

Roberto de Moraes: Por que o TRF excluiu o ISS da base de cálculo da Cofins

Como era esperado pelos principais tributaristas do País o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SP e MS) decidiu pela exclusão do ISS da base de cálculo da COFINS e do PIS, em ação ajuizada pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado de SP, o que beneficiará diretamente certa de 1,8 mil empresas representadas por aquele sindicato empresarial.

A decisão foi noticiada pela Fenacon, tendo como fonte o Valor Econômico (1) e, segundo a Desembargadora Relatora Regina Costa, “a existência de repercussão geral no Supremo não impede que sejam julgados recursos nos demais tribunais. Ao analisar o mérito, a magistrada entendeu que, em uma das ações em curso no Supremo, seis ministros declararam inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, contribuições sociais recolhidas sobre o faturamento das empresas. A desembargadora, acompanhada pela maioria da turma, considerou que deveria prevalecer o entendimento, ainda que parcial do Supremo”.

O tema não é novo. É o que se viu, ao longo dos anos, acontecendo no TRF-1ª Região, onde a 8ª Turma daquela Corte já vinha decidindo pró contribuinte como, entre tantos, o caso da apelação interposta por empresa do ramo de supermercado, situada em Uberlândia – MG, (2) com a seguinte Ementa:

“TRIBUTÁRIO. PIS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. NÃO CABIMENTO. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC E JUROS DE MORA.

I. O PIS e a COFINS têm como base de cálculo o faturamento ou as receitas auferidas pela pessoa jurídica (art. 195, I, "b", CF).

II. A base de cálculo do PIS e da COFINS não pode extravasar, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela recebida 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 a prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da COFINS faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso à entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo (RE 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, em julgamento ainda pendente por força de pedido de vista do Min. Gilmar Mendes).

III. Se o ICMS é despesa do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no art. 195, I, CF e receita do Erário Estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência destas exações, posto que configuraria a tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte.

4. Apelação a que se dá parcial provimento.

IV. São compensáveis créditos decorrentes do indevido recolhimento, a título do PIS e da COFINS, devidamente corrigidos, com qualquer outro tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, sendo irrelevante se o destino das arrecadações seja outro. Juros de mora de 1% até 31/12/95, seguindo-se exclusivamente a SELIC.

V. Apelação provida.”

No voto do relator ficou clara a decisão pela compensação dos créditos com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, devidamente, com os créditos do contribuinte atualizados pela SELIC e, ainda, reconhecendo a prescrição decenal, esta última em consonância com o decidido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo a Dra. Patrícia Castro Junqueira, de Yoshimoto & Junqueira Advogados Associados, de Uberaba (MG), que patrocinou a causa, “*a compensação dos créditos com todos os tributos era esperada por constar em Lei e no sistema PER/Dcomp da Receita Federal do Brasil*”. Com relator diferente, a mesma Turma, por reiteradas vezes, vinha confirmando as decisões favoráveis aos contribuintes. (3).

Nas palavras do Desembargador Relator da ementa citada, “*se o ICMS é despesa do sujeito passivo da COFINS e receita do Erário Estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência desta exação. A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS resulta em tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte. Este, ao arcar com obrigação de tal ordem, suporta carga tributária além do que legalmente definido para o regular exercício da sua atividade econômica e além do que permite a Constituição Federal.*”

No mesmo sentido aquela Turma do TRF-1 julgou que o ISS também não deve compor a base de cálculo da COFINS e do PIS. “*O mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, também, é cabível para excluir o ISS da base de cálculo destes dois tributos, pois referido imposto estadual corresponde à despesa do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, CF e, em hipótese alguma, receita; entendimento que alcança também o PIS, pleito que é, por legislação, idêntico à COFINS.*” (4) Assim como ocorre com o ICMS, o ISS não será apropriado como receita, pois é pertencente ao ente tributante credor, as Prefeituras Municipais. O princípio é o mesmo, ou seja, ninguém fatura ou comercializa tributo.

É bem de se ver que, no mesmo julgado, a Desembargadora Federal Relatora foi além: “*Quanto à exclusão das demais receitas financeiras não inerentes à atividade da empresa, o entendimento majoritário, que vem se delineando na Primeira Seção do STJ, é no sentido de que ampliar o conceito de faturamento, a fim de englobar todas as receitas auferidas pela pessoa jurídica, inclusive as receitas financeiras, afronta o artigo 110, do CTN, o que veda à lei ordinária tributária, redefinir conceitos.*”



Essas decisões vêm ocorrendo porque, no RE 240.785-2/MG, da Relatoria do eminente ministro Marco Aurélio, em fase de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, já existe maioria formada de votos 6 quanto a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, julgamento ainda pendente por força de pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, há mais de um ano e meio. E que vista demorada!

