



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

CONCLUSÃO

Em 04 de setembro de 2013, faço conclusos estes autos
ao MM. Juiz Federal.

Carlos Eduardo Rocha Santos
Técnico Judiciário - RF 5489

2ª VARA FEDERAL DE OSASCO

PROCESSO N. 0003305-56.2013.4.03.6130

MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: **LOGOS LOGÍSTICA E TRANSPORTES PLANEJADOS
LTDA. e outros**

IMPETRADO: **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM
BARUERI**

DECISÃO - LIMINAR

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por **LOGOS LOGÍSTICA E TRANSPORTES PLANEJADOS LTDA. e outros** contra suposto ato coator do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM BARUERI**, com objetivo de obter provimento jurisdicional no sentido de resguardar o direito líquido e certo de excluir os valores de créditos de ICMS da base de cálculo de apuração das contribuições devidas ao PIS e COFINS.

Relatam as impetrantes, em suma, que o crédito advindo do ICMS não constituem o conceito legal de "receita bruta" e deveriam ser excluídos da base de cálculo das supramencionadas contribuições. Alega que, ao escriturar seus créditos de ICMS, está apenas resguardando seu direito ao reembolso desse tributo, que não pode ser entendido como receita, por se tratar de mera recuperação de custos tributários. Sustenta, ainda, que as previsões de base de cálculo do PIS e COFINS contempladas na Lei 9.718/98 (artigos 2º e 3º); Lei 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), violam o conceito de faturamento contido ao artigo 110 do Código Tributário Nacional, regra-matriz de incidência prevista no artigo 195, I, da Constituição Federal.



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

Juntou documentos (fls. 27/58).

As impetrantes foram instadas a regularizar a representação judicial, retificar o pólo passivo da ação mandamental e adequar o valor da causa (fls. 60/61), determinações cumpridas às fls. 62/72.

É o relatório. Fundamento e decido.

Recebo as petições e documentos de fls. 81/88 como emenda à inicial.

A concessão da medida liminar está condicionada ao preenchimento de dois requisitos simultâneos, preconizados no art. 7º, III da Lei nº 12.016/09: a relevância do fundamento e a ineficácia da medida, se deferida somente ao final.

Deve haver nos autos, portanto, elementos suficientemente fortes que possibilitem a formação de convicção da probabilidade de existência do direito alegado pelo demandante, além do risco de ineficácia da decisão se concedida somente ao final.

É com enfoque nesses particulares aspectos, portanto, dentro do perfunctório exame cabível neste momento, que passo à análise da matéria.

A base de cálculo do PIS/COFINS era o faturamento do empregador, conforme dispôs a Constituição Federal de 1988 na redação original do artigo 195, antes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Não obstante, a Lei 9.718/1998 ampliou o conceito de faturamento previsto na Constituição, equiparando-o à receita bruta, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o §1º do artigo 3º da referida lei (RE 390.840/MG, j. 9.11.05).



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

Tal situação foi objeto, inclusive de súmula vinculante: "É inconstitucional o parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, a qual deve ser entendida como a proveniente das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais".

Nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98, que tratam da base de cálculo do PIS e da COFINS, considera-se faturamento a receita bruta da pessoa jurídica, assim entendida a totalidade das receitas por ela auferidas, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Excluíram-se apenas as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e o Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Com a edição da EC 20/98 houve modificação da redação da alínea "b", inciso I, do artigo 195 da CF/88, para constar como base de cálculo da contribuição social a receita ou o faturamento:

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, Estados e 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.

As Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, posteriores à EC 20/98, equipararam, de igual forma, os conceitos de faturamento e receita bruta para efeitos de tributação do PIS/COFINS. Confira-se:

Lei n. 10.637/2002:



Poder Judiciário

Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

Lei 10.833/03:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

§ 3º Não integram a base de cálculo a que se refere este artigo as receitas:

I - isentas ou não alcançadas pela incidência da contribuição ou sujeitas à alíquota 0 (zero);

II - não-operacionais, decorrentes da venda de ativo permanente;

III - auferidas pela pessoa jurídica revendedora, na revenda de mercadorias em relação às quais a contribuição seja exigida da empresa vendedora, na condição de substituta tributária;

IV - (Revogado pela Lei nº 11.727, de 2008)

V - referentes a:

a) vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos;

b) reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição que tenham sido computados como receita.

VI - decorrentes de transferência onerosa a outros contribuintes do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS de créditos de ICMS originados de operações de exportação, conforme o disposto no inciso II



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

do § 1º do art. 25 da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996.
(Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009).

Ocorre que o pleno do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário RE-559937/RS decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP e COFINS incidentes sobre a importação:

NA SESSÃO DO PLENÁRIO 20.03.2013 - Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições", contida no inciso I do art. 7º da Lei nº 10.865/04, e, tendo em conta o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional no RE 559.607, determinou a aplicação do regime previsto no § 3º do art. 543-B do CPC, tudo nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora). Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem da Procuradoria da Fazenda Nacional que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 20.03.2013.

