



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5016544-85.2018.4.02.5001/ES

IMPETRANTE: COMERCIAL MOTOCICLO S/A

IMPETRANTE: CAPRI IMPORT & EXPORT LTDA

IMPETRANTE: CAPRI IMPORT & EXPORT LTDA

IMPETRANTE: CAPRI LOGÍSTICA S.A.

IMPETRANTE: COMERCIAL MOTOCICLO S/A

IMPETRANTE: COMERCIAL MOTOCICLO S/A

IMPETRANTE: CAPRI IMPORT & EXPORT LTDA

IMPETRANTE: CAPRI LOGÍSTICA S.A.

IMPETRANTE: CAPRI LOGÍSTICA S.A.

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - MINISTÉRIO DA FAZENDA - VITÓRIA

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **COMERCIAL MOTOCICLO S.A., matriz e filiais inscritas no CNPJ sob os nºs 01.407.607/0001-53, 01.407.607/0003-15 e 01.407.607/0004-04, CAPRI IMPORT & EXPORT LTDA., matriz e filiais inscritas no CNPJ sob os nºs 39.305.834/0001-40, 39.305.834/0004-93 e 39.305.834/0005-74, CAPRI LOGÍSTICA S.A., matriz e filiais inscritas no CNPJ sob os nºs 05.398.901/0001-05, 05.398.901/0002-88 e 05.398.901/0003-69, em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - UNIÃO - FAZENDA NACIONAL – VITÓRIA, objetivando: i) a concessão da segurança para reconhecer o direito de as impetrantes excluir o PIS e a COFINS da base de cálculo do PIS/COFINS; ii) a declaração do direito à compensação dos montantes dos créditos da COFINS e do PIS recolhidos a maior, observando-se o prazo prescricional quinquenal, e mediante a utilização do valor do PIS e da COFINS em cada nota fiscal de saída multiplicado pelas mesmas alíquotas utilizadas para a geração dos débitos de PIS e COFINS em cada operação, com quaisquer tributos federais administrados pela RFB, com a aplicação da taxa Selic para a atualização monetária a partir do mês subsequente ao do recolhimento a maior das contribuições e até a data da efetiva compensação tributária pelas contribuintes.**

As Impetrantes narram, para tanto, que, são empresas que exercem diversas atividades econômicas, dentre elas as de comercialização atacadista de peças, pneus e acessórios para bicicletas, triciclos e motocicletas. Como tal, são contribuintes legais da contribuição social ao PIS e à COFINS, ambas incidentes sobre o faturamento.

Relatam que, durante toda a atividade, foi utilizado para cálculo de PIS e COFINS o valor total da fatura emitida em cada operação, todavia, a incidência da COFINS e PIS sobre o próprio PIS e COFINS calculado em cada operação é inconstitucional e ilegal e somente através de ordem judicial poderão excluir a COFINS e o PIS de suas próprias bases de cálculo.

Sustentam que:

5016544-85.2018.4.02.5001

500000106609.V13



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

1. Tendo em vista as disposições dos artigos 239 e 195, inciso I, alínea "b", ambos da Constituição Federal, o PIS e a COFINS foram instituídos tomando-se por base de cálculo o faturamento, entendido como a receita bruta da pessoa jurídica, quando apuradas na sistemática da cumulatividade (artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998), ou o total das receitas, nelas compreendidas a receita bruta e as demais receitas auferidas, quando apuradas pelo sistema não cumulativo (artigo 1º das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003);

2. Com base nestas disposições legais, o STF julgou no sistema de repercussão geral a inconstitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, dando provimento ao RE nº 574.706/PR, conforme acórdão publicado em 02/10/2017;

3. Em resumo, o acórdão exarou o acertado entendimento de que todo o valor do ICMS destacado na nota fiscal, embora imediatamente recolhido pela pessoa jurídica comerciante, não compõe seu faturamento, uma vez que tem como destinatária final a Fazenda Pública;

4. Assim, o ingresso desses valores representa um ônus fiscal ao qual a pessoa jurídica está obrigada, e não um acréscimo em sua riqueza, de forma que não pode ser validamente considerado na base de cálculo do PIS e da COFINS, por não se incluir na definição de receita ou faturamento da pessoa jurídica. Foi determinada, assim, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS;

5. À semelhança do ICMS, as próprias contribuições ao PIS e à COFINS não passam de meros ingressos de valores que representam um ônus fiscal, pois destinam-se à Fazenda Pública. Sendo assim, por não se tratar de aumento da riqueza da empresa comerciante, tais ingressos não podem ser considerados receitas ou faturamento da empresa, de modo que não devem compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS;

6. Diante desse entendimento, em 3 de maio de 2018 foi prolatada sentença nos autos do Mandado de Segurança nº 5016294-16.2017.4.04.7108 da 1ª Vara Federal de Novo Hamburgo/RS, a qual autorizou a exclusão do PIS e da COFINS de suas próprias bases de cálculo. O Magistrado entendeu que os fundamentos levantados no julgamento do RE nº 574.706/PR são plenamente aplicáveis ao caso em comento;

7. Entretanto, mesmo após a declaração da impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, entendimento que inclusive já vem sendo aplicado para excluir as próprias contribuições ao PIS e à COFINS de suas bases de cálculo, a Receita Federal ainda mantém a orientação de promover e manter a autuação das empresas que efetuarem a exclusão do imposto da base de cálculo das contribuições. Neste sentido foram firmados os posicionamentos das respostas da Solução de Consulta COSIT nº 137/2017 e da Solução de Consulta COSIT nº 6.012/2017 SRRF06/Disit.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Inicial instruída com os documentos do evento 1, anexos 2 a 14.

Guia comprobatória de recolhimento de custas, evento 1 - anexo 15.

Despacho, evento 3, determinando a notificação a autoridade impetrada para prestar informações; bem como ciência do presente feito à UNIÃO FEDERAL e vistas ao MPF.

Manifestação da União, no evento 7, requerendo ingresso no feito e que todas as intimações relacionadas ao presente mandado de segurança sejam feitas junto à Procuradoria da Fazenda Nacional, mediante vista dos autos, conforme disposto no art. 20 da Lei nº 11.033/2004.

