

PROCESSO Nº: 0809076-29.2018.4.05.8400 - MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL
IMPETRANTE: JMT SERVIÇOS E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA
ADVOGADO: Rodrigo Yacyszyn Alves Romão
IMPETRADO: UNIÃO/FAZENDA NACIONAL
AUTORIDADE COATORA: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM
NATAL RN
5ª VARA FEDERAL - RN (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

SENTENÇA

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por JMT SERVIÇOS E LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA contra ato atribuído ao DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM NATAL/RN, objetivando provimento jurisdicional que lhe assegure, liminarmente, o direito de excluir o PIS e a COFINS das suas próprias bases de cálculos quando do recolhimento tributário, referente ao seu faturamento, não incidindo neste caso a vedação prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09, suspendendo-se, nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN, a exigibilidade dos débitos vincendos de PIS e COFINS que vierem a deixar de ser recolhidos.

Em suas informações, a autoridade coatora defendeu a legalidade da exigência dos tributos apontados na petição inicial, requerendo, no final, a denegação da segurança.

A União/Fazenda Nacional manifestou seu interesse em ingressar no feito.

O MPF deixou de intervir no feito, em face da ausência de interesse público primário.

É o que importa ser relatado. Decido.

No caso presente, a análise do mérito envolve a interpretação de normas de competência tributária.

No que toca à interpretação tributária *latu sensu*, Carlos Alexandre Azevedo Campos, com base na doutrina do mestre italiano Ezio Vanoni, demonstra a superação da concepção da interpretação diferenciada do Direito Tributário. Nesse sentido, veja-se seguinte trecho:

Não se admite mais a antiga concepção de uma interpretação diferenciada do Direito Tributário em relação às demais disciplinas jurídicas, vigorando, há tempo, a ideia de a interpretação do Direito Tributário ser igual a qualquer outra (interpretação), "contendo apenas algumas particularidades em decorrência da estrutura de suas normas, mas não da especificidade dos seus métodos".

De acordo com o referido autor, para alcançar a consistência metodológica no campo tributário,

deve o intérprete levar em consideração o pluralismo dos métodos interpretativos (literal, sistemático, histórico e teleológico), sem atribuir nenhuma preferência "a priori" ou em abstrato, mas apenas à luz dos casos concretos.

Ao analisar os conceitos de faturamento e de receita bruta, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "o conceito jurídico-constitucional de faturamento se traduz na somatória de receitas resultantes das atividades empresariais, sendo que o termo receita abarca o faturamento, para fins tributários" (RE 953152 AgR/RJ, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 11/11/2016).

Para saber se um tributo deve ser considerado ou não na base de cálculo de outro tributo, deve-se examinar o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regem a incidência do tributo, não se admitindo a premissa de que um tributo não integra a base de cálculo, visto que em diversas hipóteses o contribuinte insere o valor do tributo no preço dos seus produtos ou serviços, configurando-se, neste caso, receita sujeita a tributo.

Em reforço a esse entendimento, destaco a seguinte orientação do Superior Tribunal de Justiça: "O ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva" (REsp 1144469/PR, STJ, 1ª Seção, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, J. 10/08/2016; Pub. DJe 02/12/2016).

Quanto ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) integrar ou não a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, por maioria de votos, em sessão realizada no dia 15 de março de 2017, ao julgar o julgamento do Recurso Extraordinário 574.706 RG/PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu 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.

Eis o teor do da ementa do referido precedente:

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. 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.

(RE 574706/PR, STF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 15/03/2017, p. em DJe-223, p. 02-10-2017).

Neste julgado, 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". 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.

Desse modo, torna-se estéril estabelecer qualquer entendimento diverso, especialmente sob o exame das sistemáticas de apuração do PIS e da COFINS (cumulativa ou não-cumulativa), bem como dos elementos integrantes das respectivas bases de cálculo, uma vez que, de acordo com o entendimento da mais alta Corte Judiciária do País - o qual devo acolher por força do art. 927, inciso III, do CPC de 2015 -, o ICMS, para todos os efeitos, não compõe base de cálculo dos tributos objeto desta demanda.

No tocante à exclusão do PIS e COFINS das suas próprias bases de cálculo, há de se utilizar analogicamente os argumentos expendidos quando da análise da matéria pertinente à não inclusão do ICMS na base de cálculo daquelas exações.

Assim como o ICMS não pode integrar a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, nos termos do já decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR, julgado com força de repercussão geral, o PIS e COFINS também não podem integrar sua própria base de cálculo, pois igualmente são tributos destinados ao Erário Federal e não se consubstanciam em receita.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DEDUÇÃO DO PIS, DA COFINS, DO ICMS E DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS, COFINS, IRPJ - PRESUMIDO E CSLL - PRESUMIDO. RE 574.706/PR. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO EM MS. SÚMULA 213 STJ. REsp 1.111.164/BA. LEI 11.457/07.

1. Trata-se de apelação desafiada pela Fazenda Pública e Remessa Oficial em face da sentença a qual concedeu a ordem de segurança pleiteada, para reconhecer o direito de a impetrante proceder ao recolhimento do PIS e da COFINS sem a inclusão das parcelas relativas ao próprio PIS/COFINS, ao IRPJ presumido, a CSLL e ao ISS; excluir o PIS, a COFINS e o ISS da composição das bases de cálculo do IRPJ presumido e da CSLL, bem como para assegurar o seu direito à compensação do indébito tributário referente ao que recolheu indevidamente a tal título, nos últimos cinco anos que antecederam a impetração do mandamus.

