



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

**APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5011483-54.2019.4.04.7201/SC**

**RELATOR:** JUIZ FEDERAL FRANCISCO DONIZETE GOMES

**APELANTE:** UNIÃO - FAZENDA NACIONAL (INTERESSADO)

**APELADO:** HARD COMÉRCIO DE FIXADORES E RESINAS LTDA. (IMPETRANTE)

**RELATÓRIO**

Trata-se de mandado de segurança em que a Impetrante objetiva o reconhecimento de seu direito líquido e certo à exclusão do ICMS-DIFAL das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, com a compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos cinco anos, atualizados pela taxa Selic.

Sobreveio sentença com o seguinte dispositivo:

*Ante o exposto, **CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA** requerida na inicial, resolvendo o mérito nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil para: **a) afastar a validade dos dispositivos da Lei Complementar 07/70 e 70/91 e das Leis n. 9.715/98 e 9.718/98, das Leis n. 10.637/02, 10.833/03 e 12.973/2014, no que toca à possibilidade de considerar o ICMS DIFAL como parte integrante do conceito de faturamento e/ou receita bruta; b) declarar indevida a inclusão do ICMS DIFAL na base de cálculo das contribuições ao PIS e a COFINS; e, via de consequência, c) declarar o direito de a impetrante compensar, nos termos e limites da fundamentação, o que foi indevidamente pago, com acréscimos - SELIC, respeitada a prescrição quinquenal (termo a quo da compensação fixado em cinco anos antes da propositura do writ).***

*O procedimento de compensação será controlado pela Receita Federal do Brasil e somente terá início após o trânsito em julgado da presente (art. 170-A, do CTN).*

*Condeno a União ao ressarcimento das custas adiantadas pela impetrante.*

*Sem condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei n.º 12.016/2009 e Súmulas n.º 105 do STJ e 512 do STF).*

Em suas razões recursais, a União requer, **preliminarmente**, a suspensão do feito até o julgamento definitivo do acórdão paradigma do Tema 69, tendo em vista a possibilidade de modulação dos efeitos do acórdão proferido no RE

574.706/PR em face dos embargos de declaração opostos. **No mérito**, sustenta a impossibilidade de transposição do quanto decidido no Tema 69 ao ICMS-DIFAL.

Apresentadas as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal referiu não ser hipótese de intervenção ministerial.

É o relatório.

## **VOTO**

### **1. Preliminares**

#### **1.1 Recursais**

##### **1.1.1 Admissibilidade**

A apelação da União é tempestiva, dispensada do preparo (ev. 30).

##### **1.1.2 Remessa necessária**

Tratando-se de sentença concessiva de mandado de segurança, cabível a remessa necessária, nos termos do art. 14, §1º, da Lei. n. 12.016/2009.

#### **1.2. Processuais**

##### **1.2.1 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**

Considerando que a presente demanda foi ajuizada após 09-06-2005, o prazo prescricional aplicável é de cinco anos, nos termos do art. 3º da LC 118/05.

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

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. CÁRMEN 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 nº 10.833/2003), não tenham integrado a pretensão recursal inicial, certo que tais 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.

Assim, impõe-se 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 o valor do indébito.

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, concludo 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)*

**2.3 Exclusão do ICMS-DIFAL (Diferencial de Alíquota) sobre a base de cálculo do PIS/COFINS.**

Em relação ao ICMS-DIFAL, tenho que o juízo *a quo* abordou adequadamente a questão, razão pela qual adoto os fundamentos da sentença como razão de decidir:

*"Por meio da Emenda Constitucional 87/2015 foi instituído, com vigência a partir de 01/01/2016, o "Diferencial de Alíquotas do ICMS a Consumidor Final não Contribuinte", devido nas operações interestaduais destinadas a pessoa não contribuinte do ICMS e o valor do imposto cabe a unidade federada de destino da mercadoria ou serviço.*

*O regime Diferencial de Alíquotas (DIFAL) ocorre em operações interestaduais com diferença de alíquotas e tem como objeto proteger a competitividade entre o estado produtos do bem e o do comprador e estabelecer um padrão de organização e encontra previsão no art. 155, § 2º, inciso VIII, b, da Constituição Federal. Transcrevo:*

