



Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais 13ª Vara
Federal Cível da SJMG

SENTENÇA TIPO "A" PROCESSO: 1011789-30.2018.4.01.3800 CLASSE: PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7) AUTOR:
[REDACTED] Advogados do(a) AUTOR: ALEXANDRE PIMENTA DA ROCHA DE CARVALHO -
MG75476, ALVARO HENRIQUE MARRA DA SILVA - MG166568 RÉU: FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por

[REDACTED] em face da UNIÃO (FAZENDA PÚBLICA NACIONAL) via da qual objetiva a parte impetrante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto desta ação, afastando-se a incidência de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) com os próprios PIS e COFINS inclusos em suas bases de cálculo.

Requer que seja declarado o direito à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, nos últimos 5 anos, atualizados monetariamente pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Para tanto, afirm que o tema ora em debate guarda relação com a tese da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, sendo que, recentemente, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR (com repercussão geral reconhecida), foi consolidado o entendimento de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência das contribuições.

Distribuída a demanda a este Juízo, foi indeferida a tutela de urgência (Id 15570494).

Regularmente citada, a União apresentou contestação, sustentando, em síntese: (i) a impossibilidade da aplicação do entendimento consignado pelo STF no julgamento do RE 574.706/PR ao presente caso, vez que inexiste coisa julgada sobre o tema ora debatido; (ii) que o PIS e a COFINS possuem particularidades diferentes do ICMS, imposto discutido no RE 574.706/PR; (iii) não cabimento de restituição dos valores pagos indevidamente, ante a possibilidade de ter sidos repassados ao consumidor final; e (iv) a ausência de periculum in mora a justificar a concessão da tutela antecipada (Id 20825971).

A parte autora noticiou a interposição de agravo de instrumento (Id 24671965), bem como apresentou impugnação à contestação (Id 46569460).

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o breve relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, inexistindo necessidade de dilação probatória para a solução que

a controvérsia demanda, sendo suficiente a prova documental já carreada aos autos para tanto, cabível julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, I, do CPC/2015.

Cinge-se a controvérsia em avaliar a possibilidade de inclusão da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) em suas próprias bases de cálculo.

Pois bem. Na esteira do mandamento constante no art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal, que prevê como base de cálculo das contribuições sociais que financiam a seguridade social a receita ou o faturamento, assim dispõe a lei nº 9.718/98:

"Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977. [...] (grifei)

A par de diversas exclusões previstas no §2º do transrito art. 3º, o Decreto-Lei nº 1.598/77, referido na Lei nº 9.718/98, com redação alterada pela Lei nº 12.973/14, por sua vez, expõe o seguinte conceito sobre receita bruta:

"Art. 12 A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]

§5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º. (...)"

(grifei).

Nesse sentido, para além dos valores especificados nos incisos I, II e III que ingressam no caixa da contribuinte e das eventuais receitas não enquadráveis nos incisos anteriores, o Decreto-Lei inclui os tributos incidentes sobre a receita bruta na base de cálculo das contribuições sociais.

Na hipótese em apreço, sustenta a impetrante que o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706/PR, cuja repercussão geral da matéria constitucional foi reconhecida pela Suprema Corte, no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins" teria aplicabilidade ao caso concreto, apesar de tal previsão legislativa.

Para tanto, assevera que, por ocasião do aludido julgamento, entendeu-se

que, à luz do artigo 195, I, b, da CRFB, há que ser excluído do conceito constitucional de receita (ou faturamento), tanto o ICMS, que se constitui em ingresso destinado aos Estados, quanto qualquer outra rubrica que não se incorpore definitivamente ao patrimônio do contribuinte.

Assiste razão ao impetrante.

Isso porque, é cediço que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574.706, com repercussão geral da questão constitucional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, por isso, não pode integrar a base de cálculo das contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social (Nesse sentido, TRF4 5038104-08.2016.404.7100, PRIMEIRA TURMA, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 12/05/2017).

Do mesmo modo, nos autos do Recurso Extraordinário n. 240.785, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Assim, foi assentado o entendimento de que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento:

“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.” (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001) (destaquei).

Consoante se extrai do voto exarado pelo Ministro Marco Aurélio nos autos acima mencionado, concluiu-se que o faturamento “decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços. A base de cálculo da COFINS não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta.”, de modo que “Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. Cumpre ter presente a advertência do ministro Luiz Gallotti, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 71.758: ‘se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição’ RTJ 66/165. Conforme salientado pela melhor doutrina, ‘a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas’. A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins.” (grifei).

Nesta senda, é forçoso concluir que toda a discussão travada no acórdão que discutiu a questão da exclusão do ICMS no âmbito do STF nos aludidos julgamento cingiu-se em torno do

conteúdo intensivo e extensivo da expressão “faturamento”, com que a CRFB, em seu art. 195, I, “b”, delimita a base de cálculo das contribuições sociais em apreço, de maneira que se tem por excluídos os valores decorrentes de tributos do conceito de faturamento, na medida em que este não se assimila à noção de faturamento, sendo-lhe elemento de todo estranho.

