da exclusão do ICMS-DIFAL da base de cálculo do PIS e da COFINS e possibilidade de transposição do quanto decidido pelo STF no tema 69 à hipótese dos autos.
>
> III. RAZÕES DE DECIDIR
>
> 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-seno sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.
>
> 4. Tal entendimento deve ser estendido também à hipótese de exclusão doICMS-DIFAL da base de cálculo do PIS e da COFINS. Com efeito, o referido tributo diz respeito apenas a uma sistemática de recolhimento específico referente à diferença de alíquota de ICMS cobrado nas operações interestaduais, mecanismo necessário para o equilíbrio da arrecadação dos Estados de origem e destino do produto/serviço. A esse respeito, anote-se que a Suprema Corte no julgamento do RE 574.706/PR não fez nenhuma distinção quanto à forma de recolhimento do ICMS para fins de aplicação do precedente. Destarte, da mesma forma que o ICMS próprio não compõe o faturamento dos contribuintes, o ICMS-

DIFAL também não integra o faturamento, pois somente transita pela contabilidade das empresas até ser repassado aos Estados, motivo pelo qual deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

5. O valor retido em razão do ICMS-DIFAL não pode ser incluído na base decálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.

6. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ICMS-DIFAL) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

7. Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art.156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, caput, do CTN). Ressalte-se, ainda, que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral, pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

8. Cumpre destacar, com base em alentada jurisprudência e, considerando adata da impetração do mandamus em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

9. Registre-se, ainda, que no julgamento dos embargos declaração opostos pelaUnião no RE 574.706/PR, no dia 13 de maio de 2021, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, modular os efeitos da decisão que determinou a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS para o período posterior ao julgamento da tese no dia 15 de março de 2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

10. Por oportuno, a Corte Suprema no julgamento do tema 1279 estabeleceu aseguinte tese: “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.”.

11. Evidencia-se que aludido raciocínio se aplica igualmente ao ICMS-DIFAL,uma vez que o STF não fez distinção quanto ao sistema de recolhimento a que estaria submetido o tributo. Inclusive, por tal razão, estendeu-se o entendimento contido no RE 574.706/PR ao ICMS-DIFAL.

12. Assim sendo, considerando que na hipótese vertente a ação mandamentalfoi ajuizada em 30 de junho de 2025, o direito à compensação administrativa, nos termos acima descritos, deve abranger apenas os valores relativos aos fatos geradores ocorridos após o dia 15 de março de 2017, observada a prescrição quinquenal.

IV. DISPOSITIVO E TESE

13. Apelação da União não provida.

Dispositivos relevantes citados: Constituição Federal/88, art. 195, I, “b”; Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03; Lei nº 12.973/14; CTN, arts. 156, II, 168, 170 e 170-A; Lei nº 11.457/07, arts. 26 e 26-A.

Jurisprudência relevante citada: STF, RE 574.706/PR - tema 69; STF, tema 1279; TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5008338-51.2021.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 26/06/2023.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018151-63.2025.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 28/07/2026, Intimação via sistema DATA: 29/07/2026)” – Grifos nossos.

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. INCLUSÃO DO ICMS-DIFAL E DO ICMS-FECOEP NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ILEGALIDADE. RE 574.706/PR. TEMA 69/STF. COMPENSAÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. Não prospera a falta de interesse de agir em relação ao pedido de exclusãodo ICMS-DIFAL da base de cálculo do PIS e da COFINS, reconhecida pelo r. Juízo a quo, uma vez que, embora exista orientação administrativa de dispensa de impugnação a tal questão, conforme extensão do quanto decidido no julgamento da repercussão geral no RE 574.706/PR (Tema 69), a União não reconheceu expressamente o pedido, de modo que não pode ser suprimido o direito de ação, sob pena de violação ao princípio do acesso à justiça disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição da República, além do que a questão discutida no presente feito refere-se também ao limite temporal do direito reconhecido e compensação. Precedentes.

2. O C. STF firmou compreensão no julgamento do RE 574.706, da repercussãogeral, vinculado ao Tema 69, que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

3. No que tange, especificamente, à exclusão do ICMS-DIFAL da base decálculo do PIS e da COFINS, por se tratar apenas de sistemática distinta de recolhimento, deve ser dado o mesmo tratamento relativo ao ICMS conferido pelo E. Supremo Tribunal Federal nos Temas 69 e 1279. Precedentes.

4. Considerando-se que a demanda foi ajuizada após 15/03/2017, há que sereconhecer o direito do contribuinte de excluir o valor do ICMS-DIFAL destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como ao crédito referente aos valores indevidamente recolhidos a tais títulos, cujos fatos geradores tenham ocorrido a partir desse marco temporal, respeitando-se o prazo prescricional quinquenal.

