



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
6ª Vara Federal Cível de Vitória

Av. Marechal Mascarenhas de Moraes, 1.877, 7º andar - Bairro: Monte Belo - CEP: 29053-245 - Fone: (27)3183-5234 - www.jfes.jus.br - Email: 06vfci@jfes.jus.br

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5016729-26.2018.4.02.5001/ES

IMPETRANTE: [REDACTED]

IMPETRANTE: [REDACTED]

IMPETRANTE: [REDACTED]

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - UNIÃO - FAZENDA NACIONAL - SERRA

SENTENÇA

I. RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por XXXXX [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] (Matrizes e filiais), em face de ato atribuído ao DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM VITÓRIA/ES, objetivando a concessão da segurança, para que seja assegurado seu direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ISSQN. Pugna, como consequência dessa desoneração, a determinação para que a autoridade dita coatora promova a compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos cinco anos anteriores à propositura do presente writ.

Aduz como argumento central de defesa da tese, a conclusão do julgamento do RE 240.785 e do RE 574.706, pelo Supremo, no qual se definiu pela inconstitucionalidade do art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91, que por ser aplicável ao ICMS, também teria seus argumentos válidos para o ISSQN.

Documentos que acompanham a Inicial, Evento 01.

Liminar indeferida, Evento 06.

Notificada, a autoridade impetrada prestou suas informações, Evento 17.

Suscitou a legalidade e constitucionalidade inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS nas operações próprias da empresa, porque compõem o preço do serviço prestado, sendo, portanto,

faturamento, porque incluída no conceito de receita bruta de vendas, conforme previsto na legislação de regência.

Aludiu à necessidade de expressa previsão legal para isenção ou exclusão de elemento da base de cálculo de determinado tributo, conforme preconizam os artigos 150, § 6º; 176 e 111, todos do CTN.

O Ministério Público Federal manifestou-se dizendo não haver necessidade para seu parecer no mérito, Evento 23.

É o Relatório. Passo a decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

- Do mérito - da exclusão do ISSQN da base de cálculo da cobrança do PIS e da COFINS

Registra-se, antes de qualquer outra providência, que apesar do pleito no caso em tela restringir-se ao debate da indevida inclusão do ISS-QN na base de cálculo da COFINS e do PIS, todo debate que serve de fundamento para esta demanda se pauta na decisão havida, recentemente, no RE 574.706 RG/PR, que tratou da inexigibilidade dessas contribuições tendo como base o ICMS.

Assim, apenas para que se situe a forma de condução da fundamentação, registro que o foco da linha exegética tratará do entendimento firmado acerca da exclusão do ICM da base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que a conclusão que vale para o imposto estadual, em tudo se aproveita ao municipal, para o caso em apreço.

Muito bem, a Constituição Federal, em sua redação anterior à Emenda Constitucional 20/98, estabelecia, no seu art. 195, I, b, a incidência das contribuições de seguridade social tão somente sobre o faturamento da empresa, que, por sua vez, passou a ser considerado [desde a edição da LC 70/91], como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Então, foi editada a Lei nº 9.718/98, cujo art. 3º, §1º, passou a inserir na base de cálculo, não só os ingressos provenientes da venda de mercadorias e serviços de qualquer natureza, mas também toda e qualquer receita obtida pela empresa, em flagrante desobediência à norma constitucional que dispunha sobre a matéria (art. 195, I, b), vigente à época em que a referida lei foi editada.

A questão foi posta sob o crivo do Supremo Tribunal Federal, que, nos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº.s 357950, 390840, 358273 e 346084, na data de 09/11/2005, reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, por definir a base de cálculo do PIS e COFINS como sendo o faturamento associado à receita bruta da pessoa jurídica, independentemente do tipo de atividade

exercida pela pessoa jurídica e da classificação contábil adotada para as receitas.

Destaco o teor do julgamento no Informativo do STF nº 408:

"Concluído julgamento de uma série de recursos extraordinários em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, cujo art. 3º, § 1º, define o conceito de faturamento ("Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º. Entende-se por receita bruta 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.") - v. Informativos 294, 342 e 388. O Tribunal, por unanimidade, conheceu dos recursos e, por maioria, deu-lhes provimento para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. Entendeu-se que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento pressuposta no art. 195, I, b, da CF, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, conforme reiterada jurisprudência do STF. Ressaltou-se que, a despeito de a norma constante do texto atual do art. 195, I, b, da CF, na redação dada pela EC 20/98, ser conciliável com o disposto no art. 3º, do § 1º da Lei 9.718/98, não haveria se falar em convalidação nem recepção deste, já que eivado de nulidade original insanável, decorrente de sua frontal incompatibilidade com o texto constitucional vigente no momento de sua edição. Afastou-se o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início de produção dos efeitos da Lei 9.718/98 - o qual se deu em 1º.2.99 em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) -, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28.11.98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98. Reputou-se, ademais, afrontado o § 4º do art. 195 da CF, se considerado para efeito de instituição de nova fonte de custeio de seguridade, eis que não obedecida, para tanto, a forma prescrita no art. 154, I, da CF ("Art. 154. A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;").