A 7ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região ao julgar um pacote de 18 processos — onde tivemos participação em dois deles — sobre o tema em comento admitiu a redução da incidência da contribuição. Ratificamos, o julgamento marcou a mudança de posicionamento da 7ª Turma com o que transformou aquele Tribunal, com jurisdição no Distrito Federal e em 16 Estados da Federação, na primeira Corte *a quo* do país a admitir a exclusão dos impostos da base da COFINS.

Lembremos de que o Supremo Tribunal Federal já vem decidindo, em conta gotas, no sentido de enxugar a Base de Cálculo da COFINS e PIS, quando julgou inconstitucional o alargamento preconizado da Lei 9.718 de 27.11.98, quando a COFINS passou a ter por base de cálculo a receita bruta das empresas, em flagrante afronta à CF/88. (5)

Mais uma vez houve uma derrama de ações judiciais questionando o alargamento da de cálculo, culminado com a decisão do STF favorável aos contribuintes. Como decorrência está em andamento o projeto de súmula vinculante:

Enunciado: “*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.*” (6).

Também foram excluídas da base de cálculo e do conceito de faturamento as “vendas inadimplidas”, por equiparação com as vendas canceladas, aplicando o princípio da equidade (7).

O mesmo TRF da 1ª Região excluiu os medicamentos utilizados na prestação de serviços hospitalares da base de cálculo da COFINS e do PIS, “*pelo simples fato de se estar retirando indevidamente dos filiados da federação agravante o capital necessário ao franco desempenho de suas atividades*”.

A Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em liminar, permitiu às filiadas da Federação Brasileira de Hospitais a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS sobre o valor dos medicamentos utilizados na prestação dos serviços. A decisão também ordenou à União que se abstenha da prática de quaisquer atos coativos contra os filiados, em virtude do não-recolhimento dessas contribuições relativamente aos medicamentos embutidos em suas notas fiscais de serviços, até o julgamento final do agravo.

Em seu pedido, a Federação alegou que o impedimento da exclusão, conforme decisão de 1ª instância importaria em duplicidade de tributação, uma vez que o referido imposto já é recolhido pelo industrial ou importador, resultando em ofensa aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e de vedação ao confisco.



Daí a importância depuração da base de cálculo da COFINS, excluindo os valores que efetivamente não são receita das empresas.

Vale lembrar, até por ter sua sede em Brasília, o TRF-1 é o mais conservador entre os cinco Tribunais de Segunda Instância Federal e, ao ter mudado de entendimento a sua 7ª Turma, dá esperanças aos contribuintes de que o STF deva manter a vitória dos contribuintes na demanda envolvendo a Exclusão do ICMS da base de cálculo das referidas contribuições. Até porque não há, na história da Excelsa Corte notícias de mudança de voto de seus pares. Logicamente, as decisões — tanto da 1ª como na 2ª instância — serão revista pelo STF para torná-las em consonância com a decisão final do Plenário da Excelsa Corte, no julgamento da pendência objeto deste nosso comentário.

Por essas razões, acreditamos que continua viável a impetração de mandado de segurança pelos contribuintes do ICMS, com o objetivo de ver reconhecido o direito de exclusão, da base de cálculo da COFINS e PIS, como também de continuarem pleiteando a repetição/compensação dos valores relativos ao referido imposto Estadual, sem prejuízo da dos valores indevidamente pagos à União a título das contribuições da COFINS e do PIS. A decisão *in* comento foi revitalizadora.

Pedindo desculpas pelo alongamento, mas vamos também inserir opinião inserida em textos de artigo mais antigo, de nossa autoria, onde vale conferir, “*verbis*”

Ainda sobre o tema, quando do pedido de Vista, em Sessão Plenária de 24/08/2006, estava assim a Decisão: *O Tribunal, por maioria, conheceu do recurso, vencidos a senhora ministra Cármen Lúcia e o senhor ministro Eros Graul. 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. (8)*

Faltavam votar, além do agora Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, apenas o Ministro Joaquim Barbosa, Celso Mello e a ex-Ministra Ellen Gracie. Portanto, a causa está praticamente perdida pelo Governo, razão da ADC 18. A não ser que algum dos Ministros que já votaram mude de entendimento, o que, segundo a Agência Estado, não há na história do STF caso de mudança de voto.