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)***

*[...]*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)***

*[...]*

*§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)***

*VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) (Produção de efeito)***

*[...]*

*VIII- a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) (Produção de efeito)***

*a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)***

*b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015).***

*Ou seja, todos os contribuintes do ICMS são obrigados a recolher o ICMS relativo à diferença existente entre a alíquota interna (praticada no Estado destinatário) e a alíquota interestadual nas seguintes operações e prestações.*

*Assim, o fato gerador do DIFAL do ICMS ocorre nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, sendo que a responsabilidade pelo recolhimento será devida: – ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; – ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto.*

*Trata-se, portanto, de sistemática de arrecadação que busca equilibrar a cobrança do ICMS entre os diversos estados, mas que ao final é recolhida pelo contribuinte aos cofres públicos.*

*O DIFAL não se trata de imposto diverso, mas apenas de forma de cálculo do imposto no caso de operações de transporte entre estados quando o destinatário não é contribuinte do ICMS, em razão de cada Estado ter alíquota distinta. Assim, o DIFAL nada mais é do que o próprio ICMS pago pelo contribuinte de fato.*

*Portanto, da mesma forma como o ICMS cobrado nas operações internas, também o ICMS cobrado sobre o diferencial de alíquotas, apenas transita pela contabilidade da empresa até ser recolhido ao Estado, daí porque sobre tais valores não deve incidir as contribuições ao PIS e à COFINS, forte na decisão do SF no RE 574.706.*

*Diante disso, não há possibilidade de creditamento decorrente do ICMS-diferencial de Alíquota.*

Portanto, assim como o ICMS cobrado nas operações internas, também o diferencial de alíquota do ICMS cobrado nas operações interestaduais apenas transita pela contabilidade da empresa até ser recolhido aos cofres estatais, razão pela qual deve ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, forte na decisão do SF no RE 574.706.

Nesse sentido, em caso similar:

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS/COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. VALORES REFERENTES AO IPI DITO RECUPERÁVEL E DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.** 1. Diz-se recuperável o IPI quando o contribuinte é financeiramente reembolsado, mediante crédito equivalente contabilizado em escrita fiscal, do valor do imposto acrescido (por fora) ao preço dos bens e serviços que adquire. Nesse caso, como o contribuinte, adquirente dos bens e serviços, recebe um crédito equivalente à despesa, não se cogita tributariamente de custo. Não por outra razão, aliás, que o art. 289, § 3º, do Decreto 3.000, de 1999, expressamente preceitua que "não se incluem no custo os impostos recuperáveis através de créditos na escrita fiscal". 2. A diferença de alíquota do ICMS cobrada nas operações interestaduais é recolhida pela própria impetrante, e não pelos seus fornecedores. Com efeito, é o destinatário da mercadoria quem apura, em benefício de seu Estado, o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interestadual e a interna. Assim, por se tratar de custo que será repassado ao consumidor final do produto,

*mercadoria ou serviço, bem como por não sofrer incidência da COFINS, nem da contribuição para o PIS, não gera crédito algum na sistemática de não-cumulatividade das contribuições em tela. 3. Tampouco padecem de ilegalidade a IN/SRF 247/02 (PIS) ou a IN/SRF 404/04 (COFINS), ao explicitarem o conceito de insumo para fins de PIS e COFINS. Tais atos infralegais, na verdade, nada mais fizeram que seguir a linha já traçada pelas próprias Leis 10.637/02 e 10.833/03, as quais, claramente, não se orientam no sentido de admitir o creditamento sobre todos os custos do contribuinte (até porque, se assim quisesse o legislador, teria sido suficiente para tanto um único dispositivo legal genérico; não teria existido a necessidade de descer à casuística, como fez, especificando determinadas situações que permitem o aproveitamento de créditos), mas sim somente sobre aqueles voltados diretamente a sua atividade fim. (TRF4, AC 5028194-68.2013.404.7000, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Otávio Roberto Pamplona, juntado aos autos em 04/12/2014)" (negritei).*