A fim de dar suporte à exegese de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, foi editada a Lei nº 10.637/2002 e

a Lei nº 10.833/2003 [posteriores à EC nº 20/98], em que se adotou como fato gerador o faturamento mensal, entendido como o total das receitas (receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas) auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (receita ou custos), o que incluiu o valor do ICMS, por encontrar-se embutido no preço do serviço ou da mercadoria.

Não obstante, a questão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, ainda não havia sido pacificada, pois se encontrava em análise pelo STF.

Muito embora o Recurso Extraordinário nº 240.785/MG já houvesse sido finalizado, e a E. Corte, por maioria, dado provimento ao recurso, por entender que não se deve incluir o ICMS na base de cálculo da COFINS, haja vista que o imposto estadual configura desembolso e despesa das empresas; tal quaestio, não se olvida, ainda poderia ser alterada em razão de encontrar-se pendente de julgamento tanto a ADC 18 quanto os Recursos Extraordinários n.º 574.706^[1] e 592.616^[2] em que foi reconhecida, no primeiro, a repercussão geral.

Assim, tal questão foi novamente posta sob o crivo do Supremo Tribunal quando do julgamento do RE 574.706, através da sistemática da repercussão geral, ocasião em que a Suprema Corte fixou a tese no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, tendo em vista que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Ademais, como dito acima, a C. Corte já havia sinalizado tal posicionamento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG quando, embora não apreciado sob a sistemática da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso do contribuinte, por entender que não se deve incluir o ICMS na base de cálculo da COFINS, haja vista que o imposto estadual configura desembolso e despesa das empresas.

Deste modo, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal pacificou, agora de forma definitiva e sob a sistemática da repercussão geral, a referida tese, adoto tal entendimento, razão pela qual, na presente hipótese, assiste razão à parte impetrante.

Pelos mesmos argumentos, *mutatis mutandis*, os valores recolhidos a título de ISSQN também não podem ser incluídos na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Superada essa alegação central, em relação ao ponto de defesa apresentado em informações sobre a necessidade de expressa previsão legal para concessão de isenção e exclusão da base de cálculo de valores que entende indevidamente componentes da exação, deve se ver que não se está aqui debatendo o direito de exclusão de item de base de cálculo, ou reforçando isenção administrativamente, mas pleiteando a manifestação judicial com vistas a resguardar a constitucionalidade de certo contexto jurídico, para declarar a inexigibilidade de relação jurídica tributária, não se podendo, pois, confundir, a legalidade estrita para usufruto de benefício fiscal, com a atuação da Jurisdição, que não está amarrada pelas disposições dos artigos 111 e 176 do CTN, e artigo 150, § 6º, CF, os quais se destinam ao exercício do poder tributário pela administração.

O que importa, para o veredicto judicial, é a consideração

de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE nº 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral, que fixou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", na medida em que o imposto estadual não corresponde a faturamento ou mesmo receita da pessoa jurídica, por não se incorporar ao patrimônio desta, mas apenas transitar pela respectiva contabilidade, o que, como visto, em tudo se aproveita à discussão acerca do ISS-QN.

Nesse passo, o exame judicial da matéria não se sujeita aos ditames dos artigos do CTN citados pela autoridade coatora.

Diante de todo este fundamento exposto, portanto, reconheço a existência de relevância da impetração e acolho a pretensão autoral.

- Dos limites relativos à compensação apenas após o trânsito em julgado e apenas com tributos da mesma espécie.

Quanto à compensação, ressalte-se que caso o sub examine enquadra-se perfeitamente no disposto no art. 170-A do CTN, sendo certo que a compensação das exações recolhidas indevidamente dependem do trânsito em julgado desta sentença. Não há razão para afastar essa disposição legal. A existência de controvérsia judicial a respeito da legalidade ou não da incidência do tributo atrai imediatamente a aplicação do art. 170-A do CTN:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Esse dispositivo apenas transformou em norma legal entendimento que já estava consagrado pela jurisprudência, cristalizado pela Súmula nº 212 do STJ: "A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar."

Igualmente, deve se registrar que é ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), por força da vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei, devendo ser observada tal regra no caso.

- Da incidência de Selic sobre o valor do crédito

No que se refere à correção monetária, a jurisprudência do Colendo STJ vem entendendo que na repetição de indébito, esta deve ser integral, com reposição de expurgos inflacionários, eis que se cuida de procedimento de mera atualização de cálculo, não se constituindo em

plus. Trata-se de medida que visa coibir o enriquecimento sem causa do devedor.

