Tribunal Regional Federal da 5ª Região
PJe - Processo Judicial Eletrônico
Consulta Processual

28/09/2015

Número: **0807054-46.2014.4.05.8300**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**

Partes	
Tipo	**Nome**
ADVOGADO	**Germano César de Oliveira Cardoso**
IMPETRADO	**DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM RECIFE**
IMPETRADO	**FAZENDA NACIONAL**
CUSTOS LEGIS	**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRANTE	**ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS**

Documentos			
Id.	**Data/Hora**	**Documento**	**Tipo**
4050000.2995784	04/09/2015 16:15	TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO E REMESSA À ORIGEM	Certidão Trânsito em Julgado
4050000.2776688	22/07/2015 19:36	Inteiro Teor	Inteiro Teor do Acórdão

PROCESSO Nº: **0807054-46.2014.4.05.8300 - APELAÇÃO**
APELANTE: **ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS**
ADVOGADO: **GERMANO CÉSAR DE OLIVEIRA CARDOSO**
APELADO: **FAZENDA NACIONAL**
RELATOR(A): **DESEMBARGADOR(A) FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO - 2ª TURMA**

JUSTIÇA FEDERAL

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
DIVISÃO DA 2ª TURMA

C E R T I D Ã O DE TRÂNSITO EM JULGADO E REMESSA

Certifico que do inteiro teor do Acórdão proferido na sessão de julgamento de 07/07/2015, referente ao processo acima indicado, a parte apelada (**FAZENDA NACIONAL**) foi intimada em 01/08/2015 .

Certifico ainda que o referido acórdão transitou em julgado em 02/09/2015 .

Certifico finalmente que, em função do trânsito em julgado da decisão e em cumprimento ao artigo 65 do Regimento Interno deste Tribunal, faço remessa eletrônica deste processo ao juízo de origem. O referido é verdade e dou fé.

Recife,4 de Setembro de 2015

PROCESSO Nº: **0807054-46.2014.4.05.8300 - APELAÇÃO**
APELANTE: **ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS**
ADVOGADO: **GERMANO CÉSAR DE OLIVEIRA CARDOSO**
APELADO: **FAZENDA NACIONAL**
RELATOR(A): **DESEMBARGADOR(A) FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO) - 2ª TURMA**

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL **IVAN LIRA DE CARVALHO** (Relator Convocado): Trata-se de apelação de sentença que denegou a segurança, ante o pleito a exclusão do ICMS e ISS da receita/faturamento utilizada como base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

Em suas razões, a parte impetrante destaca que a parcela correspondente ao ICMS/ISS não constitui faturamento ou receita da empresa, haja vista que atua como mero intermediário, entre o contribuinte de fato (Consumidor) e o Poder Tributante, que o ICMS não deverá integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que não integra os recursos próprios da empresa, constituindo renda dos Estados e Distrito Federal. Defende o respeito ao princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/88) e que o mesmo raciocínio se aplica no tocante a exclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Contrarrazões apresentadas.

Vieram-me conclusos os autos por força de distribuição por sucessão, em abril de 2015

É o relatório.

Peço a inclusão do feito em pauta para julgamento.

06\

PROCESSO Nº: **0807054-46.2014.4.05.8300 - APELAÇÃO**
APELANTE: **ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS**
ADVOGADO: **GERMANO CÉSAR DE OLIVEIRA CARDOSO**

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL **IVAN LIRA DE CARVALHO** (Relator Convocado): A Carta Magna, em redação anterior à Emenda Constitucional 20/98, estabelecia, no seu art. 195, I, b, que a incidência das contribuições de seguridade social recairia tão somente sobre o faturamento da empresa, que passou a ser considerado, com a edição da EC 70/91, como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Com a edição da Lei 9.718/98 (art. 3º, §1º), passou-se 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.

O Plenário do Col. STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, assentou a inconstitucionalidade da cobrança do PIS/COFINS, com base de cálculo a definição de faturamento consignada no art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, no que se refere ao conceito de receita bruta nele consignado, eis que foi ampliado para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Adoto, portanto, como razões de decidir, os fundamentos do referido *decisum*, que declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Assim, correta a sentença que determinou a anulação do débito fiscal que teve como base de cálculo as receitas provenientes de outras operações que não se identificam com a compra e venda de mercadorias e a prestação de serviços, pouco importando que se trate de débito lançado pelo próprio contribuinte ou mediante atuação de ofício da Fazenda.

Esclareça-se, apenas, que, posteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98, foi editada a Lei nº 10.637/2002 e a Lei nº 10.833/2003, passando as contribuições para o PIS e a COFINS, a terem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido 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.