Informações prestadas, evento 10. Sustenta que:

1. A decisão proferida no RE 240.785, que tratou da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, vale apenas para as partes envolvidas no processo;

2. O STF, no julgamento do RE nº 574.706, por maioria de votos, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Contudo, a matéria objeto do RE nº 574.706 ainda não transitou em julgado. Além disso, a modulação dos efeitos de tal decisão também ainda não se encontra definida;

3. A Secretaria da Receita Federal do Brasil somente estará vinculada às decisões já definitivamente julgadas de modo desfavorável à Fazenda Nacional para as quais exista manifestação expressa da PGFN, veiculada por meio da Nota Explicativa de que trata o art. 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014, nos termos do disposto no artigo 19, §§ 4º, 5º e 7º da Lei nº 10.522/2002;

4. É temerária a aplicação da decisão proferida no RE 574.706 a processos que versem sobre outros temas, como a exclusão do PIS e da COFINS das bases de cálculo do PIS e da COFINS;

5. Não há na LC nº 70/91, nem na Lei nº 10.833/2003, qualquer referência a faturamento líquido - o que importaria necessidade de serem especificadas as parcelas a serem excluídas do montante;

6. A subtração dos tributos incidentes sobre a receita bruta levaria à receita líquida, que não é prevista como base de cálculo do PIS/COFINS;

7. Ficou disposto expressamente no §5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014, que na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes;

8. As Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014, definem a base de cálculo das contribuições como faturamento mensal, consubstanciado no total das receitas auferidas pela pessoa jurídica,



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

independentemente de sua denominação ou classificação contábil, possibilitando a exclusão das receitas arroladas no §3º do art. 1º, que não incluem o PIS e a COFINS;

9. A inclusão dos próprios PIS e COFINS na própria base de cálculo decorre da natureza dessas contribuições, nos termos da sua legislação de regência e em plena conformidade com as regras e princípios pertinentes;

10. Do conceito geral de receita bruta destaca-se que não a integram os tributos não cumulativos cuja cobrança seja feita de forma destacada, vale dizer, quando na nota fiscal de venda a parcela referente ao tributo não integra o valor da mercadoria ou do serviço;

11. O PIS/COFINS não se enquadram no §4º do artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, não podendo serem excluídos da receita bruta, posto que a sua cobrança não é realizada de forma destacada nas notas fiscais de vendas, sequer existindo destaque para fins de controle;

12. A necessidade de expressa previsão legal para isenção e exclusão da base de cálculo;

13. A impossibilidade de se efetuar a compensação antes do trânsito em julgado, assim como com débitos previdenciários;

14. Quanto à correção dos valores a serem restituídos ou compensados, com a extinção da correção monetária, a partir de 1º de janeiro de 1996, o valor a restituir/compensar passou a ser acrescido apenas de juros equivalentes à taxa Selic, consoante a Lei nº 9.250/95.

Parecer do Ministério Público Federal de evento 14, opinando pelo prosseguimento normal do feito.

É o relatório. Decido.

DO MÉRITO

A controvérsia posta nos autos envolve a possibilidade, ou não, de incidir a contribuição ao PIS e à COFINS sobre as próprias contribuições PIS e COFINS pagas pelas Impetrantes.

Penso que assiste razão às Impetrantes.

Em suma, a questão em exame diz respeito à exata amplitude do conceito de *faturamento* ou *receita bruta* para efeitos fiscais. Mais precisamente, é preciso aferir se estão ou não incluídas aí as parcelas relativas ao PIS e à COFINS embutidas no preço, ou seja, se os tributos incidentes sobre o faturamento ou a receita bruta – no caso, as contribuições sociais PIS e COFINS – compreendem ou não em sua base de cálculo essas importâncias.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Como se sabe, em sua redação original, o artigo 195, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal previa, como um dos arquétipos de incidência das contribuições sociais, o *faturamento*. Mais tarde, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, passou a constar naquele dispositivo constitucional, ao lado do faturamento, a *receita*.

No entanto, mesmo antes do advento da referida Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal já havia fixado seu entendimento a respeito, conceituando o *faturamento* como a *receita bruta* proveniente da venda de mercadorias e de serviços.

Com efeito, no julgamento da ADC nº 01/DF, a Excelsa Corte asseverou que não havia óbice na simples menção ao faturamento como sinônimo de receita bruta, desde que, ao disciplinar o conteúdo dessa, a legislação tributária não incluísse toda e qualquer receita percebida pela pessoa jurídica, independentemente da origem e da classificação, mas se limitasse ao produto da venda de mercadorias e prestação de serviços. Por outro lado, desde o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, sequer subsiste essa restrição, na medida em que o próprio texto da Constituição Federal passou a dar respaldo à incidência das contribuições sociais sobre a receita (*em geral*).

Necessário repisar que, antes ou após a Emenda Constitucional, a noção de faturamento é de receita bruta e não de receita líquida, sendo que as contribuições incidentes sobre referido elemento não se confundem com a contribuição sobre o lucro.

Retomando o delineamento conceitual, são valiosas as lições trazidas pela Ilustre Juíza Federal desta Seção Judiciária, Dra. Eloá Alves Ferreira de Mattos, em seu artigo “Cofins - Considerações sobre sua Constitucionalidade à Luz das Alterações Introduzidas pela Lei nº 9718/1998”, do qual trago à baila o seguinte trecho, *in verbis*:

É de se notar que a quase unanimidade dos tributaristas entende que o faturamento é figura oriunda do direito comercial, tendo caráter estritamente mercantil, definindo-o como produto das vendas de mercadorias e/ou serviços.

Outro não é o entendimento do saudoso mestre Geraldo Ataliba, proferido em parecer intitulado “Cofins e Empresa de Construção Imobiliária”, publicado na RDA 201.344, verbis:

Não se registra divergência na boa doutrina, seja comercial, seja tributária, a respeito do conceito jurídico de faturamento. O STF, à sua vez, afirmou não ver diferença entre faturamento e receita bruta, para fins de interpretar as leis sobre contribuições baseadas no art. 195, I, CF (ADC – 1).

Ora faturamento é soma de faturas. Estas são contas ou notas que o comerciante expede, ao realizar vendas mercantis. Paulo Fontini, no parecer que deu à consulente é claro: ‘Desponta aí, nesse texto (art. 3º, § 1º da Lei 5.474/68) o termo faturamento.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Faturamento. Como se depreende dessa forma de Direito Comercial, é substantivo que designa a ação consistente em extrair fatura. Por aí se vê, que o vocábulo tem acepção própria no Direito Mercantil, correspondendo assim a um conceito jurídico de direito Privado. O nome (substantivo) que se dá, na terminologia de Direito Comercial, à ação de extrair fatura e faturamento.

Acerca da matéria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 08/10/2014, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, no que toca especificamente ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, firmando posicionamento no sentido de afastar o ICMS da base de incidência da COFINS.

Confira-se a Decisão de Julgamento:

RE 240785 / MG - MINAS GERAIS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 08/10/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT
VOL-02762-01 PP-00001

EMENTA

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.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Brasília, 8 de outubro de 2014.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

DECISÃO

Retirado de pauta por indicação do Senhor Ministro-Relator. 2ª Turma, 17.08.99.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo

recorrente o Dr. Roque Antonio Carrazza. Plenário, 08.09.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário,

28.04.2004.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deliberou a renovação de julgamento, a sustentação oral e o retorno dos autos ao Ministro-Relator. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 22.03.2006.

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do recurso, vencidos a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Eros Grau. No mérito, após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, dando provimento ao recurso, e do voto do Senhor Ministro Eros Grau, negando-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o Professor Roque Antônio Carraza e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 24.08.2006.