**EMENTA:** *TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS PRÓPRIO E DO ICMS-DIFAL DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF. ICMS-ST NA BASE DE CÁLCULO DE PIS E COFINS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PELO SUBSTITUÍDO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo STF, no Tema 69, "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" (Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 574.706), haja vista não consubstanciar receita. 2. Assim sendo, o ICMS não deve compor a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, quer se considere o faturamento (art. 195, inc. I, da CF - redação original) ou a receita (art. 195, I, "b" - redação dada pela EC nº 20/98), inclusive no período de vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03 (regime não cumulativo). 3. As alterações produzidas pela Lei nº 12.973/2014 nas Leis nº 9.718/96, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, não legitimam a incidência da COFINS e do PIS sobre o ICMS, porquanto a lei ordinária não pode alterar conceitos constitucionais (art. 110 do CTN) e, dessa forma, há de respeitar o conceito constitucional de receita, conforme assentou o STF ao julgar o precitado RE n.º 574.706. 4. No cálculo dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser considerada a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, independentemente da utilização de créditos para a redução do quantum a ser recolhido aos cofres públicos. 5. A pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos pela União não tem o condão de suspender a tramitação dos processos sobre o tema. Resta sedimentada a jurisprudência no STF no sentido de que, para a aplicação de decisão proferida em RE com repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado ou eventual modulação de efeitos. 6. Adoção da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 69), segundo o qual "o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". 7. Da mesma forma como o ICMS cobrado nas operações internas, também o ICMS cobrado sobre o diferencial de alíquotas - ICMS-DIFAL -, apenas transita pela contabilidade da empresa até ser recolhido ao Estado, daí porque sobre tais valores não deve incidir as contribuições ao PIS e à COFINS, forte na decisão do SF no RE 574.706. 8. Não se reconhece o direito do contribuinte ao abatimento, da base de cálculo do PIS e da COFINS, dos valores pagos a título de ICMS-ST, seja pelo substituto, seja pelo substituído. (TRF4 5014210-07.2019.4.04.7000, SEGUNDA TURMA, Relatora MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, juntado aos autos em 05/05/2020)*

Assim, quanto ao ICMS destacado na nota fiscal a título de diferença de alíquota na hipótese de transporte interestadual de mercadorias destinadas a consumidor final, transitando pela contabilidade de empresa mas não representando faturamento ou receita, deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS.

Apelo da União improvido.

### 3. Repetição do indébito

Reconhecida a ocorrência de indébito tributário, faz jus a parte autora à **restituição** e/ou **compensação** dos tributos recolhidos a maior, condicionada ao trânsito em julgado da presente decisão judicial (art. 170-A do CTN), nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.433/1996. A **compensação de indébitos tributários em geral** deverá ocorrer (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

No que toca à **compensação das contribuições previdenciárias, contribuições instituídas a título de substituição de contribuição previdenciária e contribuições sociais devidas a terceiros**, devem ser observadas as restrições do art. **26-A da Lei n.º 11.457/2002, incluído pela Lei n.º 13.670/2018**, conforme regulamentação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (§ 2º).

Registre-se, por fim, que *"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"* (STJ, REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010).

### 4. Atualização monetária

A sentença estabeleceu que a atualização monetária deve incidir desde a data do pagamento indevido do tributo. No entanto, 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), razão pela qual a remessa oficial deve ser acolhida, no ponto.

### 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).

Sem honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/2009).

## 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. 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. Conclusão

Apelo da União improvido.

Remessa necessária parcialmente provida para que os créditos sejam atualizados 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).

## 8. Dispositivo

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à remessa necessária.

---

Documento eletrônico assinado por **FRANCISCO DONIZETE GOMES, Juiz Federal Convocado**, 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 **40001763296v17** e do código CRC **0f6d2da1**.

Informações adicionais da assinatura:  
Signatário (a): FRANCISCO DONIZETE GOMES  
Data e Hora: 19/5/2020, às 17:49:40

---

5011483-54.2019.4.04.7201

40001763296.V17