2. O STF firmou o entendimento de que a receita bruta e o faturamento, para fins de definição da base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, são termos equivalentes e consistem na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, assim entendido como a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais típicas. (RE 776474 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 10-08-2017 PUBLIC 14-08-2017).

3. A partir desta inteligência, no julgamento do RE 574706/PR, em regime de repercussão geral, tema 69, firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", sob o fundamento de que o ICMS não constitui receita, pois não ingressam nos cofres do empregador, da empresa ou da entidade a ela equiparada na forma da lei. Outrossim, a jurisprudência deste Tribunal está solidificada no sentido de que a Lei 12.973/2014, ao alterar as Leis 10.637/02 e 10.833/03, não se coaduna com a interpretação dada pelo colendo STF no RE 574.706. A interpretação que se deve dar aos dispositivos das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2002, quando definem a receita bruta como o somatório das receitas auferidas pelo contribuinte é no sentido de que somente podem abarcar aquilo que efetivamente ingressa na disponibilidade patrimonial do obrigado pelo PIS e pela COFINS.

4. No que tange a incidência do ISS, é possível a interpretação analógica do RE 574.706, uma vez que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que incidem sobre a produção ou circulação, além de possuírem idêntica base de cálculo, qual seja, a receita bruta. É como vem decidindo este Tribunal.

5. Quanto a incidência do PIS e da COFINS ao próprio PIS e à própria COFINS, a situação é até mais impactante. Soa contraditória a inclusão do valor do tributo na sua própria base de cálculo. Afora a exceção constitucional relacionada à incidência do ICMS sobre si mesmo, nos termos do art. 155, parágrafo 2º, XII, j da CF/88, não há como admitir outro tributo que possa incidir sobre si próprio.

(...)

10. O caso em tela trata-se de mandado de segurança, via pela qual se admite a declaração ao direito à compensação tributária, conforme a súmula nº 213 do STJ. Ocorre que no julgamento do REsp 1.111.164/BA, da relatoria do saudoso Min. Teori Albino Zavascki, ficou consignado que somente a hipótese em que o pedido de compensação é formulado de forma genérica implica dispensa da apresentação de prova pré-constituída. Por outro lado, quando a situação demanda a valoração específica de elementos que compõem a operação concreta, "o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da

comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar".

11. Ajuizada a ação na vigência da Lei 11.457/07 que, em seu art. 26, parágrafo único, determina a inaplicabilidade do art. 74, da Lei 9.430/96 às contribuições sociais, para estas, é de se restringir a compensação apenas com tributos da mesma espécie.

12. Apelação da Fazenda Nacional e Remessa necessária parcialmente providas somente para reconhecer a impossibilidade de dedução dos valores de PIS e COFINS da base de cálculo do IRPJ e CSLL na modalidade presumidos. No que tange a forma de compensação, deve-se às contribuições sociais restringir apenas com tributos da mesma espécie, cuja realização deve se dar no âmbito da Administração Tributária, sob sua fiscalização e nos termos da Lei 11.457/07, observado o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, acrescido de taxa SELIC, respeitado o trânsito em julgado da sentença (art. 170-A) do CTN.

(PROCESSO: 08079593720174058400, APELREEX/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO ROBERTO GONÇALVES DE ABREU (CONVOCADO), 3ª Turma, JULGAMENTO: 30/07/2018, PUBLICAÇÃO:)

De fato, sendo a receita uma entrada que pertence à pessoa jurídica, e tendo em conta que o PIS e a COFINS se destinam à União, a exigência é impertinente, por ser incompatível com a noção de receita.

Nesse pórtico, conclui-se que raciocínio idêntico àquele desenvolvido para o pedido de exclusão do ICMS da base do PIS da COFINS deve ser aplicado à exclusão do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo, pois não revelam medida de riqueza, como fundamentou o Min. Marco Aurélio no julgado RE nº 240.785/MG, agora ratificado pelo RE nº 574.706/PR.

Diante do exposto, defiro o pedido de liminar e concedo a segurança para permitir que o impetrante possa excluir o PIS e a COFINS das suas próprias bases de cálculo quando do recolhimento tributário, referente ao seu faturamento, não incidindo neste caso a vedação prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09, suspendendo-se, nos termos do art. 151, inciso IV, do CTN, a exigibilidade dos débitos vincendos de PIS e COFINS que vierem a deixar de ser recolhidos.

Considerando a existência de eventual pagamento indevido por parte do impetrante, fica este autorizado a compensar integralmente, após o trânsito em julgado da demanda (art. 170-A do CTN e Súmula nº 212 do STJ), os valores recolhidos a maior, observada a legislação vigente na data do encontro de contas e a prescrição quinquenal.

O indébito deverá ser atualizado pela taxa SELIC.

Sem honorários.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Intimem-se.



Processo: **0809076-29.2018.4.05.8400**

Assinado eletronicamente por:

**MONIKY MAYARA COSTA FONSECA -
Magistrado**

Data e hora da assinatura: 05/10/2018 10:46:18

Identificador: 4058400.4272152



18100413425911900000004284444

**Para conferência da autenticidade do
documento:**

<https://pje.jfrn.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>