Decisão: Em consideração à decisão do Plenário, da precedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18-5/DF, e em razão do pedido de vista nela formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, o Tribunal adiou o julgamento do feito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 14.05.2008.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Decisão: O Tribunal sobrestou o julgamento do recurso, tendo em vista a decisão proferida na ADC 18-5/DF. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Plenário, 13.08.2008.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Não participou da votação a Ministra Rosa Weber, com fundamento no art. 134, § 2º, do RISTF. Não votaram os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.10.2014.

Reforçando tal posição encontra-se o Informativo nº 762 do STF, que a seguir transcrevo:

Incidência da COFINS sobre o ICMS - 3

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



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

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 desproviavam 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.

RE 240785/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 8.10.2014. (RE-240785)

Outro não foi o entendimento prestigiado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal ao concluir o julgamento do RE nº 574.706, em 15/03/2017, **com repercussão geral**, corroborando a tese de que o **ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS**. Veja-se Ata de Julgamento e notícia no *site* do STF, respectivamente:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen 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.

Quarta-feira, 15 de março de 2017

Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é inconstitucional

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (15), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam 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.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins". O posicionamento do STF deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados em outras instâncias.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Além da presidente do STF, votaram pelo provimento do recurso a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, que inaugurou a divergência, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O recurso analisado pelo STF foi impetrado pela empresa Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que julgou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Votos

O julgamento foi retomado na sessão de hoje com o voto do ministro Gilmar Mendes, favorável à manutenção do ICMS na base de cálculo da Cofins. O ministro acompanhou a divergência e negou provimento ao RE. Segundo ele, a redução da base de cálculo implicará aumento da alíquota do PIS e da Cofins ou, até mesmo, a majoração de outras fontes de financiamento sem que isso represente mais eficiência. Para o ministro, o esvaziamento da base de cálculo dessas contribuições sociais, além de resultar em perdas para o financiamento da seguridade social, representará a ruptura do próprio sistema tributário.

Último a votar, o ministro Celso de Mello, decano do STF, acompanhou o entendimento da relatora de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional. Segundo ele, o texto constitucional define claramente que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas. O ministro ressaltou que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, que é integralmente repassado aos estados ou ao Distrito Federal.

Modulação

Quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão, a ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode vir a enfrentar o tema em embargos de declaração interpostos com essa finalidade e trazendo elementos para a análise.

Saliente-se que o *decisum* proferido no RE 574.706, sob regime da repercussão geral, veio a reforçar o posicionamento do juízo, que já vinha proferindo sentenças no mesmo sentido, com base na decisão plenária anterior do Supremo, RE 240.785/MG, e jurisprudência dos demais tribunais federais, na linha da processualística moderna, também adotada pelo novo Código de Processo Civil, qual seja, a uniformização da jurisprudência nacional. Confira-se:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PIS E COFINS. ICMS NA BASE DE CÁLCULO. PLENÁRIO DO STF QUE ENTENDEU PELA INCONSTITUCIONALIDADE DESSA INCLUSÃO. RE 240.785/MG. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS. 1 - A Fazenda Nacional apela ante sentença que concedeu a segurança para assegurar à impetrante o direito de excluir da base de cálculo da contribuição ao PIS e COFINS, o valor do ICMS destacado das notas fiscais de venda de mercadoria e serviços. 2 - Posição recente do C. STF, na qual entendeu o Pretório Excelso, no RE 240.785/MG, pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. 3 - Apelação e remessa oficial improvidas.

(APELREEX 00061111320104058200, Desembargador Federal Lazaro Guimarães, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data::30/10/2014 - Página::222.)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL." Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida neste mandado de segurança, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Destarte, revendo em parte meu posicionamento anterior, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.337/2002), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior a cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a ação foi proposta em 15/10/2012. Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur. Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013. Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora (citação) ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, não providas.

(AMS 00180203320124036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Cabe lembrar, em consonância com a teoria da nulidade, que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF (tanto no controle incidental, quanto no difuso) gera efeitos *ex tunc* (retroativos), salvo se, **em situação concreta excepcional** (tanto que é necessário o quórum de 2/3 dos membros do STF), o Tribunal expressamente modular os efeitos, o que não ocorreu até o momento.

Logo, não se pode presumir que haverá a modulação dos efeitos, não cabendo a este juízo criar nova hipótese de suspensão do processo não prevista legalmente, em contraste ao princípio constitucional da duração razoável do processo, sobretudo porque o STF não determinou a suspensão dos processos afetados pelo referido RE. Aliás, em demandas tributárias, já virou corriqueiro a União requerer a modulação dos efeitos, inclusive por meio de embargos de declaração, quando o assunto já poderia ter sido suscitado em razões ou contrarrazões recursais, de forma que isso alarga mais ainda o tempo do processo.

Ademais, cabe dizer, ainda no que toca à pendência da modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 574.706, que tal modulação abarca somente o alcance temporal da decisão, possuindo somente efeito prático no que tange a eventual direito de restituição de indébito. Ou seja, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal manter-se-á incólume.

Outrossim, o desfecho da demanda também não se altera pela sustentação de que existem alterações legislativas que não foram objeto expresso de discussão no RE 574.706 (alterações trazidas pelo art. 52 da Lei nº. 12.973/2014, que alterou a definição de receita bruta prevista no Decreto-lei nº. 1.598/77 e modificou o art. 3º da Lei nº. 9.718/98, para expressamente esclarecer que a receita bruta compreende os tributos sobre ela incidentes). Isto porque o Supremo Tribunal Federal analisou a origem de toda a discussão, manifestando-se sobre o modelo constitucional de 'faturamento', que não inclui tributos.

A propósito, confirmam-se pequenos trechos extraídos do Voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello no RE 574.706:

5016544-85.2018.4.02.5001

500000106609.V13



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

“(…)

Bem por isso, tenho enfatizado **a importância** de o exercício do poder tributário, *pelo Estado*, **submeter-se, por inteiro**, aos modelos jurídicos **positivados** no texto constitucional, **que institui, em favor dos contribuintes, decisivas limitações** à competência estatal para impor e exigir, coativamente, **as diversas** espécies tributárias existentes.

O fundamento do poder de tributar - tal como tem sido reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Suprema Corte (RTJ 167/661, 675-676, vg.) - **reside**, em essência, **no dever jurídico de estrita fidelidade** dos entes tributantes *ao que imperativamente dispõe* a Constituição da República.

(…)

É por isso que não constitui demasia **reiterar a advertência** de que a **prerrogativa institucional de tributar** que o ordenamento positivo reconhece ao Estado **não lhe outorga** o poder de suprimir (**ou** de inviabilizar) direitos de caráter fundamental **constitucionalmente assegurados** ao contribuinte, **pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção** destinado a ampará-lo **contra eventuais excessos** (ou ilicitudes) cometidos pelo poder tributante **ou**, ainda, **contra exigências irrazoáveis** veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais.

Assentadas tais premissas, **passo a apreciar** o litígio constitucional em exame.

