



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Av. Rio Branco, 243, Anexo II - 3º andar - Bairro: Centro - CEP: 20040-009 - Fone: (21)3218-8014 - www.jfrj.jus.br -
Email: 01vf@jfrj.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 5046130-90.2020.4.02.5101/RJ

AUTOR: [REDACTED]

AUTOR: [REDACTED]

RÉU: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

(TIPO B)

[REDACTED]

SERVIÇOS EIRELI, qualificadas na inicial, ajuizaram a presente ação pelo procedimento comum em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando declarar o direito de as autoras realizarem a restituição dos valores pagos indevidamente a título de PIS e COFINS com base nos valores de ISS destacados nas Notas Fiscais incluídos em suas bases de cálculo, antes e durante o curso desta ação, observada a prescrição quinquenal, devidamente atualizados pela Selic, nos termos dos artigos 165, 167 e 168 do CTN, e o direito à, facultativamente, realizarem a compensação administrativa dos indébitos com débitos tributários vincendos, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Inicial e documentos acostados no evento 1.

A União Federal apresentou contestação no evento 7, pugnando pela improcedência do pedido.

Réplica no evento 11.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Passo a decidir e a fundamentar.

O cerne da controvérsia cinge-se à legitimidade da inclusão do ISS - Imposto sobre Serviços destacado nas Notas Fiscais na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS.

Inicialmente, importa destacar que se encontra no C. Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento, o RE n. 592.616, com repercussão geral reconhecida, no qual se discute a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS (Tema 118 -

Inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS).

A questão ora apresentada em Juízo pode ser apreciada com base em recente entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574706/PR, com repercussão geral reconhecida.

No mencionado recurso, o C. STF afirmou que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e da COFINS, por não representar faturamento ou receita, mas apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual.

Oportuna a transcrição do acórdão do julgamento do mencionado RE 574706/PR, publicado no DJE de 02.10.2017, do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: 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.

(RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 PARANÁ - RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA)

Muito embora a decisão da Excelsa Corte tenha se limitado à exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/CONFINS, pode-se concluir, a toda evidência, que a ratio essendi do acórdão se amolda à perfeição ao caso do ISS cobrado nas mesmas circunstâncias.

Isso porque o ISS, tal como o ICMS, não reflete a riqueza obtida com a realização da operação, devendo ser encarado como ônus fiscal, e não receita ou faturamento.

Com efeito, a mesma sistemática deve ser aplicada ao ISS cuja incidência se apoia nas mesmas premissas válidas para o ICMS, em razão de ambos possuírem disciplinas equivalentes.

Assim, a motivação exarada no julgado do C. STF é perfeitamente aplicável ao presente feito, pois guarda analogia com o objeto da lide.

Sobre o tema, oportuna a transcrição da ementa do acórdão proferido pelo E. TRF-3ª Região, determinando a exclusão do ISS da base de cálculo da CPRB:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO SUPRIDA. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA PREVISTA NA LEI Nº 12.546/2011. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO.

I. Ao tempo da oposição dos embargos de declaração ora analisados, o Artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 1973, dispunha serem cabíveis embargos de declaração quando houvesse, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, bem como quando fosse omitido ponto sobre o qual se deveria pronunciar o Juiz ou Tribunal e, por construção pretoriana integrativa, na hipótese de erro material.

II. No presente caso, cumpre suprir a omissão referente à integração do ISS na base de cálculo da contribuição previdenciária instituída pela Lei nº 12.546/2011.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785/MG, posicionou-se pelo descabimento da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS (RE nº 240785/MG, Tribunal Pleno, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, votação por maioria, J. 08/10/2014, DJe-246 PUBLIC 16-12-2014).

IV. Apesar de mencionado julgado se referir a não inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, a contribuição previdenciária substitutiva prevista na Lei nº 12.546/2011 incide sobre a mesma base de cálculo da COFINS (receita bruta). Assim, a motivação exarada no julgado do STF é perfeitamente aplicável à espécie, pois guarda analogia com o objeto da lide, pretensão de excluir o ISS da base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva prevista na Lei nº 12.546/2011.