Antes da edição da Lei nº 9.250/95, a correção monetária incidia de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos do Conselho da Justiça Federal, desde o pagamento indevido até a efetiva restituição ou compensação, de acordo com a Súmula nº 162 do STJ e os juros de mora eram devidos a partir do trânsito em julgado, de acordo com art. 167, parágrafo único, do CTN e com a Súmula nº 188/STJ.

Ocorre que, com edição da Lei nº 9.250/95, a partir de 01.01.96, passou a ser aplicável a taxa SELIC, como substituto da correção monetária e dos juros de mora, a partir do recolhimento indevido, conforme pacífica jurisprudência pátria.

Assim, fixadas tais premissas, tenho que o crédito a ser restituído nestes autos deve ser remunerado mediante incidência de atualização monetária a partir da retenção/recolhimento indevido, com base nos índices de atualização monetária para repetição de indébito tributário estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal até 01/01/1996 (data da entrada em vigor da Lei 9.250/95). Após a referida data, deverá incidir apenas a Taxa SELIC, considerando que a mencionada taxa alberga juros e correção monetária e que o trânsito em julgado do decisum, por obvio, ainda não se operou.

Vale ressaltar que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, por ser norma geral, cede diante da regra especial estabelecida no art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, não sendo aplicável, portanto, às ações em que se discute devolução de crédito de natureza tributária, tal como ocorre in casu. Tal entendimento coaduna-se com o posicionamento firmado no âmbito da própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que editou o Parecer PGFN/CAT/Nº 1929/2009, o qual consagra que "a nova redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, promovida pelo art. 5º da Lei 11.960, de 2009, não modificou a aplicação da Taxa Selic para as repetições de indébito tributário"

Por fim, destaco que quanto à prescrição, devem ser declarados prescritos os valores pagos anteriormente aos 5 (cinco) anos que precederam a propositura da demanda, nos termos da Lei 118/2005.

EMEN: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFICÁCIA EXECUTIVA DE SENTENÇA DECLARATÓRIA. VIA ADEQUADA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1.114.404/MG. SÚMULAS 213 E 461 DO STJ. 1. "A sentença do Mandado de Segurança, de natureza declaratória, que reconhece o direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ: 'O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'), é título executivo judicial, de modo que o contribuinte pode optar entre a compensação e a restituição do indébito (Súmula 461/STJ: 'O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado')"

(REsp 1.212.708/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/4/2013, DJe 9/5/2013). 2. O mandado de segurança transitado em julgado reconheceu à empresa contribuinte restituir-se dos valores pagos a maior em decorrência da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n. 2.445/88 e 2.448/88, o que legitima à recorrente a "opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor (...) pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito" (REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/2/2010, DJe 1º/3/2010 - submetido ao rito dos recursos repetitivos). 3. A possibilidade de a sentença mandamental declarar o direito à compensação (ou creditamento), nos termos da Súmula 213/STJ, de créditos ainda não atingidos pela prescrição não implica concessão de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração. O referido provimento mandamental, de natureza declaratória, tem efeitos exclusivamente prospectivos, o que afasta os preceitos da Súmula 271/STF. Precedentes. Agravo regimental improvido. ..EMEN: (AGRESP 201401664286, HUMBERTO MARTINS - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:11/03/2015 ..DTPB:.) [Grifo nosso].

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, na forma requerida, para determinar à autoridade coatora que reconheça o direito líquido e certo das impetrantes de afastarem os valores relativos ao ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reconheço, ainda, o direito de efetuar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos nos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda com débitos próprios vencidos e vincendos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (exceto com os débitos de natureza previdenciária, relativos às contribuições previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único, do art. 11 da Lei nº 8.212/91), nos termos da legislação que rege tal instituto, especialmente o art. 74 da Lei nº 9.430/96 e as Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal, respeitada, ainda, a regra do art. 170-A do CTN. Sobre o valor a ser repetido/compensado será aplicada a taxa SELIC a título de juros e correção monetária, a iniciar do recolhimento de cada contribuição indevida.

Por via de consequência, **JULGO O PROCESSO**, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Quanto aos honorários, deixo de aplicá-los, à vista da orientação pretoriana da Súmula 105 do Colendo STJ e da Súmula 512 do Excelso STF, e nos termos do art. 25 da Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Oficie-se o Relator do Agravo para que tome ciência da

referida sentença.

Sentença com eficácia imediata, embora sujeita ao duplo grau de jurisdição, na forma do parágrafo terceiro do art. 14 da Lei nº 12.016/2009.

Custas “ex lege”.

P. I.

Documento eletrônico assinado por CRISTIANE CONDE CHMATALIK, Juíza Federal, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfes.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 500000119970v4 e do código CRC 88124078.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): CRISTIANE CONDE CHMATALIK
Data e Hora: 25/2/2019, às 15:54:55

5016729-26.2018.4.02.5001

500000119970 .V4