Como resulta claro dos votos já proferidos, a controvérsia instaurada na presente causa **concerne** à discussão *em torno da possibilidade constitucional de incluir-se*, ou não, **na base de cálculo** da COFINS (e da contribuição ao PIS) **o valor correspondente ao ICMS**.

(…)

O eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **ao proferir substancioso voto como Relator do RE 240.785/MG, enfatizou, de modo absolutamente correto, que não se mostra constitucionalmente possível à União Federal pretender incluir na base de cálculo da COFINS o valor retido** em razão do ICMS. **E**, ao fazê-lo, **destacou**, em seu voto, **os seguintes fundamentos**:

(…)

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.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.

(...)

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 contrario sensu, **qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência.**

.....

Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se na expressão 'folha de salários' a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão 'faturamento' envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado, e não o vendedor da mercadoria.

.....

Conforme previsto no preceito constitucional em comento, **a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso." (grifei)**

(...)

Irrecusável, Senhora Presidente, tal como assinalado por Vossa Excelência, **que o valor pertinente ao ICMS é repassado ao Estado-membro (ou ao Distrito Federal), dele não sendo titular a empresa, pelo fato, juridicamente relevante, de tal ingresso não se qualificar como receita que pertença, por direito próprio, à empresa contribuinte.**

Inaceitável, por isso mesmo, **que se qualifique qualquer ingresso como receita, pois a noção conceitual de receita compõe-se da integração, ao menos para efeito de sua configuração, de 02 (dois) elementos essenciais:**

- a) **que a incorporação dos valores faça-se positivamente, importando em acréscimo patrimonial; e**
- b) **que essa incorporação revista-se de caráter definitivo.**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Daí a advertência de autores e tributaristas eminentes, cuja lição, no tema, mostra-se extremamente precisa (e correta) no exame da noção de receita.

(...)

É por isso que o saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em clássica obra ("Uma Introdução à Ciência das Finanças", p. 152, item n. 14.3, 18ª ed., 2012, Forense), assinala que são inconfundíveis as noções conceituais de entrada ou ingresso, de conteúdo genérico e abrangente, e de receita, de perfil restrito, que compreende, como espécie que é do gênero "entrada", o ingresso definitivo de recursos geradores de "incremento" patrimonial, o que permite concluir que o mero ingresso de valores destinados a ulterior repasse a terceiros (no caso, ao Estado-membro ou ao Distrito Federal) não se qualificará, técnica e juridicamente, como receita, para fins e efeitos de caráter tributário.

Cabe lembrar, neste ponto, por extremamente relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal bem enfatizou o aspecto que ora venho de referir, como se pode ver de decisão que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

"(...) - O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, 'b', da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, 'independentemente de sua denominação ou classificação contábil'. Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições. (...)" (RE 606.107/RS, Rel. Min. ROSA WEBER - grifei)

Em outro trecho, o Ministro Celso de Mello cita a lição de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA exposta em monografia que escreveu mencionado doutrinador (ICMS, p.530/542, 12ª ed., 2007, Malheiros):

"'Faturamento' não é um simples 'rótulo'. Tampouco, 'venia concessa', é uma 'caixa vazia', dentro da qual o legislador, o intérprete ou o aplicador podem colocar o que bem lhes aprouver.

(...)

Muito bem, quando a Constituição, em matéria de contribuições sociais para a seguridade social, alude a 'faturamento', é preciso buscar no Direito Comercial (art. 187, I, da Lei 6.404/1976, que se encontrava em vigor quando da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

promulgação da Constituição Federal) este conceito.

Depois, é certo que, quando o texto constitucional alude, sem reservas ou restrições, a um instituto ou a um vocábulo jurídico, endossa o sentido próprio que possuem na doutrina e na jurisprudência.

Ora, faturamento, para o Direito Comercial, para a doutrina e para a jurisprudência, nada mais é do que a expressão econômica de operações mercantis ou similares, realizadas, no caso em estudo, por empresas que, por imposição legal, sujeitam-se ao recolhimento do PIS e da COFINS.

O 'faturamento' (que, etimologicamente, advém de 'fatura') **corresponde**, em última análise, ao 'somatório' do valor das operações negociais realizadas pelo contribuinte. 'Faturar', pois, é obter 'receita bruta' proveniente da venda de mercadorias ou, em alguns casos, da prestação de serviços.

Noutras palavras, 'faturamento' é a contrapartida econômica, auferida, como 'riqueza própria', pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando.

Indo ao encontro desta linha de raciocínio, **a Suprema Corte pacificou e reafirmou**, no julgamento **dos RE 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840, em sessão** do dia 9.11.2005, **a distinção** entre 'faturamento' e 'receita'. **Mais**: deixou claro que 'faturamento' é espécie de 'receita', podendo ser conceituado como o 'produto da venda de mercadorias e/ou da prestação de serviço (...).

.....

(...)

Ademais, se a lei pudesse chamar de 'faturamento' o que 'faturamento' não é (e, a toda evidência, empresas não faturam ICMS), **cairia por terra o rígido esquema de proteção ao contribuinte, traçado** pela Constituição.

E, ao final, conclui o seu Voto nos seguintes termos:

Concluo o meu voto, Senhora Presidente. **E**, ao fazê-lo, **quero destacar que a orientação**, por mim ora referida, **que censura**, de modo correto, **por inconstitucional, a inclusão** do ICMS **na base de cálculo** da COFINS (e da contribuição ao PIS) foi assim resumida na lição de ROBERTO CARLOS



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

KEPPLER e de ROBERTO MOREIRA DIAS ("**Da Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins**", "in" Revista Dialética de Direito Tributário nº 75, p. 178, item n. 4, 2001):

"(...) o ICMS não poderá integrar a base de cálculo da Cofins pelos seguintes motivos: (i) o alcance do conceito constitucional de faturamento e receita não permite referida dilação na base de cálculo da exação; (ii) isso representaria afronta aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva; e (iii) o previsto no art. 154, I, da Constituição Federal seria afrontado." (grifei)

Com efeito, conforme se extrai da ata de julgamento e do voto do Ministro Celso de Mello no RE 574.706 acima transcritos, a origem da discussão ali é idêntica à que ora se afigura, pois igualmente funda-se na definição do conteúdo e alcance da noção conceitual de *faturamento*. Nesse aspecto, constata-se que o modelo constitucional de faturamento consagrado pelo STF não inclui tributos.

É de se dizer que, analisado o conceito de faturamento sob o prisma constitucional, pelo STF, encontra-se obstado qualquer entendimento infraconstitucional diverso, que desvirtue tal conceito, padecendo de inconstitucionalidade qualquer norma que faça incluir o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS.

Ainda, necessário destacar que restou publicado o Acórdão relativo ao RE nº. 574.706/PR, em 02/10/2017, proferido, como dito, em regime de repercussão geral, momento a partir do qual passa a ser descabida qualquer argumentação no sentido de inaplicabilidade da força vinculante ao referido precedente.