A lógica adotada no julgado é exatamente a mesma espelhada na inicial do presente mandamus, ou seja, o ICMS não integra o faturamento da impetrante, mas, sim, faz parte das arrecadações estadual e municipal, respectivamente, nessa medida não pode ser incluído na base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS.

Ora, a base de cálculo do PIS e da COFINS deve corresponder ao faturamento, ou seja, ao valor do negócio, o que foi efetivamente recebido com a operação mercantil ou prestação de serviços.

Faturamento é receita própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou a prestação dos serviços. Nessa medida, não se pode afirmar que os contribuintes da COFINS "faturam" o ICMS. Tais valores representam pagamento ao Estado, portanto despesa e não receita.



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

Faturamento deve implicar, portanto, ingresso financeiro, o que não ocorre no caso do ICMS que, conforme já mencionado, ingressam para as pessoas físicas com competência tributária para instituição dos tributos.

A tributação se dá por meio de signos presuntivos de riqueza eleitos pela Constituição Federal, pois reveladores de capacidade contributiva, ora, a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS representa a tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte.

No sentido exposto, segue julgado proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª. Região:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. NÃO INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.

Não é de ser incluído o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão do julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário n. 240.785-2.

Isso porque, na retomada do apontado julgamento (RE n. 240.785-2), o Ministro Marco Aurélio, Relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Carmen Lúcia e Sepúlveda Pertence. Entendeu o Ministro Relator estar configurada a violação ao artigo 195, I, da Constituição Federal, ao fundamento de que a base de cálculo do PIS e 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 o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. (Informativo do STF n. 437, de 24/08/2006).

Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Quanto à compensação, a questão, no âmbito desta Turma, passou a ser resolvida no sentido que o regime aplicável à compensação é o vigente ao tempo da propositura da ação, conforme julgamento da



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

76
4

Apelação n. 0005742-26.2005.403.6106/SP, ocorrido em 15 de abril de 2010.

Tal entendimento está amparado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial representativo da controvérsia (artigo 543-C do CPC).

Tendo em vista o período objeto da compensação, aplicável exclusivamente a taxa SELIC, por força do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995, que determina sua aplicação à compensação tributária e que é, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo, índice de correção monetária e de juros de mora (RESP 769619; AgRg no RESP 658786).

Saliente-se que o artigo 167 do Código Tributário Nacional não é aplicado, pois se restringe à repetição do indébito, no entendimento firmado por esta Turma. E, ainda que se entendesse de maneira diferente, os juros incidiriam somente a partir do trânsito em julgado até a edição da Lei que instituiu a taxa SELIC, lei específica a regular o tema. Como neste caso o trânsito em julgado ocorrerá em data posterior a janeiro de 1996, o percentual previsto no artigo 167 do CTN não incidiria de qualquer maneira.

Pelo provimento da apelação."

(TRF - 3ª Região, 3ª. Turma, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, Processo nº 2006.61.00.025134-6).

Procede, portanto, a pretensão da impetrante de ver suspensa a exigibilidade da obrigação tributária no que diz respeito a parcela indevidamente incluída nas bases de cálculo do PIS/PASEP e COFINS, em função da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que dispõe de forma contrária.

Ante o exposto, **DEFIRO O PEDIDO LIMINAR** para excluir os valores relativos ao ICMS da base de cálculo de PIS e COFINS, suspendendo-se, portanto, a exigibilidade da diferença apurada, até ulterior deliberação deste juízo.

Notifique-se a autoridade impetrada para prestar informações. Cientifique-se o órgão de representação judicial da pessoa



Poder Judiciário
Justiça Federal - 30ª Subseção Judiciária no Estado de São Paulo
2ª Vara Federal de Osasco

jurídica interessada, nos termos do inciso II, do artigo 7º, da Lei nº 12.016/2009.

Promova-se vista ao Ministério Público Federal, em observância ao que preceitua o artigo 12 da Lei nº 12.016/2009. Após o transcurso do prazo a que alude a norma em destaque, tornem os autos conclusos para sentença.

Oportunamente, remetam-se os autos a SEDI para modificação do pólo passivo da ação, conforme requerido às fls. 63.

Intimem-se e oficiem-se.

Osasco, 06 de setembro de 2013.


LUIZ RENATO PACHEGO CHAVES DE OLIVEIRA

Juiz Federal



JUSTIÇA FEDERAL

2ª Vara Federal de Osasco
30ª Subseção Judiciária de São Paulo

82

Processo nº 0003305-56.2013.403.6130

CERTIDÃO

Certifico e dou fé que, nesta data, intimei em Secretaria o(a)
advogado(a) Dr.(a) Waldemir Peronei
OAB/ SP Nº. 168.979, da r. decisão / sentença de fls. 93/96-vº

Osasco, 09 de setembro de 2013.

Ciente:

OAB/SP 168.979

Flávia Sampaio Nogueira
Técnico Judiciário - RF 6720

Técnico / Analista Judiciário

RF _____