



Poder Judiciário

Justiça Federal da Terceira Região – Seção de São Paulo

3ª Vara de Presidente Prudente - 12ª Subseção Judiciária de Primeira Instância

Rua Ângelo Rotta, 110, Jardim Petrópolis - CEP 19060-420 ☎ (18) 3355-3933

118
CR

Autos nº 2007.61.12.007171-6

TIPO B

Parte Impetrante: ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRESIDENTE PRUDENTE
Parte Impetrada: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PRESIDENTE PRUDENTE/SP

SENTENÇA

1. Relatório

A Impetrante ajuizou este *mandamus*, com pedido de medida liminar, objetivando, em síntese, a suspensão da exigibilidade das parcelas vincendas da COFINS e do PIS, correspondentes à inclusão do ICMS, incidentes nas vendas de mercadorias, em suas bases de cálculo. Ao final, pleiteia obter autorização para a compensação dos valores que entende ter recolhido a maior, nos últimos cinco anos, com a incidência da correção monetária pela SELIC, e independentemente do trânsito em julgado da decisão.

Alegou, em apertada síntese, que “os valores constantes no caixa da empresa que devem ser repassados ao Fisco Estadual a título de ICMS, não caracterizam receitas, nem receitas tributáveis, operacionais ou não operacionais e, assim, não de ser excluídos da base de cálculo das contribuições sociais destinadas ao PIS/COFINS (fl. 17); e que o Voto do Ministro Marco Aurélio, prolatado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785-2, é aplicável à sua tese.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 74).

Devidamente notificada, a autoridade coatora apresentou informações (fls. 85/105), arguindo, preliminarmente, inadequação da via eleita, e no mérito, pugnando pela denegação da ordem.

Oportunizado à Impetrante manifestar-se sobre as informações, decorreu o prazo (fl. 108).

Em seu parecer de fls. 109/116, o Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito.

Vieram os autos conclusos.

É o essencial.

2. Fundamentação

Autos nº 2007.61.12.007171-6

A



119
CR

Com relação à preliminar argüida pela Autoridade Coatora, no sentido de que a utilização do mandado de segurança é inadequada para o objetivo buscado pela Impetrante, de compensação tributária, não pode prosperar, uma vez que "o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária", nos termos da Súmula nº 213, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Afastada a preliminar, e presentes os pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo bem como as condições da ação, passo ao exame do mérito.

O mandado de segurança é remédio constitucional (art. 5º, LXIX, CF/88) destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo perpetrado por autoridade pública. É do que se cuida nestes autos.

No caso dos autos, acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS, o entendimento é praticamente pacificado no E. Superior Tribunal de Justiça quanto à sua impossibilidade. De acordo com tal Corte, conforme já exposto na decisão liminar, a parcela relativa ao imposto estadual deve ser incluída na base de cálculo do FINSOCIAL e, conseqüentemente, da COFINS, tributo da mesma espécie, bem como do PIS, havendo, inclusive, duas súmulas sobre o tema:

Súmula n.º 68: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS."

Súmula n.º 94: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial."

No entanto, o Colendo Supremo Tribunal Federal está, atualmente, por meio do julgamento do recurso extraordinário n.º 240.785/MG, analisando a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91. O relator, Min. Marco Aurélio, deu provimento ao recurso interposto pela empresa contribuinte, entendendo estar configurada violação ao art. 195, I, da Constituição Federal, sob o 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.

O voto do relator já foi acompanhado pelos Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Portanto, já são seis votos a favor da tese do contribuinte, o que indica ampla probabilidade de alteração do posicionamento dominante na jurisprudência após o pronunciamento da Suprema Corte. Pronunciamento este que, diga-se, deveria ter ocorrido em 14/05/2008, tendo sido postergado em "consideração à decisão do Plenário, da precedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 18-5/DF, e em razão do pedido de vista nela formulado pelo Senhor Ministro Marco Aurélio".