Confira-se a Ementa do Acórdão:

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.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

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.

Ora, conforme o aludido julgado do STF, se o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, porquanto o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, não representando faturamento ou receita, e sim apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual, **o mesmo raciocínio se aplica às próprias contribuições ao PIS e à COFINS**, que também são tributos cujo valor arrecadado não incorpora ao patrimônio do contribuinte, não representando faturamento ou receita, mas sim apenas ingresso de caixa, daí a razão pela qual não compõem a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

Cabe dizer, nesta oportunidade, que o art. 1º da Lei nº 10.833/2003, em relação a COFINS, e o art. 1º da Lei nº 10.637/2002, no que se refere ao PIS, dispõem que tais contribuições incidem sobre o "total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil."

Por sua vez, o §1º de tais dispositivos indica que o "total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, ..."

Outrossim, segundo o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77 (alterado pelo art. 52 da Lei nº 12.973/2014, que alterou a definição de receita bruta prevista no Decreto-lei nº 1.598/77), 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.

Já o §5º do referido dispositivo legal disciplina que "na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes...", o que justifica a aplicação do mesmo raciocínio desenvolvido no RE nº 574.706/PR, relativamente ao ICMS, também para o PIS e a COFINS, excluindo-os da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Nessa medida, impõe-se observar o brocardo jurídico *ubi idem ratio, ibi idem jus* (onde houver a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Portanto, diante do exposto, afasta-se o PIS e a COFINS da base de cálculo do PIS e da COFINS, acolhendo-se a pretensão das impetrantes, pois que os tributos em questão se revelam estranhos ao conceito de faturamento.

CrITÉrios de Apuração dos Valores

Outrossim, cabe dizer que os critérios de apuração dos valores a serem excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS a título de PIS e COFINS são aqueles previstos em legislação própria, cuja fiscalização caberá à autoridade fiscal competente, por ocasião do pedido de compensação ou, em sendo o caso, por ocasião do cumprimento de sentença.

Nada obstante, esclareço que o montante do PIS e COFINS passível de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS deve ser aquele **(i) levado em consideração pelo Fisco no cálculo do faturamento e (ii) efetivamente recolhido (ainda que por compensação) aos cofres da Fazenda Pública**, pelos contribuintes.

Com efeito, a premissa do voto condutor do precedente em tela foi no sentido de que a arrecadação do ICMS não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil **a ser totalmente repassado ao fisco estadual**, razão pela qual não faz parte da base de cálculo do PIS/COFINS. Logo, pode-se inferir que, se o valor relativo ao ICMS não é totalmente repassado ao fisco estadual (por motivos prévios ou posteriores à constituição do crédito tributário), aquele valor apurado do ICMS torna-se **receita (ingresso definitivo) do contribuinte**, incrementando-se definitivamente ao seu patrimônio, e não meramente ingresso de caixa ou trânsito contábil.

Ainda, no que toca à possibilidade de exclusão do ICMS efetivamente repassado ao Estado, **ainda que por compensação**, tal raciocínio se extrai do próprio acórdão publicado no RE 574.706, em que constou expressamente que “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.*”

Quanto ao ponto, seguem trechos do Voto da Ministra Carmen Lúcia:

“...

Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte

posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na “fatura” é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

8. Por ser inviável a apuração do ICMS considerando cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, resolveu-se adotar o sistema de sua 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. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS.

(...)

Essa forma escritural de cálculo do ICMS a recolher baseia-se na verdade matemática segundo a qual a ordem dos fatores não altera o resultado. É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação, num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.

*9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, **embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.***

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.” (Grifei)

Por fim, naquilo que for compatível, o mesmo raciocínio deve ser aplicado relativamente ao recolhimento do PIS e da COFINS.

Atualização monetária do indébito.

Quadra registrar, por oportuno, que a atualização do indébito deve ser feita mediante aplicação exclusiva da Taxa SELIC, salientando que esse índice engloba correção monetária e juros de mora, não podendo ser cumulado com qualquer outro, e que incide desde o pagamento indevido, a teor da Lei nº 9.250/95 (art. 39, § 4).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Compensação.

A propósito do indébito aqui reconhecido, é necessário analisar a disciplina para a sua compensação.

Nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91, a compensação de indébitos fiscais, oriundos de tributos e de contribuições federais, inclusive previdenciárias, poderia ser feita por ingerência do próprio contribuinte, desde que efetuada entre “*tributos, contribuições e receitas da mesma espécie*” (artigo 66, § 1º). Posteriormente, a Lei nº 9.250/95 veio esclarecer expressamente que a compensação referida no preceito em comento seria efetuada “*com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional*” (artigo 39).

Mais adiante, o artigo 74 da Lei Federal nº 9.430/96¹, com as alterações promovidas pela Lei Federal nº 10.637/2002, autorizou a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Ou seja, **passou a permitir, como REGRA GERAL, a compensação com QUALQUER tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal.**

Entretantes, a Lei Federal nº 11.457/07, ao criar a Secretaria da Receita Federal do Brasil a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais, e transferir para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei nº 8.212/91², **AFASTOU expressamente a prerrogativa de compensação com qualquer tributo administrado pela SRF em relação às contribuições sociais previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, “a”, “b” e “c”, da Lei Federal nº 8.212/91 (contribuição patronal, do empregador doméstico e dos trabalhador) e aquelas instituídas a título de substituição (art. 195, § 13º, CF), conforme prescrições legais do artigo 26, parágrafo único³, c/c art. 2º⁴, ambos da Lei Federal nº 11.457/07.**

Em resumo, como regra geral, é possível a compensação de crédito tributário apurado pelo contribuinte com **quaisquer tributos ou contribuições** administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme estabelece o art. 74 da Lei nº 9.430/96.

In casu, constata-se que a contribuição social para o PIS e para a COFINS não se enquadra entre aquelas previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 8.212/91, ou seja, não se trata de contribuição patronal, dos empregadores domésticos e dos trabalhadores, e nem entre as instituídas a título de substituição (tanto que o STF declarou inconstitucional por desdobrar a competência tributária delineada no art. 195, I, “a”, da CF, configurando *bis in idem*).

Portanto, conclui-se que **a compensação aqui assegurada deve ser realizada pelas Impetrantes na forma do art. 74 da Lei nº 9.430/96**, com as modificações trazidas pela Lei nº 10.637/02, **com QUALQUER tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, *excepcionando-se, em princípio*, as contribuições sociais previdenciárias previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do art. 11 da Lei nº 8.212/91 e aquelas instituídas a título de substituição (art. 195, § 13º, da CF), devendo ser observado, no**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

entanto, o disposto no artigo 26-A da Lei nº. 11.457/2007, incluído pela Lei nº. 13.670/2018, o qual faz ressalva relativamente ao sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial).