V. Impossibilidade de compensação do indébito nos termos do Artigo 74 da Lei nº 9.430/96, diante de previsão expressa do Artigo 26 da Lei nº 11.457/07 quanto a sua inaplicabilidade às contribuições previdenciárias.

VI. Os valores indevidamente recolhidos serão objeto de compensação com contribuições vincendas de mesma espécie e destinação constitucional, observada a prescrição quinquenal, nos termos da legislação vigente à data do encontro de contas, conforme decidido no Resp 1.164.452/MG.

VII. Quanto à correção monetária do montante a restituir, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.112.524/DF e do REsp nº 1.111.175/SP, conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, assentou o entendimento de ser a taxa SELIC aplicável exclusivamente a partir de 01º/01/1996, sem cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou de juros.

VIII. Embargos de declaração acolhidos para suprir a omissão apontada e integrar o venerando acórdão para determinar a não inclusão do ISS na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva prevista na Lei nº 12.546/2011 e reconhecer o direito à compensação nos termos descritos”. (Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 0016788-49.2013.4.03.6100/SP, Desembargador Federal Wilson Zauhy, Publicado 04.11.2016)

Por sua vez, conforme também decidido pelo C. STF, para cumprimento do julgado não há necessidade de se apurar o valor do ICMS, - no caso o ISS -, que tenha se caracterizado como custo efetivo para a pessoa jurídica. Basta identificar o montante destacado nas notas fiscais relativas às operações realizadas. Adotando o mesmo entendimento, transcrevo a jurisprudência do E. TRF-2ª Região:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS E ISS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. ICMS DESTACADO X ICMS EFETIVAMENTE RECOLHIDO. EXTENSÃO DO JULGADO. AUSÊNCIA DE OSCURIDADE OU OMISSÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. 1. Como consignado no acórdão embargado, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, para a aplicação da orientação firmada em repercussão geral, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão ou tampouco a apreciação de eventual pedido de modulação de efeitos. Basta a publicação da ata do julgamento do recurso extraordinário no Diário de Justiça. 2. A questão da definição do montante do ICMS e do ISS que deve ser excluído da base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS - se o ICMS e o ISS destacados em nota fiscal ou o ICMS e o ISS efetivamente recolhidos - relaciona-se com a extensão dos julgados sobre a matéria, não se caracterizando como questão nova relacionada com a fase de cumprimento da decisão. Não há, portanto, que se falar em omissão ou violação quanto aos arts. 10, 141, 490 e 492 do CPC/15. 2. Tampouco há omissão ou violação quanto aos arts. 93, IX, da Constituição ou 489, II, do CPC/73. A fundamentação constante do voto da Ministra Relatora do julgado com repercussão geral a que a Turma fez referência no acórdão embargado, é suficiente para justificar a conclusão adotada: para o STF, a circunstância de que o ICMS será recolhido aos cofres estaduais em algum momento na cadeia de circulação da mercadoria, ainda que por contribuinte diverso do que ajuizou a ação, basta para que os valores destacados não possam ser considerados receita do particular. 3. Não há que se falar em limitação do provimento concedido ao período anterior à Lei nº 12.973/14, na medida em que (i) no pedido formulado na inicial - acolhido na sentença - foi pleiteado, de forma genérica, o afastamento da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS; (ii) o advento da Lei nº 12.973/14 em nada altera a aplicação ao caso da orientação firmada no RE nº 574.706/PR, pois o que o STF entendeu, a partir de interpretação extraída de regras constitucionais, foi que o ICMS não constitui receita do contribuinte (nesse sentido: Rcl MC nº 34.947, relator Ministro Roberto Barroso, DJ de de 29/05/2019). 4. Conforme também decidido pelo STF, para cumprimento do julgado "não há necessidade de se apurar o valor do ICMS que tenha se caracterizado como custo efetivo para a pessoa jurídica. Basta identificar o montante destacado nas notas fiscais relativas às operações realizadas". 5. O fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a repercussão geral da questão relativa à inclusão do ISS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, no RE nº 592.616, não impede que esta Turma aplique ao tributo municipal a mesma orientação firmada pelo STF para o ICMS, pois, como visto, o entendimento adotado é de que o tributo não integra o faturamento da pessoa jurídica. O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a existência de repercussão geral da discussão sobre a constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS (RE 592.616/RS), afirmou, de forma expressa, que a fundamentação desenvolvida para o ICMS aplica-se integralmente ao ISS, pois é evidente que, em ambos os casos, a receita bruta pertence ao Poder Público. 6. Embargos de declaração a que se nega provimento. (Apelação / Reexame Necessário - Recursos - Processo Cível e do Trabalho Número 0030802-16.2017.4.02.5101 00308021620174025101 Classe APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - Recursos - Processo Cível e do Trabalho Relator(a) FIRLY NASCIMENTO FILHO Relator para Acórdão FIRLY NASCIMENTO FILHO Origem TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Órgão julgador 4ª TURMA ESPECIALIZADA. ORGAO_JULGADOR: Data 23/03/2020 Data da publicação 26/03/2020)