A



120
PR

Importa dizer que, daqueles que já votaram, apenas o ministro Éros Grau negou provimento ao recurso por considerar que a parcela do ICMS deve integrar a base de cálculo da COFINS, pois estaria incluída no faturamento, visto que seria imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria.

Com respeito aos que pensam o contrário, o montante devido a título de ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, na esteira da posição que vem sendo acolhida pela maioria dos ministros do STF.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 195, ao instituir a COFINS, que "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".

A LC 70/91, por sua vez, determina que a COFINS deve incidir sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, não excluindo da base de cálculo o ICMS, como ressaltou o IPI. Não há por que se fazer tal distinção uma vez que tanto o ICMS quanto o IPI são impostos cujos montantes se incluem no preço das mercadorias ou serviços apenas para "compensar" o repasse dos valores aos cofres públicos, não integrando, de fato, o faturamento ou as receitas do contribuinte.

Com efeito, embora a parcela relativa ao ICMS integre o preço das mercadorias e serviços sobre o qual é calculado o PIS (Decreto-Lei 406/68 e LC 7/70) e a COFINS, sendo repassada ao consumidor final, seus valores apenas transitam entre as receitas obtidas pelo contribuinte, não perfazendo o montante das riquezas (receitas) obtidas com as operações de venda ou de prestação de serviços. Como bem salientado no voto do ilustre Ministro Marco Aurélio, "o ICMS constitui ônus fiscal e não faturamento", pois ninguém "fatura" imposto, ainda que seu valor esteja embutido no preço da mercadoria ou do serviço, até porque seu valor vem destacado na nota fiscal.

Convém ainda ressaltar que o ICMS não representa nenhuma riqueza acrescida ao patrimônio do contribuinte, relacionada às atividades por ele desenvolvidas, como deve expressar a base de cálculo de uma contribuição.

Desse modo, não representando o montante devido a título de ICMS faturamento ou receita do contribuinte, sua inclusão na base de cálculo da COFINS é uma afronta à Carta Maior, que determinou que referida contribuição devesse apenas incidir sobre o faturamento ou a receita das empresas.

Apesar de a base de cálculo do PIS não estar indicada explicitamente na Carta Magna, a mesma conclusão deve ser estendida à citada contribuição, pois sua base de cálculo também é o faturamento do contribuinte (LC 7/70 e Lei 9.718/98), expressão de riqueza



Poder Judiciário

Justiça Federal da Terceira Região – Seção de São Paulo

3ª Vara de Presidente Prudente - 12ª Subseção Judiciária de Primeira Instância

Rua Ângelo Rotta, 110, Jardim Petrópolis - CEP 19060-420 ☎ (18) 3355-3933

121
p/q

que não inclui montante devido a título de imposto estadual (ICMS), recolhido aos cofres públicos e repassado ao contribuinte final ao ser incluído no preço da mercadoria ou do serviço.

Nesse sentido calha transcrever o seguinte julgado:

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A natureza jurídica da substituição tributária é uma técnica de arrecadação. Nessa modalidade, em que o Fisco e o contribuinte mantêm a relação jurídica, o contribuinte do ICMS faz seu lançamento por homologação e recolhe diretamente o tributo.
2. Na substituição tributária, o terceiro chama a ponta da relação jurídica, assume o posicionamento da atividade estatal e passa a arrecadar o tributo por determinação legal, ou seja, no momento em que o recolhe assume a responsabilidade de responder ao tributo de acordo com o princípio da legalidade. É bem verdade que agora o recolhe em nome do substituído, por isso é chamado de substituto. Ele não é contribuinte vinculado ao fato gerador direto, é contribuinte vinculado ao fato gerador de modo indireto, porque, embora o fato gerador do tributo seja decorrente de uma relação negocial, entre ele e seu verdadeiro contribuinte, passa a ser responsável pelo recolhimento.
3. Todas as vezes em que o Fisco começa a exigir do substituto recolhimento fora das regras fixadas pelo princípio da legalidade, o substituto pode insurgir-se em juízo, pois é parte legítima para discutir tal exigência; se não cumprir a exigência, passa a ser o responsável direto pelo não-cumprimento.
4. Não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária como receita bruta de vendas ou faturamento, daí decorrendo que a incidência de PIS e Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal, já que se faz sobre base não prevista no texto da Constituição nem das leis que regem a matéria. O ICMS não compõe a receita da contribuinte substituída, uma vez que não se refere às suas próprias vendas, tampouco constitui receita independente da forma como seja contabilizada.
5. Quando o contribuinte vende a mercadoria, está embutido o ICMS, imposto indireto que foi por ele pago. Sua receita bruta é o total do preço da venda e do ICMS pago, pois já está incluído no preço da mercadoria. No caso da substituição tributária, quando efetua a venda, o substituto tributário recolhe o ICMS antecipadamente, e, já com o ICMS que será pago pelo vendedor, porque o Fisco fixa uma espécie de pauta sobre o valor a incidir, presume-se que a venda será efetuada, e nesta presunção já está incluído o ICMS, que, conseqüentemente, será colocado pelo vendedor, pelo substituído.
6. Para fins de determinação da base de cálculo da Cofins, o contribuinte substituto do ICMS pode excluir da receita bruta de vendas o valor do ICMS - substituição tributária paga na aquisição das mercadorias - trigo e seus derivados - desde que o referido valor possa ser devidamente comprovado pelo contribuinte substituto. A exclusão do valor do ICMS incidente no regime de substituição tributária, da base de cálculo da Cofins, é prevista somente para o contribuinte substituto do referido imposto (art. 3º § 2º, I, da Lei nº 9.718/98).
7. Recurso parcialmente provido."

A



Poder Judiciário

Justiça Federal da Terceira Região – Seção de São Paulo

3ª Vara de Presidente Prudente - 12ª Subseção Judiciária de Primeira Instância

Rua Ângelo Rotta, 110, Jardim Petrópolis - CEP 19060-420 ☎ (18) 3355-3933

122
of

(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 601741 - Processo: 200301915546 UF: CE Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Data da decisão: 26/04/2005 Documento: STJ000647567 - Fonte DJ DATA:24/10/2005 PÁGINA:178 -Relator(a) JOSÉ DELGADO)

É importante frisar que a ciência jurídica é construída, ou ao menos deve ser, por meio de princípios e regras que, entrelaçados, conferem lógica ao sistema.

Admitir que um ente da federação crie tributo, cuja base de cálculo é composta por outro tributo, criado por ente federado diverso, ou por ele mesmo, pouco importa, fere o sentimento natural, e lógico, de que os tributos devam incidir sobre ações dos contribuintes que expressem movimentação de bens ou de serviços, ou aquisição/manutenção de bens/riquezas.

Muito embora, ao observarmos o sistema tributário nacional - especialmente no que diz respeito ao conceito de tributo (artigo 3º do CTN), e às normas gerais de direito tributário (especificamente o conceito de fato gerador - art. 114 do CTN) - não conste proibição legal de incidência de um tributo sobre outro, parece-me que tal fenômeno não tem amparo lógico, uma vez que, em regra, os tributos incidem sobre a circulação de bens ou de serviços, sobre a aquisição de riquezas ou sobre a propriedade. As hipóteses de incidência são, por assim dizer, "pretextos" criados pelo Estado para que, legitimamente, arrecade recursos para a realização de seus fins.

É, pois, orientado por essas premissas que entendo que o ICMS não pode compor a base de cálculo do FIC e da COFINS.

Da compensação

O artigo 74 da Lei n.º 9.430/96, com redação conferida pela Lei n.º 10.637/2002, permite a compensação dos valores indevidamente recolhidos com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Este dispositivo tem aplicação no caso dos autos, visto que a compensação deve ser realizada de acordo com a lei vigente ao tempo da formalização do encontro de contas.

