



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Pará
2ª Vara Federal Cível da SJPA

SENTENÇA TIPO "A"

PROCESSO: 1035630-40.2021.4.01.3900

CLASSE: MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

POLO ATIVO: [REDACTED] RENT A CAR LTDA

REPRESENTANTES POLO ATIVO: TOMAZ MANESCHY SEGATTO –

PA27990 e ALEXANDRE COUTINHO DA SILVEIRA - PA013303

POLO PASSIVO:DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BELÉM e outros

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por [REDACTED] RENT A CAR LTDA contra ato atribuído ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Belém/PA, em que objetiva ver reconhecido seu direito de apurar a base de cálculo do PIS e da COFINS excluindo o valor do ISS para o futuro, bem como o reconhecimento do direito de compensar em os valores pagos a maior, decorrentes da inclusão indevida do ISS no passado, antes e depois da Lei nº 12.973/2014, com os acréscimos legais, observado o prazo prescricional. Alternativamente, pede a restituição dos valores pagos a maior.

Em síntese, a impetrante argumenta que, por determinação legal e constitucional, a base de cálculo do PIS e da COFINS é a receita ou faturamento, conceitos que não abrangem a noção de “imposto”, portanto é inaceitável que o ISS integre a base de cálculo de tais contribuições.

Instruiu a inicial com procurações e documentos (id 768142447 a 768142453). Comprovou o recolhimento das custas iniciais (id 768109045).

Ordenada a emenda à inicial (id 774449480), a impetrante retificou o valor da causa (id 814740546), sem complementação das custas iniciais, que já haviam sido recolhidas no valor máximo da tabela.

Acolhida a emenda (id 816071565).

O MPF disse não ser o caso de manifestação ministerial (id 817473049).

A União manifestou interesse em integrar a lide (id 823505077).

Notificada, a autoridade coatora apresentou suas informações (id 830001640).

Preliminarmente, disse que não há ato ilegal ou abusivo. Em seguida aduziu que o julgamento do RE 574.706/PR não pode ser automaticamente transposto para a inclusão do ISS na base de cálculo das contribuições e que tramita no STF o RE 592.616/RS, que trata especificamente da matéria, cujo julgamento não está encerrado. No mérito defendeu a inclusão do ISS na base de cálculo de PIS e COFINS, uma vez que todo o valor oriundo da venda de mercadoria ou prestação de serviço compõe o faturamento da empresa e que há necessidade de expressa previsão legal para a isenção e exclusão. Acostou jurisprudência favorável. Fez considerações acerca de eventual compensação.

Ao fim, pugnou pela denegação da segurança.

Sem mais, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTOS E DECISÃO

Antes de mais nada, convém mencionar que a existência de ato ilícito ou com abuso de poder é questão pertinente ao mérito, que será examinado adiante.

Cinge-se a demanda em pedido de exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, sob o fundamento de que não pode ser incluído na base de cálculo do PIS/COFINS, por não integrar o faturamento da empresa.

Pois bem, o PIS e a COFINS, criados, respectivamente, pela Lei Complementar nº 07/1970 e Lei Complementar nº 70/1991, encontram fundamento constitucional no art. 195, inciso I, que prevê como base de cálculo dessas exações o faturamento, assim considerado a receita bruta das empresas. O cerne da questão gira exatamente em torno da discussão da abrangência dos conceitos de faturamento e receita bruta.

Após certa divergência nos tribunais pátrios, sacramentando o entendimento acerca do tema, em decisão no RE 574.706, sob a sistemática da repercussão geral, o STF fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármén Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e

**Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto.
Plenário, 15.3.2017.**

Referido julgamento teve como fundamento, de maneira sucinta, exatamente o que é defendido pela parte autora, ou seja, que o valor pago a título de ISSQN, assim como o ICMS, não integra o faturamento da empresa, já que o destinatário fiscal da verba é a Fazenda Pública, não podendo, portanto, ser enquadrado como base de cálculo das contribuições ora analisadas.

Portanto, naquele julgamento houve o reconhecimento de que os valores recolhidos a título de ICMS não se incorporam à esfera patrimonial do contribuinte.

O indigitado julgado foi 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, con quanto 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. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Tribunal Pleno - STF. DJe de 02/10/2017).

Nesse contexto, não se trata de aplicação automática do RE 574.706 ao caso concreto, mas de formular-se raciocínio idêntico com relação ao Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), **visto que possui a mesma natureza jurídico-tributária do ICMS**. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA - EXCLUSÃO DO ISS (DESTACADO NA NOTA FISCAL) DAS BASES DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS - STF (RG-RE Nº 574.706/PR C/ TEMA/STF-69 E RE 592616/RS C/C TEMA 118: MODULAÇÃO HAVIDA EM ACLARATÓRIOS) - EXAÇÃO INDEVIDA.