5. O FECOEP (Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza), criadono Estado de São Paulo pela Lei n. 16.006/2015, conforme previsão contida no artigo 82 do ADCT da Constituição da República, consiste em um acréscimo de 2% na alíquota do ICMS incidente sobre transações comerciais internas e interestaduais e, tal como o ICMS-DIFAL, não integra a receita bruta ou o faturamento da empresa, ingressando em seu caixa tão somente com a finalidade de repasse aos cofres públicos, razão pela qual deve igualmente ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS

6. Possibilidade de compensação dos valores indevidamente recolhidos, sendosuficiente a comprovação de que o contribuinte “ocupa a posição de credor tributário”, conforme assentado no Tema 118/STJ. A comprovação da totalidade do indébito será realizada na via administrativa no momento da realização da compensação, ressalvando-se, evidentemente, a possibilidade de a autoridade impetrada fiscalizar o procedimento.

7. Tratando-se de compensação realizada na via administrativa, deverão serobservadas as normas vigentes à época do ajuizamento da presente demanda. A compensação deverá ser realizada após o trânsito em julgado, de acordo com o artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. Devida a atualização monetária desde a data dos recolhimentos indevidosexclusivamente pela taxa Selic, composta por juros e correção monetária, não devendo ser cumulada com qualquer outro índice, consoante assentado no Tema 145/STJ.

9. Apelação da impetrante provida. Remessa oficial e apelação da Uniãodesprovidas.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5011035-06.2025.4.03.6100, Rel. Desembargadora Federal LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/07/2026, Intimação via sistema DATA: 06/07/2026)” – Grifos nossos.

Ademais, verifica-se que a empresa impetrante foi optante pelo regime do Simples Nacional, no período de 25/09/2019 a 30/09/2023, conforme registrado nas informações prestadas pela autoridade impetrada (id nº 341501097).

Nesse contexto, insta frisar que a jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região firmou entendimento no sentido de que não é possível excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS para contribuintes optantes pelo Simples Nacional, uma vez que a sistemática do regime simplificado prevê a incidência de alíquota única sobre a receita bruta, sem a possibilidade de segregação de valores relativos a outros tributos.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. SIMPLES NACIONAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA DE MORA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente pedido derevisão de créditos tributários decorrentes de lançamento de ofício do SIMPLES NACIONAL e de contribuições previdenciárias confessadas em GFIP, representados pelas CDAs nº 80.4.18.015610-52, 14.062.745-6 e 14.062.746-4.

2. A parte autora alegou: (i) ocorrência de denúncia espontânea apta a afastara multa moratória; (ii) ilegalidade da cumulação da Taxa SELIC com outros índices de atualização; e (iii) impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS no regime do SIMPLES NACIONAL.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há três questões em discussão: (i) saber se houve denúncia espontânea capaz de excluir a multa moratória nos termos do art. 138 do CTN; (ii) verificar a legalidade da aplicação cumulativa da Taxa SELIC com outros índices de correção monetária e juros; e (iii) definir se é cabível a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS em se tratando de contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. A exclusão da multa moratória, com base na denúncia espontânea, exige acomprovação do pagamento integral do tributo e dos juros antes de qualquer procedimento fiscal. No caso, a parte apelante não comprovou o pagamento do débito, inviabilizando o reconhecimento da denúncia espontânea.

5. Quanto à legalidade da Taxa SELIC, o STF (RE 582.461/SP, sobrepercussão geral) reconheceu a constitucionalidade da sua aplicação como índice único de correção monetária e juros de mora para créditos tributários vencidos a partir de 01/01/1996. Assim, é válida sua aplicação exclusiva e não cumulativa.

6. No caso concreto, a parte autora, ora apelante, não comprovou a cumulaçãoda SELIC com outros índices.

7. No que tange à base de cálculo do PIS e da COFINS, a jurisprudência doTRF3 possui entendimento de que não é possível excluir o ICMS e/ou o ISS para contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. A sistemática do regime simplificado prevê alíquota única sobre a receita bruta, sem possibilidade de segregação de valores relativos a outros tributos, por força da Lei Complementar nº 123/2006.

IV. DISPOSITIVO E TESE

Apelação desprovida. Honorários advocatícios majorados em 1% (um por cento), nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001002-98.2019.4.03.6121, Rel. Desembargadora Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 09/12/2025, DJEN DATA: 15/12/2025)" – Grifos nossos.

"MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

I. Caso em exame

1. Trata-se de reexame necessário em face de sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão, da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS apuradas pelo Simples Nacional, dos valores recolhidos a título de ICMS pela mesma sistemática.

II. Questão em discussão

2. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS quando apurado pelo Simples Nacional.