De acordo com o artigo 39, § 4º, da Lei n.º 9.250/95, a compensação deverá ser formalizada com aplicação da taxa Selic. Não é cabível, no entanto, a cumulação da taxa Selic com juros de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do Código de Processo Civil), haja vista que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - Selic representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação no período considerado e não pode ser aplicada, cumulativamente, com outros índices de reajustamento.

Assim, a compensação deverá ser formalizada com aplicação da taxa SELIC, em conformidade com o disposto no parágrafo 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95.

5



Poder Judiciário

Justiça Federal da Terceira Região – Seção de São Paulo

3ª Vara de Presidente Prudente - 12ª Subseção Judiciária de Primeira Instância

Rua Ângelo Rotta, 110, Jardim Petrópolis - CEP 19060-420 ☎ (18) 3355-3933

123
LRO

Considerando tratar-se de tributo objeto de discussão judicial, para que a compensação tenha o condão de operar a extinção do crédito tributário deve ser efetivada depois do trânsito em julgado da decisão, conforme artigo 170-A, do CTN, incluído pela Lei Complementar n. 104, de 10.01.2001: *"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"*.

Entretanto, no caso em tela, requer a Impetrante o reconhecimento de seu direito a compensar no regime do lançamento por homologação, pelo que alega poder ser afastada a exigência do artigo 170-A DO CTN, de condicionar a compensação ao trânsito em julgado do feito.

Não procede a alegação do impetrante, uma vez que é devida a exigência relativa ao trânsito em julgado de demanda autorizando a compensação pretendida, uma vez que a nova regra do art. 170-A do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, que veda a compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial quando o tributo é objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, somente não se aplica às ações ajuizadas antes de sua vigência ou aos casos de tributos e contribuições cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade já esteja pacificada na jurisprudência, sendo que nenhuma dessas hipóteses encontra-se presente.

Quanto ao prazo decadencial para compensação, deve-se observar o prazo quinquenal de prescrição ou decadência contado do pagamento indevido do tributo sujeito a lançamento por homologação (artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005), uma vez que a ação foi proposta depois da entrada em vigor dessa norma, em aplicação do princípio "tempus regit actum". Assim, considerando que a ação foi ajuizada em 28/06/2007, operou-se a decadência do aproveitamento do quanto pago até maio de 2002.

Por fim, resta analisar a restrição para o processo compensatório estabelecido pelo artigo 51, § 2º, inciso I, da Instrução Normativa 600/2005, da Secretaria da Receita Federal, que determina que os pedidos de compensação ou restituição de crédito reconhecido por sentença judicial somente serão recepcionados por aquele órgão após a prévia habilitação do crédito, o qual exige que o sujeito passivo figure no pólo ativo da ação.

A Instrução Normativa nº 600/2005, que disciplinou a restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal, a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais, o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, trouxe restrições à compensação de créditos no âmbito administrativo, principalmente pela documentação e formalidades que passou a exigir.



Poder Judiciário

Justiça Federal da Terceira Região – Seção de São Paulo

3ª Vara de Presidente Prudente - 12ª Subseção Judiciária de Primeira Instância

Rua Ângelo Rotta, 110, Jardim Petrópolis - CEP 19060-420 ☎ (18) 3355-3933

124
CR

No tocante aos créditos judicialmente reconhecidos, estabeleceu a necessidade de sua prévia habilitação perante a Delegacia da Receita Federal, Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária ou Delegacia Especial de Instituições Financeiras com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo. O pedido, segundo o normativo, deve ser acompanhado de um rol de documentos, e exige que o sujeito passivo tenha figurado no pólo ativo da ação.

A pretexto de regulamentar a compensação, a IN SRF nº 600/2005 submeteu o sujeito passivo ao prévio processo de habilitação, praticamente inviabilizando a autorização expressa prevista nos parágrafos 1º e 2º da Lei nº 9.430/1996, inseridos pela Lei nº 10.637/2002. Esta lei autoriza a compensação por iniciativa do próprio sujeito passivo, independentemente de prévio exame da administração, *in 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 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.