Pelas mesmas razões, entendo que não há como se admitir a incorreção da inclusão do ICMS, por ser tributo, na base de cálculo do PIS e COFINS e ter-se por adequada a inclusão destes últimos em sua própria base de cálculo, já que ambos se constituem em tributos e, como tais, estranhos ao conceito de faturamento.

Com efeito, conquanto não se desconheça que o ICMS incide sobre si próprio, ou seja, é um imposto que integra a receita bruta ou faturamento (porque cobrado ‘por dentro’), sendo tal técnica de tributação prevista no art. 2º, § 7º, do Decreto-Lei n. 406/68 e no art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96, bem como que se encontra respaldada pela jurisprudência do STF (RE n. 212.209 e RE n. 209.393), entendo não ser razoável se admitir que as contribuições do PIS e da COFINS incidam sobre si próprias.

Impende ressaltar que o faturamento não advém da soma dos preços cobrados, mas da riqueza auferida pela realização da atividade empresarial. O ônus fiscal, no caso, não poderia integrar o cálculo. Além de não ser razoável a tributação incidente sobre tributo, não há circulação de riqueza e não há ingresso no patrimônio do vendedor da mercadoria ou do prestador do serviço.

A propósito, aponto que o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decidido quanto às contribuições do PIS-importação e da COFINS-importação (RE n. 559.937) pela inconstitucionalidade da expressão “acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições”, contida no inciso I do art. 7º da Lei n. 10.865/2004 (RE 559937, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 1710-2013 EMENT VOL-02706-01 PP-00011). No mesmo sentido:

“PIS E COFINS – IMPORTAÇÃO – ARTIGO 149, § 2º, INCISO III, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LEI Nº 10.865/04 – CONSTITUCIONALIDADE FORMAL – BASE DE CÁLCULO – ICMS E CONTRIBUIÇÕES – INCLUSÃO – INCONSTITUCIONALIDADE. Surge inconstitucional, por afronta ao artigo 149, § 2º, inciso III, alínea “a”, da Carta Federal, a inclusão dos valores do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, da contribuição ao PIS e da Cofins na própria base de cálculo das contribuições sociais. Precedente: Recurso Extraordinário nº 559.937/RS – Pleno – Relatora ministra Ellen Gracie, Redator do acórdão ministro Dias Toffoli.” (RE 589815 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 28-09-2015 PUBLIC 29-09-2015) (grifei).

No que tange às previsões contidas na Lei n. 12.973/2014, com base na qual se pretende sustentar a inclusão de tributos na base de cálculo das contribuições, entendo o referido diploma legal ordinário não se reveste de constitucionalidade.

Isso porque, é certo que a Medida Provisória n. 627/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.973/2014, alterou o conceito de receita bruta para fins de incidência do imposto de renda da pessoa jurídica, passando a prever, expressamente, a inclusão na sua base de cálculo dos tributos sobre ela incidentes. Na sequência, alterou a legislação do PIS e da COFINS, incorporando a ela, indiretamente, o conceito de receita bruta previsto no art. 12 do Decreto-Lei n.

1.598/77, conforme acima transcrito.

Ocorre que a Lei n. 12.973/2014 não pode determinar que na receita bruta (compreendida no faturamento) sejam incluídos tributos sobre ela incidentes (conforme o § 5º incluído no artigo 12 do Decreto- Lei n. 1.598/77).

Consoante disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, a União pode instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, desde que o faça mediante lei complementar.

A Lei n. 12.973/2014, ao fazer incluir sobre o conceito de receita bruta tributo da competência de unidade da Federação, como o ICMS (ônus fiscal), vai de encontro inclusive ao já decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 240.785 (Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 08/10/2014), a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, por violação ao art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, ao entendimento de que os valores referentes aquele tributo não têm a natureza de faturamento ou receita.

No sentido ora defendido, colaciono o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INSCONSTITUCIONALIDADE. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao finalizar o julgamento do RE n. 240.785, de relatoria do Min. Marco Aurélio, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, por violação ao art. 195, inc. I, alínea “b”, da Constituição Federal, ao entendimento de que os valores referentes àquele tributo não têm natureza de faturamento.

2. A Medida Provisória n. 627/13, posteriormente convertida na Lei n. 12.973/14, alterou o conceito de receita bruta para fins de incidência do imposto de renda da pessoa jurídica, passando a prever, expressamente, a inclusão na sua base de cálculo dos tributos sobre ela incidentes. Na sequência, alterou a legislação do PIS e da COFINS, incorporando a ela, indiretamente, o conceito de receita bruta previsto no art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77.

3. Ao assim proceder, o legislador ordinário contrariou o que decidido pelo Pretório Excelso no RE n. 240.785, maculando de inconstitucionalidade a legislação do PIS e da COFINS.