III. Razões de decidir

O Simples Nacional é um regime único de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte, instituído por meio da Lei Complementar nº 123/2006, em observância à norma constitucional, vinculante para os entes federativos, mas facultativo para os contribuintes.

Como menciona o artigo 1º da referida lei, trata-se de um "tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."

Tal regime impossibilita o desmembramento de alíquotas ou dedução de parcelas do tributo recolhido a tal título, uma vez que a empresa passa a contribuir de forma unificada mediante pagamento mensal do tributo que representa a unificação dos impostos, por alíquota fixa sobre a receita bruta auferida, e não sobre os produtos vendidos ou mercadoria circulada (faturamento).

Ora, o contribuinte ao aderir ao SIMPLES aceita os termos dessa adesão que pode, em algum momento, caracterizar certa desvantagem do sistema de tributação em troca dos ganhos líquidos que ele apresenta, não sendo possível ao contribuinte ou ao Judiciário alterar tais regras, invocando benefícios fiscais previstos para outros regimes, no intuito de criar um terceiro benefício fiscal (híbrido) não previsto em lei.

Não há como destacar as parcelas dos tributos, nem aplicar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706 sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, vez que a base de cálculo do regime simplificado é a instituída pelo art. 3º §1º, o qual não prevê a exclusão do ICMS, do ICMS-ST e do ISS.

IV. Dispositivo e tese

Remessa oficial provida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL 5007509-70.2021.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 28/06/2026, Intimação via sistema DATA: 03/07/2026)" – Grifos nossos.

Assim, considerando que a presente ação foi ajuizada em 19 de agosto de 2024, reconhece-se o direito da parte impetrante à compensação dos valores indevidamente recolhidos, observada a prescrição quinquenal.

A compensação pela via administrativa dos eventuais valores recolhidos indevidamente, somente, poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da decisão, nos termos do art. 170-A do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/01.

Saliente-se, outrossim, que a compensação tributária observará a lei vigente na data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda Pública e do contribuinte, consoante assinalado no Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.164.452/MG:

> “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001. 1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes. 2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes. 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08”. (STJ - RESP 200902107136, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:02/09/2010).

No que se refere aos índices de correção aplicáveis, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada na data de 18/05/2011, julgando o RE nº 582.461/SP, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da matéria, assentou entendimento de que é legítima a incidência da taxa SELIC na atualização do débito tributário.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

> “PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO EM DUPLICIDADE. CORREÇÃO SELIC. APELAÇÃO DA UF IMPROVIDA. Rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir visto que a ré defendeu o mérito em sua contestação, desencadeando a necessidade da intervenção judicial. - In casu, também não há como ser acolhida a preliminar de nulidade de sentença em razão de sentença extra petita visto que a taxa SELIC é o único indexador a ser utilizado em caso de repetição de indébito. -No mérito, propriamente dito, a questão da atualização do débito tributário pela Taxa Selic, solucionada pelo Supremo Tribunal Federal por meio do RE 582461 em âmbito de Repercussão Geral. -Também o Eg. STJ, decidiu no âmbito dos Recursos Representativos da Controvérsia, Resp 879844 /MG , nos termos do art. 543-C, Lei Processual Civil. -No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação. -Em face do grau de zelo e o trabalho desenvolvido, a matéria discutida nos autos, bem como o valor causa R$ 8.982,46 (oito mil, novecentos e oitenta e dois reais e quarenta e seis centavos em 01.12.2004 - fl. 06), mantidos os honorários advocatícios nos termos em que fixados pelo r. juízo a quo - 10 % sobre o valor da causa devidamente atualizados, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973. -Note-se que, de acordo com os enunciados aprovados pelo Plenário do C. STJ, na sessão de 09/03/2016, a data do protocolo do recurso é parâmetro para aplicação da honorária de acordo com as regras do então vigente Código de Processo Civil/1973, como na espécie. -Apelação improvida”. (TRF3 - AC 00334856320044036100, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/02/2017).

Portanto, há que ser reconhecida a aplicabilidade da taxa SELIC, como índice para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, CONCEDO A SEGURANÇA, e extingo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, confirmando a medida liminar deferida, para reconhecer o direito da parte impetrante à exclusão dos valores relativos ao ICMS-DIFAL da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Por consequência, fica autorizada a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, acrescidos da taxa SELIC, que abrange juros e correção monetária, a qual deverá incidir a partir das datas dos pagamentos indevidos, observada a prescrição quinquenal, na forma acima explicitada.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n° 12.016/09.

Custas a serem reembolsadas pela impetrada (artigo 4º, inciso I e parágrafo único, da Lei nº 9.289/96).

Ciência ao Ministério Público Federal.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do artigo 14, parágrafo 1°, da Lei n° 12.016/09.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, data da assinatura eletrônica.

NOEMI MARTINS DE OLIVEIRA
Juíza Federal