O regime adotado pela lei, como se depreende de seu texto, é o da compensação por iniciativa do sujeito passivo da obrigação tributária, sem prévia intervenção da autoridade administrativa, reservando-se a esta o posterior exame e homologação do pedido. A Instrução Normativa em questão impõe requisitos que extrapolam as exigências legais para o procedimento de compensação de créditos. Nessa medida, sujeitar a compensação a um prévio processo de habilitação entra em descompasso com o mandamento legal.

Assim, de se afastar o artigo 51, § 2º, inciso I, da IN SRF nº 600/2005.

Logo, o pedido formulado na inicial merece procedência para declarar o direito da impetrante de compensar os valores que recolheu indevidamente, com observância do prazo quinquenal, por conta da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Dispositivo

Posto isso, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO** para **CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, determinando à autoridade impetrada que se abstenha de exigir dos associados da impetrante que incorpore na base de cálculo do PIS e da COFINS, o

A



Poder Judiciário

Justiça Federal da Terceira Região – Seção de São Paulo

3ª Vara de Presidente Prudente - 12ª Subseção Judiciária de Primeira Instância

☐ Rua Ângelo Rotta, 110, Jardim Petrópolis - CEP 19060-420 ☎ (18) 3355-3933

125
PR

valor do ICMS, e declarar o direito deles de compensar os valores que recolheram indevidamente, com observância da prescrição quinquenal, por conta da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 74, "caput", da Lei n.º 9.430/96, com redação conferida pela Lei n.º 10.637/2002. A compensação, no entanto, somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Correção monetária e juros pelos mesmos índices de atualização utilizados pela ré para corrigir os débitos fiscais. Determino, pois, a aplicação da taxa SELIC, em conformidade com o disposto no parágrafo 4º, do artigo 39, da Lei 9.250/95. Afastado o artigo 51, § 2º, inciso I, da IN SRF nº 600/2005.

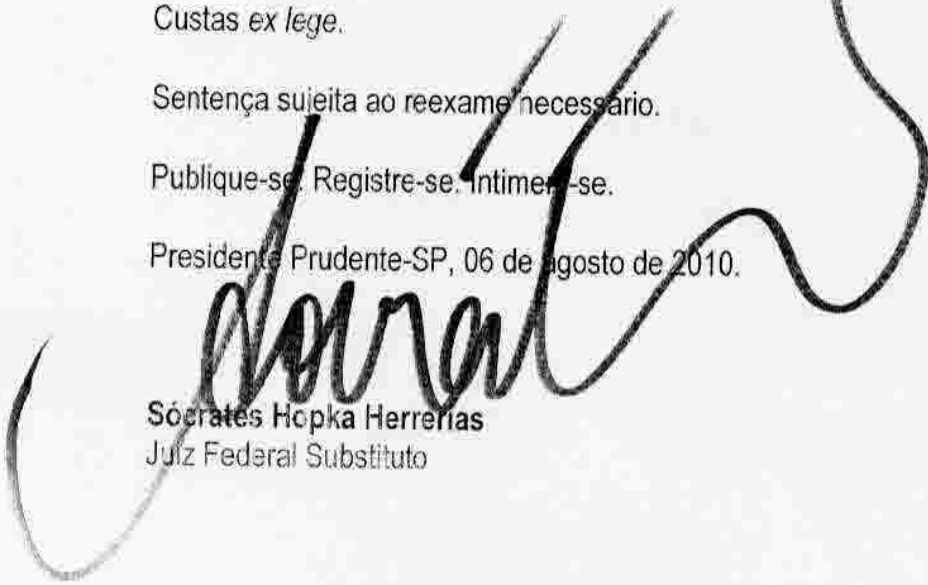
Honorários advocatícios indevidos (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ).

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Presidente Prudente-SP, 06 de agosto de 2010.


Sócrates Hopka Herrerias
Juiz Federal Substituto