



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

106
7

MANDADO DE SEGURANÇA.

PROCESSO Nº 2007.61.00.033026-3.

IMPETRANTE: [REDACTED]

**IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE
ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT.**

13ª VARA FEDERAL DE SÃO PAULO.

JUIZ FEDERAL: DR. WILSON ZAUHY FILHO.

A impetrante ajuíza o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, visando afastar a exigibilidade do crédito tributário relativo à inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS, autorizando-se a compensação do quanto recolhido a tal título com parcelas vencidas e vincendas dos mesmos tributos, acrescido de Taxa SELIC. Pede, ainda, seja afastado o artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Alega ser contribuinte das exações debatidas, que foram instituídas pelas Leis Complementares nºs. 7/70, 8/70 e 70/91. Aduz que as mencionadas contribuições foram sucessivamente modificadas pelas Leis nºs. 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003. Sustenta que a inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS é ilegal (afronta ao artigo 110 do Código Tributário Nacional) e inconstitucional (violação ao princípio da



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

107
7

capacidade contributiva e ao artigo 195, inciso I, alínea "b" da Constituição). Salaria que o faturamento era compreendido como a receita derivada da venda de bens e/ou da prestação de serviços, conceito que veio a ser elástico pela Emenda Constitucional nº 20/98, passando a equivaler à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Defende que o ISSQN não é elemento faturado pelo empresário, sequer receita do contribuinte e sim do município. Acrescenta que o ISSQN não integra o patrimônio da pessoa jurídica, razão pela qual a sua inclusão na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS ofende o princípio da capacidade contributiva, haja vista que obriga ao recolhimento de tributo incidente sobre receita de terceiro (município). Invoca o julgamento do recurso extraordinário nº 240.785 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se decidiu pela não incidência das contribuições impugnadas sobre o ICMS, precedente que deve ser aplicado por analogia à espécie tratada nestes autos, considerando a identidade de base de cálculo e sistemática de arrecadação dos tributos. Pleiteia a compensação dos valores que entende indevidamente recolhidos.

A liminar foi indeferida, decisão contra a qual a impetrante interpôs agravo de instrumento perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A autoridade coatora presta informações, batendo-se pela improcedência do pedido. Sustenta a ocorrência de prescrição quinquenal quanto ao pleito de compensação.

O Ministério Público Federal opina pelo prosseguimento do feito.

É o RELATÓRIO.

DECIDO.



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

108
7

A questão central posta neste feito diz com a inclusão do ISS na base de cálculo das contribuições PIS/PASEP e COFINS.

Os conceitos de faturamento e de receita, para fins tributários, já foram fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou que por faturamento não se há de entender apenas aquilo que decorre de venda a prazo, em que são emitidas faturas (conceito do direito mercantil), mas também como a **totalidade da "receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza"**, como se vê do voto do Ministro ILMAR GALVÃO, proferido no RE. n.º 150.164-1-PR e reproduzido quando do julgamento da ADC -1-1, *verbis*:

"De outra parte, o DL n.º 2.397/87, que alterou o DL n.º 1940/82, em seu art.22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal como a "receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços", conceito esse que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei n.º 187/36). A Lei n.º 7.689/88, pois ao converter em contribuição social, para os fins do art. 195, I, da Constituição, o FINSOCIAL, até então calculado sobre a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, nada mais fez do que instituir contribuição social sobre o faturamento" (RTJ. 156/738-9).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, equiparou, sob o aspecto econômico, o faturamento à receita, entendidos



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

104
7

como o resultado bruto das **vendas de mercadoria, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza**, despegando o conceito de faturamento daquele restrito dado pelo direito comercial, como sendo apenas o resultado da venda a prazo, em que é emitida fatura.

Por conseguinte, o que se tem é que a inclusão na base de cálculo dos tributos **de elemento econômico estranho à venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços** é prática que importa em afronta à própria Constituição Federal.

Ainda que se considere a base de cálculo imposta pelas Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, deve-se ponderar que, diante dessa realidade legislativa, autorizada pela nova dicção do artigo 195, inciso I, alínea *b* da Constituição (conforme redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 20/98), subsiste a natureza de tributo do ISS e, como tal, não pode ser compreendido como receita.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao tratar sobre tema análogo, 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, como se vê de informe sobre o mencionado recurso, *verbis*:

“O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91 — v. Informativo 161. Na sessão plenária de 22.3.2006, deliberara-se, diante do tempo decorrido e da nova composição da Corte, a renovação do julgamento. Nesta assentada, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso. Vencidos, no ponto, os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau que dele não conheciam por considerarem



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

110
7

ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional. Quanto ao mérito, o Min. Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Entendeu **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** ("Art. 195. A seguridade social será financiada... mediante recursos provenientes... 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 faturamento."). O Min. Eros Grau, em divergência, negou provimento ao recurso por considerar que o montante do ICMS integra a base de cálculo da COFINS, porque está incluído no faturamento, haja vista que é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes." (INFORMATIVO nº 437) (grifei).