Nesse longo tempo da vista e em função da derrota iminente, o governo ajuizou a ADC para tentar reverter o resultado, o Governo Ajuizou a ADC 18. Para fortalecer seu Lobby o Governo central conseguiu trazer os Governos Estaduais (embora não tenham interesse direto no caso) para a lide. No dia 14 de maio haverá verdadeira “tropa de choque” de Procuradores Estaduais fazendo a pressão psicológica sobre os Ministros presentes no Plenário.

O Recurso de Gaveta do Ministro Gilmar Mendes já trouxe prejuízo aos empresários contribuintes que ainda não ajuizaram ações visando obter exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, uma vez que faz exatamente 24 meses que o julgamento estava 6 x 1 contrário ao Governo quando o atual Presidente



da Corte pediu vista a perder de vista. Com isso foi-se a possibilidade de discutir em repetição de indébito de 120 meses (no sistema antigo 5 + 5) derrubado pelo sistema da LC 11, para as ações ajuizadas após 09/06/2005 conforme decidido posteriormente pelo STF.

Segundo a reportagem citada no início deste texto, *“ainda que o tema esteja pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), em um recurso extraordinário e em uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que discutem a incidência do ICMS na base de cálculo das contribuições, a 6ª Turma do TRF – à semelhança de outros tribunais – voltou a julgar o assunto. O prazo do STF que suspendeu o julgamento dos processos por outros tribunais expirou em dezembro do ano passado.*

O relator do recurso, ministro Marco Aurélio, entendeu que faturamento, na redação dada pela Constituição, seria a riqueza obtida pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial. Segundo a desembargadora, ao seguir o raciocínio do ministro, seria "inadmissível a inclusão de receitas de terceiros ou que não importem, direta ou indiretamente, ingresso financeiro".

A mesma tese do ICMS se aplicaria ao ISS, conforme a desembargadora, *"quer porque as empresas não faturam impostos, quer porque tal imposição fiscal constitui receita de terceiro – município ou Distrito Federal"*. A mesma turma do TRF já proferiu outras decisões no mesmo sentido, relativa à exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições. Entre elas, uma que beneficia a Triumpho Associados Consultoria de Imóveis.

As entidades de classe empresarial pediram recentemente que o STF coloque em pauta a ação declaratória de constitucionalidade 18, pela Advocacia Geral da União (AGU), em 2007, os ministros deixaram de lado o julgamento citado na decisão do TRF para iniciarem nova discussão nessa ação, que teria validade para todos os contribuintes. O julgamento, porém, ainda não começou. A discussão é estimada em quase R\$ 90 bilhões, pela PGFN. Trata-se de mais um “esqueleto tributário” criado pela morosidade do STF ao se alinhar aos interesses do Poder Executivo, claramente a partir do início do século XXI.

Conclusão

Posta a questão, resta aos contribuintes, tão sacrificados com o sempre crescente aumento da carga tributária, esperar que os Ministros do Excelso Supremo Tribunal Federal ajam com a ética e a moral e escolham como entrar para a história seguindo na trilha de Joaquim José da Silva Xavier e não na de Joaquim Silvério dos Reis, o traidor.

E que o Presidente da Corte aja com lisura que exige o cargo máximo que exerce, inclusive por merecimento, o pleno exercício do cargo que ocupa. Vale conferir.

Os reflexos dessas exclusões (ICMS e ISS) serão benéficos para todos. A solução urgente e definitiva é uma profunda reforma tributária, que, contudo, não passa de mero discurso de campanha presidencial.

Enquanto a reforma não vem, as empresas que se sentirem prejudicadas têm a opção de recorrer ao único poder que ainda oferta esperança de que o Brasil não deixou de ser um estado de direito: O Poder Judiciário!



NOTAS:

(1) Site FENACON, <http://www.4mail.com.br/Artigo/Display/017749000000000>

(2) AMS nº 2007.38.03.002873-3/MG, 8ª Turma TRF-1ª Região, em 14/08/2007.

(3) AMS. nº 2007.38.03.002648-0, decisão em 13-11-2007.

(4) AG 2007.01.00.010340-9/DF.

(5) “Art. 3º – O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde receita bruta da pessoa jurídica.” (destaque nosso).

(6) Súmula 6 TRIBUTO. COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCEITO DE RECEITA BRUTA. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º DA LEI 9.718/98.

(7) Art. 108, § 2º, do CTN.

(8) Recurso Extraordinário 240.785 –

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=17369>