A seu turno, cabe destacar que o C. STF tem se manifestado no sentido de que a execução dos julgados, em casos como o presente, deve ser imediata e que não há que esperar a modulação.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, registre-se a decisão proferida pelo e. Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 463152, publicada em 17/03/2018, afastando o sobrestamento e reconhecendo ainda o direito de a contribuinte reaver, mediante compensação, os valores já recolhidos e não prescritos, devidamente corrigidos. Senão vejamos:

“DECISÃO COFINS E PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO – PRECEDENTES: RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 240.785/MG, PLENO, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, ACÓRDÃO PUBLICADO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 8 DE OUTUBRO DE 2014 – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706/PR, PLENO, RELATORA MINISTRA CARMÊN LÚCIA, ACÓRDÃO PUBLICADO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DE 2 DE OUTUBRO 2017 – PROVIMENTO.

Afasto o sobrestamento anteriormente determinado. Conforme consignado, a sistemática prevista no artigo 1.040, do Código de Processo Civil, determina, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.

O Supremo, no recurso extraordinário nº 240.785/MG, de minha relatoria, concluiu, em 8 de outubro de 2014, o julgamento da controvérsia versada neste processo, proclamando, por maioria de votos – 7 a 2 –, a não inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na base de cálculo da COFINS. O entendimento foi confirmado pelo Pleno, sob o ângulo da repercussão geral, quando do exame do recurso extraordinário nº 574.706-9/PR, relatora a ministra Cármen Lúcia. Na sessão de 15 de março de 2017, foi aprovada a seguinte tese “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”. Eis a síntese do acórdão, publicado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017: (...)

Provejo o extraordinário para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, reconhecendo ainda o direito de a contribuinte reaver, mediante compensação, os valores já recolhidos e não prescritos, devidamente corrigidos. Sob o ângulo da atualização, observem o mesmo índice utilizado pela Receita na cobrança do tributo. Ficam invertidos os ônus da sucumbência. (...)” (RE 463152, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 19/03/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJE-059 DIVULG 26/03/2018 PUBLIC 27/03/2018)

Assim sendo, merece acolhida o pleito exordial.

Diante do exposto, nos termos da fundamentação, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para declarar indevida a inclusão do ISS – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS destacado nas notas fiscais na base de cálculo do PIS e da COFINS e, conseqüentemente, determinar que a parte ré observe o referido provimento nas exações futuras, bem como condenar a ré a proceder à restituição dos créditos decorrentes de tal reconhecimento, desde que não atingidos pela prescrição quinquenal, preferencialmente mediante compensação.

Esta compensação deverá ser feita, após o trânsito em julgado, com débitos próprios, vencidos ou vincendos, administrados pela Receita Federal do Brasil, excetuadas as contribuições anteriormente sujeitas à Secretaria da Receita Previdenciária (Lei 11.457, artigos 2º, 26 e 27), atualizando-se os seus créditos com base na Taxa SELIC, desde cada recolhimento indevido ou a maior, até a efetiva compensação, nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96.

Custas pela União (reembolso). Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

P. I.

Documento eletrônico assinado por **MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA, Juiz 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.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510003896601v2** e do código CRC **14b1e756**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Data e Hora: 22/10/2020, às 12:31:50

5046130-90.2020.4.02.5101

510003896601.V2