Além disso, quadra destacar que a presente sentença se limitará a reconhecer o direito à compensação, sendo que, no curso desse procedimento, a autoridade fiscal competente será livre para empreender as fiscalizações cabíveis. Desta feita, a constatação da procedência da pretensão não implica homologação de eventuais quantias trazidas nos autos, sendo que o Fisco terá total liberdade no controle da regularidade formal da compensação e na verificação dos seus valores.

No que tange ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, penso que não se aplica genérica e indistintamente a todas as compensações, a ponto de exigir sempre o trânsito em julgado do pronunciamento judicial, mas sim que deve ser afrontado com as circunstâncias de cada caso concreto. Contudo, considerando que o desfecho da contenda foi definido com base em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (RE nº. 574.706), em relação ao qual penderia de apreciação pedido de modulação dos efeitos, penso que a cautela determina que seja, sim, respeitada a exigência.

Ademais, no caso em tela, cumpre aplicar-se o disposto nos arts. 7º, § 2º e 14, § 3º, ambos da Lei nº 12.016/2009, que impedem a execução provisória da sentença que resolver sobre pedido de compensação. Confira-se:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

(...)

Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

(...)

3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

(...)

Da compensação administrativa x restituição via Precatório/RPV



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Por fim, ainda sobre a compensação, cabe salientar que, como se sabe, por muito tempo discutiu-se se o mandado de segurança seria, em tese, uma via processual adequada para debaterem-se matérias relacionadas à compensação de indébito tributário. Finalmente, a polêmica se encerrou com a edição da Súmula nº 213 pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que o *writ* é, sim, adequado para tal pretensão, desde que seu objetivo seja a mera declaração do direito à compensação, sem se imiscuir nas questões referentes ao *quantum* a ser compensado.

Não obstante, é comum a alegação pela Fazenda Nacional de inadequação do mandado de segurança para ventilação da matéria, assentando-se na premissa de que o direito à compensação esbarraria na limitação revelada pelas Súmulas nº 269 e 271 do STF, *in verbis*:

Súmula n.º 269 – **O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.**

Súmula n.º 271 – **Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.**

Registre-se que, não obstante o teor da Súmula 213, esta Juíza vinha adotando a tese defendida pela Fazenda Nacional no sentido de que, em decorrência das Súmulas 269 e 271 do STF, a via processual eleita não seria adequada para uma parte da pretensão nela versada, atinente à compensação de indébitos gerados **antes da impetração** do mandado de segurança.

Entretanto, atenta aos mais recentes julgados sobre a matéria do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, revejo o meu posicionamento.

Isso porque, não se verifica ofensa à Súmula 271 do STF, na medida em que o pedido da Impetrante dirige-se apenas à **declaração do direito à compensação**, o que é plenamente possível, conforme sufragado pela Súmula nº 213 do STJ (“*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*”). A compensação será efetivamente realizada na esfera administrativa, e não no bojo do processo judicial. Ao Judiciário compete apenas declarar o direito à compensação, sem qualquer repercussão patrimonial direta. O objetivo da Impetrante é somente afastar o ato coator que a impediria de realizar a compensação. Pelas mesmas razões, também não se verifica ofensa à Súmula nº 269 do STF (“*O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança*”).

Nesse sentido:

EMEN: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SÚMULAS 213 E 416/STJ. **1. O mandado de segurança constitui instrumento adequado à declaração do direito à compensação do indébito recolhido em período anterior à impetração,**



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

observado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos contados retroativamente a partir da data do ajuizamento da ação mandamental. Precedente: EDcl nos EDcl no REsp 1.215.773/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 20/6/2014. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. EMEN:

(AROMS 201402932536, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:14/05/2015 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CABIMENTO DO WRIT PARA DECLARAR O DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. **1. Esta Corte já se pronunciou no sentido de se admitir a impetração de mandado de segurança com o fim de declarar o direito à compensação tributária e, não havendo discussão de valores, não se pode dizer que o provimento judicial estaria produzindo efeitos pretéritos. Precedentes: REsp 782.893/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007; EAg 387.556/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ de 9.5.2005.** 2. Na hipótese, a impetração defende direito líquido e certo de o contribuinte proceder ao creditamento dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS, hipótese na qual a concessão da ordem vindicada irradiará efeitos patrimoniais para o futuro, e não para o passado, eis que apenas após a declaração do direito é que se concretizará o creditamento do ICMS, por força da decisão judicial. Assim, o mandado de segurança tem natureza eminentemente declaratória, além de ter caráter preventivo, na medida em que se postula afastar a atuação do Fisco no pertinente à exigência de estorno do crédito de ICMS relativo às mercadorias que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas de produtos da cesta básica. Portanto, impõe-se concluir que não se está utilizando o mandado de segurança como substitutiva da ação de cobrança, nem possui o provimento final efeito condenatório, o que afasta a aplicação das Súmulas 269 e 271, ambas do STF . 3. Cumpre salientar que, em recente julgado (REsp 727260 / SP, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, DJe 23/03/2009), a Primeira Seção desta Corte consolidou posicionamento no sentido de que o creditamento de ICMS na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do mandamus para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária". 4. Embargos de divergência providos. ..EMEN:

(ERESP 200901123803, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:08/06/2010 ..DTPB:.)



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ICMS. COMÉRCIO VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E DIFERIMENTO. PEDIDO DECLARATÓRIO DO DIREITO AO CREDITAMENTO. SÚMULA 213/STJ. APONTADAS IRREGULARIDADES NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO VALOR DO FRETE COM BASE NO ART. 13, § 1º, INCISO II, B, DA LC 87/96. DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 211/STJ. VENDA INFERIOR AO VALOR DA PAUTA FISCAL. DEVOLUÇÃO DESCABIDA. ADI 1.851/AL. CREDITAMENTO EM DECORRÊNCIA DA EVAPORAÇÃO DA GASOLINA. IMPOSSIBILIDADE. FENÔMENO NATURAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DO TRIBUTO INCIDENTE SOBRE O ÁLCOOL ANIDRO POR DIFERIMENTO. OFENSA AO ART. 128 DO CTN E CREDITAMENTO DO ICMS INCIDENTE NA CADEIA DE PRODUÇÃO DO ÁLCOOL (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE). FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. Hipótese em que o recorrente, Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes no Rio Grande do Sul, impetrou mandado de segurança coletivo a fim de assegurar aos seus filiados o creditamento de ICMS decorrente de supostas irregularidades levadas a efeito pela Administração tributária no concernente à base de cálculo desse imposto nas operações envolvendo o comércio de combustíveis. 2. **A Primeira Seção decidiu que "o creditamento na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do mandamus para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ, 'o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'" (EREsp 727.260/SP, de minha relatoria, DJ 23/3/2009). A declaração eventualmente obtida no provimento mandamental possibilita, também, o aproveitamento de créditos anteriores ao ajuizamento da impetração, desde que não atingidos pela prescrição.** 3. Não é possível conhecer das razões recursais relativas à exclusão do frete da base de cálculo e à legitimidade da forma de recolhimento diferido do ICMS incidente sobre o álcool anidro, uma vez que os artigos de lei nela invocados, quais sejam, os arts. 13, § 1º, inciso II, b, da LC 87/96, e 128 do CTN, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foram devidamente prequestionados junto à instância de origem. Da mesma forma, o pedido de creditamento do ICMS incidente no processo de fabricação do álcool não foi apreciado pelo Tribunal de origem. Incide, no ponto, o óbice da Súmula 211/STJ. 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelo que se depreende dos recentes precedentes a seguir colacionados, seguindo o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 1.851/AL, no qual se reconheceu a constitucionalidade das disposições do Convênio 13/97, não ampara o pleito de creditamento de ICMS em face de vendas ocorridas com preço inferior ao presumido na pauta fiscal. Precedentes: AgRg no REsp 930.900/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/5/2010; AR 3.147/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 16/4/2010; RMS 24.374/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Turma, DJe 26/2/2010; EDcl no RMS 22.725/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/2/2009. 5. Não procede o reclamo de creditamento de ICMS em razão da evaporação do combustível, pois a sua volatilização constitui elemento intrínseco desse comércio, a ser, portanto, considerado pelos seus agentes para fins de composição do preço final do produto. Esse fenômeno natural e previsível difere, em muito, das situações em que a venda não ocorre em razão de circunstâncias inesperadas e alheias à vontade do substituído. Ademais, o STJ, analisando questão análoga, concernente à entrada de cana-de-açúcar na usina para produção de álcool, já se pronunciou no sentido de que a quebra decorrente da evaporação é irrelevante para fins de tributação do ICMS. Precedentes: EDcl no RMS 12.779/GO, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 31/3/2003; REsp 152.258/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ 29/5/2000. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte. ..EMEN:

(RESP 200900232282, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/07/2010 ..DTPB:.)

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO - **PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA COMPENSAÇÃO ANTES DA IMPETRAÇÃO - COMPENSAÇÃO - PRESCRIÇÃO - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - COFINS E PIS - ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULAS 68 E 94 STJ - PRECEDENTES DO STJ - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 195, inciso I, 145, § 1º, 150, II e IV da CF/88, 6º, parágrafo único da LC nº 7/70; 2º, I e 3º da Lei nº 9.718/98; 2º, caput e parágrafo único; da LC nº 70/91; bem como da Lei nº 8.541/92, DO DECRETO Nº 3.000/99 e do art. 110 do CTN 1. Em suas contrarrazões, a UNIÃO FEDERAL requereu o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso da impetrante. Não se aplica o art. 518, § 1º do CPC, porque a matéria ainda está pendente de julgamento pelo STF, de modo que o entendimento firmado pelo STJ sobre o tema ainda pode vir a ser alterado. 2. **Há entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de deferimento da compensação tributária pela via do mandado de segurança, conforme o enunciado nº. 213 de sua súmula. Ademais, não se configura in casu o enunciado nº 271, pois não se visa a alcançar efeitos patrimoniais em relação a períodos pretéritos, mas sim a declaração do direito de compensar indébitos. 3. Conforme a Súmula nº 213 do STJ, o mandado de segurança é via apta para a declaração do direito do contribuinte à compensação do indébito tributário. Como não há distinção legal e a compensação se efetiva na via administrativa, conforme o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, a declaração eventualmente obtida no provimento mandamental possibilita, também, o aproveitamento de créditos anteriores ao ajuizamento da ação, desde que não atingidos pela prescrição (RESP nº 1122126, rel. Min. Benedito****



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Gonçalves, 1ª Turma, j. 22/06/2010). 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 566621, e, portanto, manteve a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que entendeu ser de dez anos o prazo para pleitear a restituição, cuidando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação.

5. (...) 18. Apelação desprovida.

(AMS 200751010296273, Desembargador Federal LUIZ MATTOS, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::13/11/2014.)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO TRANSPORTE. FÉRIAS. SALÁRIO MATERNIDADE. AUXÍLIO DOENÇA E AUXÍLIO ACIDENTE, NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE FASTAMENTO DO TRABALHADOR. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE, DE INSALUBRIDADE, DE QUEBRA DE CAIXA E DE TRANSFERÊNCIA. AUXÍLIO CRECHE. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SESC, SENAI, SENAC E SESI. PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1- Em se tratando de Mandado de Segurança, desnecessário se trazer ao feito as entidades beneficiárias dos repasses realizados a título de contribuição de terceiros, a exemplo de SESI, SENAI, SESC e SENAC, uma vez que o órgão responsável pela arrecadação é a Secretaria da Receita Federal. 2- **A ausência de pretensão à restituição em espécie dos valores indevidamente pagos inviabiliza a incidência das Súmulas 269 e 271 do Pretório Excelso. Com efeito, não se cinge a demanda à discussão de valores, mas tão-somente ao reconhecimento de efeito declaratório à compensação, não se podendo dizer, nessas circunstâncias, que o mandamus estaria a produzir efeitos pretéritos.** 3- A questão da prescrição encontra-se sedimentada no excelso Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE nº 566.621/RS com base no art. 543-B, do CPC, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 04/08/2011, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/2005, e considerou 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 09/06/2005. 4- Portanto, diante do paradigma firmado pelo Supremo Corte, e adotando essa orientação vinculante ao caso em apreço, tendo sido a presente ação sido ajuizada em 08/11/2012, aplica-se o prazo de prescrição quinquenal. 5- O Plenário do excelso Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 10/03/2010, no Recurso Extraordinário nº 478.410, adotou posicionamento no sentido de reconhecer o caráter não-salarial do auxílio transporte, seja ele pago em vale transporte ou em moeda. Diante disso, não há incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas relativas ao vale transporte. 6- No tocante ao salário maternidade e às férias, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (RESP1.322.945-DF) reconheceu a não incidência da contribuição previdenciária sobre essas verbas. 7- No que se refere ao adicional