4. Suscitado incidente de arguição de inconstitucionalidade da expressão “de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977”, contida no art. 3º, caput, da Lei n. 9.718/98, no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.637/02 e no § 1º do art. 1º da Lei n.

10.833/03.” (TRF4, AC 5032663-08.2014.404.7200, SEGUNDA TURMA, Relator OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, juntado aos autos em 19/11/2015).

Por conseguinte, tratando-se de tributo, à luz do entendimento jurisprudencial acima exposto e adotado como razões de decidir nesta decisão, por se tratar de tributo e não integrar a contribuição para o PIS e a COFINS a sua própria base de cálculo, não tem aplicação, ao caso, a nova redação dada pela Lei n. 12.973/2014 ao art. 3º da Lei n. 9.718/98, bem como ao art. 1º, §§ 1º e 2º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, que determina o faturamento (que compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei n. 1.598/77) como base de cálculo de tais contribuições.

Em conclusão, reputo aplicável o mesmo entendimento sustentado pelo STF no RE 240.785- MG no que toca ao ingresso do PIS e COFINS na composição de sua própria base de cálculo, porquanto não abarcados no conceito de faturamento, sendo manifestamente inconstitucional o assim denominado “cálculo por dentro” tal como positivado no § 5º do art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 - a que expressamente se remete a Lei 12.973/14 para fins de definição de receita/faturamento -, transbordando, por conseguinte, da extensão semântica do termo, em ofensa ao art. 195, I, “b”, da CF.

Por fim, quanto ao pedido de compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos 5 (cinco) anos, conforme dispõe o art. 74 da Lei nº 9.430/1996, com redação alterada pela Lei nº 10.637/2002, “o sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.” (grifei).

De tal modo, estando os valores recolhidos a título de PIS e COFINS sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal, conclui-se que ambas as contribuições podem ser objeto de compensação com outros tributos e contribuições arrecadados e fiscalizados por aquele Órgão, regra geral.

A exceção a essa regra repousa no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007 que estabelece que o referido art. 74 da Lei nº 9.430/96 não se aplica às contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91, quais sejam: contribuições das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, as dos empregadores domésticos e as dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição. Nesse sentido: STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.137.738 – SP, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado: 09/12/2009.

Sendo assim, merece acolhimento o pedido do impetrante para compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da presente ação mandamental, com os demais tributos administrados pela RFB, com exceção das contribuições sociais a que se refere o art. 2º da Lei nº

11.457/07.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do CPC, julgo procedentes os pedidos, extinguindo-se o processo com julgamento do mérito, para declarar o direito da autora:

(i) de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS a parcela efetivamente destacada a título de PIS e COFINS aos cofres federais; e

(ii) à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento do presente ação com quaisquer tributos ou contribuições arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições sociais a que se refere o art. 2º da Lei nº 11.457/07.

O montante a ser compensado deverá ser atualizado pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC – instituída pela Lei nº 9.250/95.

Esclareço que a compensação operar-se-á apenas após o trânsito em julgado desta sentença, nos termos do art. 170-A do CTN.

Condeno a União ao ressarcimento das custas à parte autora, se houver, e ao pagamento de honorários sucumbenciais em percentual sobre o valor da condenação, o qual será apurado na fase de liquidação, tendo em vista o disposto no inciso II, do § 4º, do art. 85, do CPC/2015, observando-se a graduação estabelecida no § 3º do mesmo artigo.

Oficie-se ao relator do Agravo de Instrumento nº 1035831-97.2018.4.01.0000, instruindo o ofício com cópia desta sentença.

Sentença sujeita ao reexame necessário (STJ, REsp 1.101.727/PR, Corte Especial, DJ de 03/12/2009).

Nos termos dos arts. 1.009 e 1.010 do novo CPC, se houver interposição de apelação por quaisquer das partes, intime-se o apelado para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

Na hipótese de serem suscitadas preliminares pelo apelado nas contrarrazões, na forma do disposto no § 1º do art. 1009 do CPC/15, ou em caso de apresentação de apelação adesiva, intimem-se os apelantes para manifestação ou contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias (§ 2º do art. 1.009 e § 2º do art. 1.010).

Após, cumpridas as determinações supra, ou ainda que não seja interposto recurso pelas partes, remetam-se os autos ao Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em observância ao duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 496, do CPC).

Oportunamente, nada mais sendo requerido, arquivem-se os autos com baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Belo Horizonte (MG), 29 de abril de 2019.

(documento assinado digitalmente)

THATIANA CRISTINA NUNES CAMPELO

Juíza Federal Substituta da 13ª Vara Federal/SJMG

Assinado eletronicamente por: THATIANA CRISTINA NUNES CAMPELO

29/04/2019 18:26:06 http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje-

web/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam

ID do documento: 50331536



19042918260669000000049875543

IMPRIMIR

GERAR PDF