Com relação à inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo do PIS, da COFINS, o STF, por maioria de votos, no RE 240.785, em sede de repercussão geral, entendeu que o valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF, conforme se verifica no Informativo nº 762/STF:

"O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF ["Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: ... b) a receita ou o faturamento"] v. Informativos 161 e 437. Com base nesse entendimento, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, proveu recurso extraordinário. De início, deliberou pelo prosseguimento na apreciação do feito, independentemente do exame conjunto com a ADC 18/DF (cujo mérito encontra-se pendente de julgamento) e com o RE 544.706/PR (com repercussão geral reconhecida em tema idêntico ao da presente controvérsia). O Colegiado destacou a demora para a solução do caso, tendo em conta que a análise do processo fora iniciada em 1999. Ademais, nesse interregno, teria havido alteração substancial na composição da Corte, a recomendar que o julgamento se limitasse ao recurso em questão, sem que lhe fosse atribuído o caráter de repercussão geral. Em seguida, o Tribunal entendeu 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. Dessa forma, assentou 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. Vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, que desproviam o recurso. O primeiro considerava que o montante do ICMS integraria a base de cálculo da COFINS por estar incluído no faturamento e se tratar de imposto indireto que se agregaria ao preço da mercadoria. O segundo pontuava que a COFINS não incidiria sobre a renda, e nem sobre o incremento patrimonial líquido, que considerasse custos e demais gastos que viabilizassem a operação, mas sobre o produto das operações, da mesma maneira que outros tributos como o ICMS e o ISS. Ressaltava, assim, que, apenas por lei ou por norma constitucional se poderia excluir qualquer fator que compusesse o objeto da COFINS."

Vejamos a ementa do referido julgado:

"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."

(STF, RE 240785, Plenário, 08.10.2014, Relator Ministro Marco Aurélio)

Como visto, entendeu-se na decisão da Corte Superior estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento.

Por este motivo, dado o efeito vinculante que a referida decisão possui, extensivo a todos os órgãos do Poder Judiciário, deve ser assegurado ao contribuinte o direito de recolher o PIS e a COFINS sem a inclusão do ICMS/ISS na base de cálculo.

Quanto ao pedido de compensação/restituição, o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da súmula 213 do STJ, ainda que se refiram as parcelas anteriores à impetração, tendo em vista que apenas há a declaração do direito.

Entretanto, para o reconhecimento do direito à compensação/restituição tributária em mandado de segurança, faz-se imprescindível a análise de prova pré-constituída do recolhimento indevido do tributo.

Em sede de recurso repetitivo de controvérsia (Resp 1.111.164/BA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 25.05.2009), o STJ se posicionou no sentido de que é indispensável a prova pré-constituída quando a declaração de compensação se agrega a: a) pedido de juízo sobre elementos de compensação (reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos contra os quais se opera a compensação).

Nesse sentido cito o seguinte julgado, com grifos acrescidos ao original:

"PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA -COMPENSAÇÃO -SÚMULA 213/STJ -DEMONSTRAÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - INEXISTÊNCIA -QUESTÃO RESOLVIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC -RESOLUÇÃO STJ 8/2008. 1. O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária (Súmula 213/STJ).

2. Por sua vez a Primeira Seção do STJ, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), firmou a orientação de que é indispensável prova pré-constituída quando à declaração de compensabilidade se agrega "(a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação)". (REsp 1.111.164/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 25.5.2009). *3. No caso dos autos, conforme assentado pelo Tribunal de origem e relatado pelo acórdão recorrido, a impetrante deixou de apresentar qualquer documento que indicasse o recolhimento indevido da contribuição objeto do pedido de compensação. Dessa forma, conclui-se que a presente impetração carece de*

comprovação do direito líquido e certo nela invocado. Agravo regimental improvido".(STJ, AgRg no REsp 1174826 / SP, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/08/2010)

Nestes termos, faz-se indispensável a juntada da prova pré-constituída apta a demonstrar de plano o direito alegado, nos casos em que a impetração, além de se ater ao direito de compensar, visa também o posicionamento judicial sobre elementos da própria compensação.

Assim, reconhece-se o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente a título , mas apenas poderá ser assegurada com os créditos previamente comprovados na via mandamental, conforme documentos acostados.

No entanto, ressalte-se que a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, conforme dispõe o artigo 170-A do CTN e este deve ser aplicado também para os pagamentos efetuados após a vigência da LC 104/2001, pois a ação foi proposta depois de sua vigência, não procedendo o argumento de que ele não deveria ter sido aplicado ao caso.

A Lei 8.383/91 veio a estabelecer que nos casos de recolhimento indevido ou a maior o contribuinte poderá efetuar a compensação nos recolhimentos de importância correspondente a períodos subsequentes, desde que utilize tributos de mesma espécie.