Não obstante o recurso ainda não tenha sido julgado definitivamente, em razão do pedido de vista do Ministro GILMAR MENDES, a sinalização dada pelo Relator – no que foi acompanhado por cinco dos Ministros integrantes do Plenário daquela Corte - é bastante significativa e ajustada ao que dispõe o artigo 195, inciso I, da Constituição (tanto em sua redação original como naquela modificada pela Emenda Constitucional nº 20/98).



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

111
7

Tomo tal norte de fundamentação e o precedente citado, de todo aplicável à espécie, dada a analogia entre as situações postas a julgamento, para reconhecer a plausibilidade da tese defendida nestes autos, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Como a impetrante formula pedido de compensação do respectivo indébito tributário, passo a tratar do tema.

Preambularmente, debate-se o termo inicial (*actio nata*) do lapso prescricional.

Tratando-se de contribuição social, cujo cálculo e recolhimento é efetivado diretamente pelo contribuinte, sem a intervenção prévia da autoridade fiscal, que nesse caso não lança o valor após regular processo em que verifica os pressupostos para a cobrança e emite a respectiva guia para recolhimento, deve-se concluir tratar-se de tributo sujeito a homologação e somente a partir do término do prazo conferido para essa prática é que tem início o curso do lapso prescricional, entendido portanto como sendo os primeiro cinco (5) anos **contados do recolhimento indevido ou a maior** e os cinco (5) anos seguintes após o último dia destinado ao Fisco, no caso de homologação tácita, ou do momento em que ocorrer efetivamente a homologação, se anterior ao curso desse prazo.

Nesse sentido, aliás, vinha decidindo de modo reiterado o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"Não tendo ocorrido a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita ..." (STJ, 2ª Turma, Resp.



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

112
7

44221/PR, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 04.05.94, RSTJ 59, p. 405, DJU 23.05.94, p. 12.595).

Importante ponderar, entretanto, se esse entendimento subsiste após as modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005.

O ponto a ser dirimido quanto ao tema em particular é se a Lei Complementar 118/2005, ao dispor que a extinção do crédito tributário ocorre, para os tributos sujeitos à homologação, no momento do pagamento antecipado, pode ser considerada, como se auto intitula, lei interpretativa, já que, se assim for classificada, poderá retroagir seus efeitos até o momento da edição da lei pretensamente interpretada, o que sepultaria, para qualquer caso, a tese dos cinco mais cinco, até então consolidada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Entendo que a Lei Complementar nº 118/2005, ao reduzir o prazo de prescrição tributária, inovou no ordenamento jurídico e, portanto, não pode ter seus efeitos irradiados para fatos pretéritos, sem que haja o estabelecimento de uma regra de transição, a exemplo do que ocorreu com o Novo Código Civil.

Recentemente, a Corte Especial do C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA acolheu arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, manifestando-se no sentido de que as inovações trazidas pela novel legislação não são meramente interpretativas e somente serão aplicadas para os tributos recolhidos sob a sua vigência. Confira o aresto:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO

7



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

113
7

POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

114
7

aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida."

(Al nos EREsp 644736/PE, Ministro Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI, in DJ 27.08.2007, p. 170)

O Relator Ministro Teori Zavascki, sustentou em referido incidente que, a partir da vigência da LC 118/2005, *"a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei novo"*.

Em outras palavras, os tributos recolhidos anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005 sujeitam-se à orientação anterior dada pela Corte (tese dos cinco mais cinco), porém, o prazo de prescrição fica limitado aos cinco anos imediatamente seguintes à publicação da nova lei, ou seja, até o ano de



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

115
7

2010. Vale dizer, nenhum tributo recolhido anteriormente a 9 de junho de 2005 (data em que entrou em vigor a LC 118/05) poderá ser pleiteado após o ano de 2010.

No caso em concreto, portanto, fica assegurada a compensação dos valores recolhidos nos dez anos anteriores à impetração do *mandamus*.

Voltando ao tema da compensação, mister consignar que o instituto vem disciplinado no artigo 170 do Código Tributário Nacional, condicionada sua execução às "condições e garantias" estipuladas pela Lei.

Nesse diapasão, impende analisar a alteração promovida no aludido dispositivo pela legislação posterior.

Em análise prefacial, ressalto a modificação operada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que incluiu o artigo 170-A no Código Tributário Nacional, dispondo que, *verbis*:

"Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

Contra tal alteração se opõe a impetrante.

Tenho que, no particular, com razão a requerente.

Constitui o mandado de segurança remédio heróico, constitucionalmente assegurado a quem se julgue detentor de direito líquido e certo ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade.



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

116
7

Nesse sentir, a Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, dispôs que a sentença proferida no *mandamus* sujeita-se ao duplo grau de jurisdição, podendo, no entanto, ser executada provisoriamente.

Assim, ressalta o caráter auto-executório da referida decisão, atribuído pelo legislador dada a natureza do *writ*, meio adequado à proteção de direitos reconhecidos líquidos e certos pelo julgador.

Nesse diapasão, qualquer alteração tendente a condicionar a executoriedade da sentença prolatada no *writ* implicaria afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, subtraindo do Poder Judiciário a efetiva apreciação de lesão ou ameaça a direito, repita-se, líquido e certo, que é o caso da pretensão acolhida em sede de mandado de segurança.