DEVOLUÇÃO DO INDÉBITO. 1 - Apelação interposta pela União (Fazenda Nacional) e remessa oficial em face de sentença que concedeu a segurança para assegurar à parte impetrante o direito líquido e certo de não incluir, no cômputo das bases de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS os valores correspondentes ao ISSQN, condenando-se o impetrado, por conseguinte, ao resarcimento de todos os valores pagos indevidamente, respeitada a prescrição quinquenal. 2 - Apelação da Fazenda Nacional, com fins à improcedência do pedido. 3 - O STF assentou, na RG-RE nº 574.706/PR (TEMA/STF-69), e nos correspondentes aclaratórios, que "o ICMS – destacado na nota fiscal - não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, compreensão que, por seu quilate, induz pronta observância (art. 926 e art. 927, III, do CPC/2015), sendo irrelevante sopesar a amplitude do termo "faturamento" (expressão econômica que o ICMS não integra), seja no regime da cumulatividade ou não (Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003), seja na sistemática dada da Lei nº 12.973/2014. 4 - 3. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) imposto retido pelo contribuinte por obrigação legal, não é receita da empresa, sendo valor de titularidade do fisco municipal. Ainda que se leve em conta o conceito amplo de `todas as receitas obtidas pela pessoa jurídica, não pode ser considerado faturamento, e, portanto, não pode ser incluído na base de cálculo de PIS ou COFINS (AC 100767736.2019.4.01.4300, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO, TRF1 - SÉTIMA TURMA, PJe 08/03/2021 PAG.) 5 - Embora haja reconhecimento da repercussão geral do tema, é desnecessário aguardar o desfecho da mesma para se apreciar a matéria, conforme se extrai do voto proferido no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 825/DF, da Relatoria do Ministro Presidente do STF (STA 825 AgR), Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/02/2019: Quanto à alegação de que há repercussão geral da matéria, a exigir o sobrerestamento do feito originário, registro que, nos autos do processo paradigma (RE-RG 808.202), indeferi pleito de suspensão dos processos a ele relacionados, ao fundamento de que o reconhecimento da repercussão geral não implica necessariamente (...) paralisação instantânea e inevitável de todas as ações a versarem sobre a mesma temática do processo piloto. Não havendo, portanto, determinação no sentido pretendido, desnecessário é aguardar o desfecho da repercussão geral para se apreciar a matéria submetida à presente suspensão. 6 - Observando tais precedentes, esta Corte, nas T7 e T8, uniformizou o entendimento de que o Imposto sobre Serviços (ISS/ISSQN) imposto retido pelo contribuinte por obrigação legal, não é receita da empresa, sendo valor de titularidade do fisco municipal. Ainda que se leve em conta o conceito amplo de todas as receitas obtidas pela pessoa jurídica, não pode ser considerado faturamento, e, portanto, não pode ser incluído na base de cálculo de PIS ou COFINS (AC 100767736.2019.4.01.4300, Desembargador Federal JOSÉ AMILCAR MACHADO, TRF1 T7, PJe 08/03/2021). 7 - Em se tratando de MS em matéria de repetição do indébito tributário, à pretensão de restituição (em espécie) aplicam-se as limitações e condicionantes das SÚMULAS/STF nº 269 e 271 (que vedam o efeito pretérito e o manejo transverso dele como se ação de cobrança fosse).

7.1 - Lado outro, ao pleito de compensação, incidem as orientações contidas nas SÚMULAS/STJ nº 213 e nº 460, que permitem ao Judiciário declarar tal direito,

sem, porém, chancelar/convalidar encontros de contas unilaterais/açodados havidos por contribuinte(s); se o caso, com a eventual interpenetração das restrições do REPET-REsp nº 1.715.256/SP (conforme haja ou não a necessidade de juízo específico sobre a exata quantificação de valores), interagindo, ainda, no contexto, a SÚMULA de nº 461 (essa a admitir ao contribuinte a opção de, após o trânsito em julgado favorável, porventura optar por receber, por meio de precatório ou por compensação). 8 - Quanto à compensação tributária e à definição do quantum do indébito: a lei que a rege é a vigente na data de propositura da ação, ressalvando-se a opção pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores (REsp nº 1.137.738/SP), aplica-se o art. 170-A do CTN (regulando-se o encontro administrativo de contas pelo ordenamento e vigor em tal instante); agregam-se os índices/indexadores do Manual/CJF (atualizado). 9 - Honorários advocatícios ordinários e por majoração recursal - incabíveis (art. 25 da LMS).

10 - Apelação da União e remessa oficial não providas. (AMS 10371591320194013400. Relatora Desembargadora Federal Gilda Sigmarinha Seixas. 7ª Turma – TRF-1ª Região. PJe de 07/10/2021).

PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO APELAÇÃO CÍVEL INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E DA COFINS ILEGITIMIDADE NÃO SUBSUNÇÃO DO ISSQN AO CONCEITO DE FATURAMENTO CF/88, ART. 195, I RE Nº 240.785/MG E RE Nº 574.706/PR. AÇÃO AJUIZADA APÓS 08/06/2005. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

OBSERVÂNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. 1.

Conforme disposição legal, a base de cálculo das contribuições para o PIS (Lei 10.637/2002) e para a COFINS (Lei 10.833/2003) é o faturamento, o qual foi equiparado ao total das receitas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. 2. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) imposto retido pelo contribuinte por obrigação legal, não é receita da empresa, sendo valor de titularidade do fisco municipal. Ainda que se leve em conta o conceito amplo de `todas as receitas obtidas pela pessoa jurídica, não pode ser considerado faturamento, e, portanto, não pode ser incluído na base de cálculo de PIS ou COFINS. 3. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 574.706/PR, sob regime da repercussão geral, firmou o entendimento no sentido de que é indevida a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS. (RE 574706 / PR PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA. Julgamento: 15/03/2017. Orgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: ACÓRDÃO

ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017). 4.

Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, considera-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrerestados. Recurso extraordinário desprovido. (Cf. RE 566621/RS, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 11/10/2011; p. 273). 5. Destaco que o exercício do direito à compensação se fará administrativamente, tendo a Fazenda Pública a prerrogativa de apurar o

montante devido. Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18, restou revogado o parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007 e, em contrapartida, incluído o artigo 26-A, que prevê, expressamente, a aplicação do artigo 74 da Lei 9.430/96, para a compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, observados os requisitos e limites elencados, sujeitos à apuração da administração fazendária. A matéria em questão foi regulamentada pela Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18. 6. Correção monetária pela Taxa SELIC, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do recurso repetitivo do art. 543-C do Código de Processo Civil. (Cf. REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 02/08/2013). 7. Apelação a que se nega provimento. (AC 10038488320194013900. Relator Desembargador Federal José Amilcar Machado. 7ª Turma - TRF-1ª Região. e-DJF1 de 23/09/2021). Não custa mencionar que, de fato, a controvérsia concernente ao ISSQN é objeto de recurso extraordinário próprio, RE 592.616 sob a sistemática da repercussão geral, ainda pendente de julgamento pelo STF, o que não impede se proceda ao julgamento deste feito haja vista a ausência de ordem expressa de sobrerestamento dos processos que versam sobre o mesmo tema em tramitação.

Por outro lado, convém destacar que, como bem disse o Min. Marco Aurélio por ocasião da admissão da repercussão geral no RE 592.616, “incumbe ao Supremo definir o alcance dos vocábulos “receita” e “faturamento” contidos na Constituição Federal. Cabe a esta Corte manifestar-se a respeito da inserção, na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, tributo de competência do município – o Imposto sobre Serviços”. (RE 592616 RG, Relator(a): MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-11 PP-02120).

Destarte, com o devido respeito às decisões do Superior Tribunal de Justiça a sobre a matéria, inclusive o que foi decidido no Resp 1.330.737/SP, entendo que deve prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a quem compete precípuamente o julgamento de questões de fundo constitucional, como na espécie, o qual, por ora, volta-se à não inclusão do imposto na composição da base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. Com efeito, não se trata de isenção ou exclusão, mas de não incidência.

Portanto, reconhecida a ilegalidade da incidência da contribuição para o PIS e da COFINS sobre o ISS, surge para a impetrante o direito de compensar os valores pagos a maior, observado o prazo prescricional, consoante autorizado pela Súmula 213, do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, como a impetração do writ se deu em 08/10/2021, nos termos do Decreto 20.910/1932, encontram-se prescritos todos os recolhimentos realizados antes de 08/10/2016.

Incabível, entretanto, o pedido alternativo de restituição em sede de mandado de segurança.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **concedo a segurança**, para reconhecer o direito da impetrante de, doravante, apurar a base de cálculo do PIS e da COFINS excluindo o valor do ISS, bem como reconhecer seu direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos, observadas a prescrição quinquenal e as disposições do art. 170-A do CTN, devendo aguardar o trânsito em julgado do provimento judicial, corrigidos pela taxa SELIC, a qual, como é cediço, engloba correção monetária e juros moratórios. Improcedente o pedido alternativo de restituição.

Sem condenação em honorários (art. 25, Lei n. 12.016/2009). Custas em reembolso.

Defiro o ingresso da UNIÃO/PFN na lide.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

R.I.

Belém, data de validação do sistema.

(assinado eletronicamente)

Hind G. Kayath

Juíza Federal da 2^a Vara