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

de um terço constitucional de férias, a questão encontra-se pacificada na jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, no sentido da não incidência. 8- É pacífico o entendimento do STJ segundo o qual não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, correspondente ao período dos primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo da doença ou acidente, sob a consideração de que tais verbas não possuem natureza de contraprestação. 9- Não há dúvida que não há incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, uma vez que essa questão se encontra sedimentada perante o STJ, com inúmeros precedentes, havendo inclusive a Súmula 09 do extinto TFR. Também deverá ser excluída a incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) proporcional ao aviso prévio indenizado, uma vez que as verbas acessórias seguem a regra da verba principal. 10- Com relação ao adicional da hora extraordinária, não há maiores controvérsias quanto a sua natureza salarial, pois, ainda que se trate de uma hora de custo mais oneroso para o empregador, não deixa de ser retribuição remuneratória pelo trabalho realizado nesse período extraordinário. (Precedentes do STJ). 11- Quanto aos adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade, resta tranqüila a orientação dos Tribunais Superiores quanto a sua natureza salarial para fins de incidência da contribuição previdenciária. 12- A Jurisprudência do STJ também já é pacífica quanto a não incidência de contribuição previdenciária sobre o auxílio-creche, uma vez que este não integra o salário de contribuição, havendo, inclusive, sobre a questão a Súmula 310/STJ. 13- O auxílio alimentação quando é pago em dinheiro ou seu valor creditado em conta corrente do empregado, com caráter habitual e remuneratório, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária. 14- O adicional de transferência reveste-se de natureza salarial, pois possui características de suprimento de utilidades, ainda que se destine a compensar maior onerosidade ocorrida com a transferência e possa ser retirado quando desaparece a causa. 15- O entendimento jurisprudencial tem sido no sentido de que se a verba de quebra de caixa é paga com regularidade, independentemente de ter havido perda de numerário ou não, este valor integra a remuneração para todos os efeitos legais. 16- As contribuições para terceiros (SESC, SESI, SENAI, etc) tem destinação específica para financiar atividades que visem ao aperfeiçoamento profissional e à melhoria do bem-estar social dos trabalhadores correlatos. Tais exações, segundo o STF, têm natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico (AI nº 622.981; RE nº 396.266). Essas contribuições, portanto, tem contornos e destinações diversos das contribuições previdenciárias, razão por que não é possível aplicar (no particular aqui discutido) àquelas a mesma entendimento destas (AG n. 00059221-23.2010.4.01.0000, Des. Fed. LUCIANO TOLENTINO AMARAL, TRF1, T7, e-DJF1 10/09/2010), sua base de cálculo é a “folha de salários”, expressão mais ampla - nitidamente formal - que não distingue nem ressalva as eventuais verbas porventura indenizatórias, dado que também elas o integram. 17- Os recolhimentos efetuados indevidamente a título de contribuição previdenciária podem ser compensados somente com os valores devidos a título de contribuição previdenciária. 18- A compensação observará a disposição do artigo 170-A do CTN, acrescentado pela LC nº 104/2001, que veda a



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

compensação de tributo objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado da sentença. 19- A correção do indébito observará a disposição da Lei nº 9.250/95, que criou a Taxa SELIC, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95). 20- Remessa necessária e apelações das partes parcialmente providas. .

(APELRE 201250010116239, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::13/03/2014.)

(Grifos nosso)

Noutro giro, **no que toca aos recolhimentos pretéritos, incabível o pedido de restituição (mediante precatório/RPV) pela via mandamental**, sob pena de afronta às Súmulas 269 e 271 do STF.

Tal restrição faz-se necessária, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, em **recurso repetitivo**, reconheceu a possibilidade de o contribuinte optar entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor, entendimento este já, inclusive, objeto de Súmula daquela Corte. Confira-se:

Súmula 461/STJ - 12/07/2016. Recurso especial repetitivo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tributário. Sentença declaratória do direito à compensação de indébito tributário. Possibilidade de repetição por via de precatório ou requisição de pequeno valor. Faculdade do credor. Precedentes do STJ. CPC, art. 543-C. CF/88, art. 100. CTN, art. 165, I. Lei 8.383/97, art. 66, § 2º. Dec. 3.000/99 (RIR/99), art. 890, § 2º.

«O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.»

EMENTA

1."A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor 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. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ,



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. Nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

(REsp 1114404 MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010)

Não obstante, conforme dito, permitir a aplicação irrestrita do mencionado recurso repetitivo aos recolhimentos ocorridos antes da impetração ensejaria afronta às Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o que não se admite, tornando-se imprescindível a aplicação harmônica das citadas Súmulas com a Súmula 461 do STJ.

Sendo assim, cumpre ressaltar que, em relação aos recolhimentos pretéritos, a presente decisão se restringe a reconhecer a possibilidade de compensação administrativa, **NÃO conferindo, portanto, quanto a tais parcelas, a possibilidade de restituição via precatório/RPV.**

Posto isso, fica expressamente consignado que, relativamente aos valores pretéritos, declara este Juízo, exclusivamente, **o direito à compensação administrativa**, não cabendo, em relação a tal indébito, a restituição via precatório/RPV.

Dispositivo.

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inc. I, do CPC, **JULGO PROCEDENTE a pretensão autoral** para:

1. DECLARAR o direito de as Impetrantes apurarem e recolherem o PIS e a COFINS sem a inclusão das próprias contribuições PIS e COFINS na base de cálculo dessas contribuições;

2. DECLARAR o direito das Impetrantes à compensação do indébito correspondente indicado acima (item "1"), gerado nos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento desta ação, assim como o direito à compensação/restituição, relativamente ao indébito gerado no decorrer deste *mandamus*, sendo certo que a eventual compensação deverá obedecer a fundamentação constante do corpo deste *decisum*.

Registre-se que, no que toca aos valores indevidamente recolhidos antes da impetração, **fica afastada a possibilidade de restituição via precatório/RPV.**

Determino que a autoridade impetrada se abstenha de praticar quaisquer atos tendentes à cobrança dos valores em tela em face das impetrantes, abstendo-se de impedir o exercício do direito ora reconhecido, bem como de negar emissão de certidões negativas de débito, impor restrições e de inscrever a impetrante em cadastros de devedores como o CADIN.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Espírito Santo
2ª Vara Federal Cível de Vitória

Ressalvo, expressamente, que fica a autoridade administrativa com o poder-dever legal de fiscalizar o procedimento atinente à compensação, inclusive a comprovação dos pagamentos e o cálculo do indébito, que deverá ser atualizado mediante aplicação exclusiva da Taxa SELIC, sem cumulação com qualquer índice, desde o pagamento indevido.

Custas ex lege.

Sem condenação em honorários advocatícios, em respeito ao disposto nas Súmulas nºs 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça, e no artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Sentença sujeita à remessa necessária (art. 14, § 1º, da Lei Federal nº 12.016/2009).

Oficie-se à autoridade Impetrada, encaminhando cópia da presente, para **CUMPRIMENTO da presente sentença**, no prazo de 05 (cinco) dias, já que a sentença concessiva do *mandamus* tem eficácia imediata, salvo no que se refere à compensação.

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

Transcorrendo *in albis* o prazo para recurso voluntário, subam os autos à Egrégia Instância Superior.

Documento eletrônico assinado por **ENARA DE OLIVEIRA OLIMPIO RAMOS PINTO, 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 **500000106609v13** e do código CRC **29ef40bd**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): ENARA DE OLIVEIRA OLIMPIO RAMOS PINTO

Data e Hora: 8/2/2019, às 16:14:44

1. Art. 74. 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. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002)

2. Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas: I - receitas da União; II - receitas das contribuições sociais; III - receitas de outras fontes. Parágrafo único. Constituem contribuições sociais: a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; b) as dos empregadores domésticos; c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro; e) as incidentes sobre a receita de concursos e prognósticos.

3. Art. 26. [...] Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2º desta Lei.

4. 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.

5016544-85.2018.4.02.5001

500000106609.V13