A propósito desse tema, a doutrina e a jurisprudência sempre caminharam no sentido de excluir a eficácia de leis tendentes a restringir os efeitos de medidas garantidoras de direito, tanto em sede de liminar, como decorrentes de sentença judicial.

Tal se dá com os reflexos da modificação efetivada pela Lei Complementar nº 104/2001 no Código Tributário Nacional, vez que, ao condicionar a compensação de tributo questionado judicialmente ao trânsito em julgado da respectiva decisão, viola o princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

Se por um lado a vedação de concessão de liminares possa, em tese, em algumas circunstâncias ser tida como admissível, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório, de igual quilate da garantia constitucional do mandado de segurança, não se afigura razoável que igual restrição seja dada à sentença proferida

11
P. S.



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

117
7

nesse remédio constitucional, posto que nesse momento todo o contraditório já se concretizou.

As razões invocadas pela doutrina na defesa da impossibilidade de tal espécie de restrições é bem sintetizada por CLÓVIS BEZNOS, como se vê de extrato de palestra sobre mandado de segurança publicada na Revista da AASP. N.º 39, *verbis*:

"Eu começaria, dizendo que a liminar, independentemente da previsão infraconstitucional, se encontra *insita na previsão constitucional do remédio*. É evidente, se o remédio é estabelecido para proteção dos direitos *"in natura"*, claro é que não se presta a recomposição de danos, tanto mais que quando se impetra o mandado de segurança e não se obtém a liminar, e perece o objeto da segurança, não cabe dentro do mandado de segurança apurar-se o *quantum* do prejuízo para que se faça o devido ressarcimento. Simplesmente ele se torna inócuo, ou como diria o Prof. Sérgio Ferraz, essa sentença, concessiva a final, serviria para ser pendurada num quadro, mas de nenhuma utilidade prática.

"Então, a primeira colocação que eu faço é que a liminar é *conatural à própria previsão do remédio a nível constitucional*"

Segundo a doutrina, portanto, sequer a liminar poderia ter seus efeitos restringidos, quicá a sentença que concede a ordem.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em verdade, não deu ao tema essa abrangência, limitando os efeitos da liminar na hipótese de reconhecimento do direito de compensação (Súm. n.º 212) mas admitiu, por outro lado, que essa mesma compensação possa ser postulada pela via do *mandamus* (Súm. n.º 213), deduzindo-se



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

118
7

desse posicionamento que a decisão aí proferida, por sentença, tem efeitos prontos e imediatos, próprios desse veículo processual-constitucional.

Diante dessas razões, afastos as limitações impostas pelo artigo 170-A do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº 104/2001.

Continuando a análise da dinâmica legislativa alusiva ao instituto da compensação, tem-se que, com a edição da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, foi previsto o direito de compensação de maneira genérica, como se vê da redação de seu artigo 66, *caput*, *verbis*:

"Nos casos de pagamento indevido ou maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes."

Posteriormente, foi editada a Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que tratou da restituição e compensação de tributos e contribuições no artigo 74, cuja redação foi alterada, sucessivamente, pelas Leis nºs. 10.637/2002, 10.833/2003 e 11.051/2004, passando a assim dispor sobre a matéria, *verbis*:

"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



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

119
70

na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 1º A compensação de que trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

1320
7

encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa.

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

121
7

outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

I - previstas no § 3º deste artigo;

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros;

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969;

c) refira-se a título público;

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF.

§ 13. O disposto nos §§ 2º e 5º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo.

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação."

Verifica-se que a legislação ordinária esgotou o direito à compensação, sem prejuízo de o Fisco exigir a comprovação dos recolhimentos reconhecidos como indevidos.

O montante devido será corrigido pela variação da Taxa SELIC, compreensiva de juros e correção monetária, consoante o que dispõe a Lei nº 9.250/95 c.c. o artigo 406 do novo Código Civil.

Face ao exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido e, de conseguinte, **concedo a segurança** para o efeito de a) desobrigar a parte impetrante de incluir na base de cálculo das



PODER JUDICIÁRIO
Justiça Federal

122
70

contribuições PIS/PASEP e COFINS a parcela relativa ao ISSQN e, por conseguinte, **b)** autorizar a compensação dos valores recolhidos a tal título nos dez anos anteriores ao ajuizamento desta ação mandamental com parcelas vencidas e vincendas das mesmas contribuições, consoante critérios de correção monetária e juros de mora acima delineados, afastando, para tanto, o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Sem condenação em verba honorária, incabível na espécie.

Custas *ex lege*.

Deixo de submeter a presente decisão ao reexame necessário, em razão da nova redação dada pela Lei nº 10.352/2001 ao artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao mandado de segurança (STJ - Resp nº 687.216, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, *in* DJ de 18/4/2005, pág. 234).

Comunique-se ao Relator do Agravo de Instrumento noticiado o teor da presente decisão.

P.R.I.C.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2008.

WILSON ZAUHY FILHO

Juiz Federal