Por sua vez, a Lei nº 9.430/96, em seu art. 74, veio a ampliar o alcance da compensação de créditos tributários contra a Fazenda. Este dispositivo, contudo, não se aplicava aos pedidos de compensação que tramitavam na esfera judicial, em razão da vedação que trazia em seu teor, que limitava a sua aplicabilidade à seara administrativa. Ocorre que com a edição da Lei nº 10.637 de 30.12.2002, modificou-se o teor do art. 74 da Lei 9.430/96, retirando-lhe a limitação que restringia sua aplicação à esfera administrativa. Assim, os tributos devidos e sujeitos à administração da Secretaria da Receita Federal podem ser compensados com créditos referentes a quaisquer tributos ou contribuições administrados por aquele órgão, nos termos do art. 74 da Lei 9.430/96, com a redação dada pela Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

Contudo, com o advento da Lei nº 11.457/2007, a Secretaria da Receita Federal que passou a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, herdando as competências daquele órgão mais as da Secretaria da Receita Previdência, que restou extinta, dispôs em seu art. 26:

"Art 26. O valor corresponde à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2º desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou e que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1966, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei."

Segue o teor do art. 2º da Lei nº 11.457/2007, que aplico integralmente ao caso:

Art. 2o Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b *e* c *do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição. (Vide Decreto nº 6.103, de 2007).*

§ 1o O produto da arrecadação das contribuições especificadas no caput deste artigo e acréscimos legais incidentes serão destinados, em caráter exclusivo, ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social e creditados diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2o Nos termos do art. 58 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, a Secretaria da Receita Federal do Brasil prestará contas anualmente ao Conselho Nacional de Previdência Social dos resultados da arrecadação das contribuições sociais destinadas ao financiamento do Regime Geral de Previdência Social e das compensações a elas referentes.

§ 3o As obrigações previstas na Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, relativas às contribuições sociais de que trata o caput deste artigo serão cumpridas perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 4o Fica extinta a Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.(sem grifos no original)

Com base nos dispositivos destacados, cumpre esclarecer que, com relação a seus créditos, a compensação deve ser feita nos termos do artigo 26 da Lei nº 11.457/2007.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, destaco que pela aplicação do § 4º, do art. 39, da Lei 9.250/95 não traz qualquer distinção, pelo que há de ser feita sem acumulação com qualquer outro índice de correção monetária, dado que já compreende atualização e juros de mora.

Ressalte-se que o disposto no art. 1º-F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009 venho entendendo que tal dispositivo não se aplica ao presente caso, em que se discute o direito a restituição/compensação de contribuição previdenciária, espécie de gênero tributo, que chama a incidência da regra do art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95, a qual, por ser especial em relação ao art. 1º-F da referida lei acima, deve prevalecer.

Tal entendimento, aliás, encontra-se consolidado 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."

O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 566.621/RS, DJe de 11-10-2011) decidiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC n.º 118/2005, prevalecendo o entendimento que considera aplicável o novo prazo de cinco anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9.6.2005.

Como a presente ação foi ajuizada em 28/11/2014, o prazo prescricional a ser aplicado é o de cinco anos que antecedeu ao processo.

Diante do exposto, **dou provimento à apelação.**

É como voto.

06\

PROCESSO Nº: **0807054-46.2014.4.05.8300 - APELAÇÃO**
APELANTE: **ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS**
ADVOGADO: **GERMANO CÉSAR DE OLIVEIRA CARDOSO**
APELADO: **FAZENDA NACIONAL**
RELATOR(A): **DESEMBARGADOR(A) FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO) - 2ª TURMA**

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO ICMS/ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. DECISÃO DO STF. IMPOSSIBILIDADE. ART. 3º, §1º, DA LEI Nº 9.718/98 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - Apelação de sentença que denegou a segurança, ante o pleito da exclusão do ICMS e ISS da receita/faturamento utilizada como base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins.

II - O Plenário do STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, assentou a inconstitucionalidade da cobrança do PIS/COFINS, com base de cálculo na definição de faturamento exposta no art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98, no que se refere ao conceito de receita bruta nele consignado, eis que foi ampliado para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

III - O STF, por maioria de votos, no RE 240.785, em sede de repercussão geral, entendeu que o valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF, conforme se verifica no Informativo nº 762/STF.

IV - Dado o efeito vinculante que a referida decisão possui, extensivo a todos os órgãos do Poder Judiciário, deve ser assegurado ao contribuinte o direito de recolher o PIS e a COFINS sem a inclusão do ICMS na base de cálculo.

V - O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (CPC, art. 543-C, §3º) decidiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da LC n.º 118/2005, prevalecendo o voto da Min. Ellen Gracie, que considerou, contudo, aplicável o novo prazo de cinco anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9.6.2005, conforme se verifica no Informativo n.º 634/STF. A presente ação foi ajuizada em 28/11/2014, de maneira que o prazo prescricional a ser aplicado é o de cinco anos que antecedeu ao processo.

VI - No que concerne ao direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos, o art. 170 do Código Tributário Nacional e o art. 66 da Lei nº 8.383/91 não deixam dúvidas quanto à possibilidade de sua efetivação.

VII - A Lei Complementar nº 104 introduziu no CTN o art. 170-A, que veda "a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial".

VIII - A compensação requerida nos presentes autos deve ser feita nos termos do artigo 26 da Lei nº 11.457/2007.

IX - Apelação provida.

ACORDAM os Desembargadores Federais da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, em dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas que estão nos autos e que fazem parte deste julgado.