



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

MANDADO DE SEGURANÇA (120) Nº 5002578-08.2018.4.03.6107 / 2ª Vara Federal de Araçatuba

IMPETRANTE: TRANSTECH TRANSPORTES E LOGISTICA LTDA

Advogado do(a) IMPETRANTE: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP197086

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARAÇATUBA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

S E N T E N Ç A

1. RELATÓRIO

Trata-se de **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO**, com pedido de liminar, impetrado pela pessoa jurídica **TRANSTECH TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA**, inscrita no CNPJ n. 03.277.663/0001-46, com sede na Travessa Carlos Gardel, n. 187, bairro Chácaras Califórnia, em Araçatuba/SP, em face do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARAÇATUBA/SP**, por meio do qual se objetiva a salvaguarda de alegado direito líquido e certo, consistente na exclusão do valor do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) da sua própria base de cálculo nas apurações mensais, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação ou repetição do “quantum” recolhido indevidamente nos últimos cinco anos.

Aduz a impetrante, em breve síntese, estar obrigada ao recolhimento de contribuições sociais destinadas ao Programa de Integração Social (PIS) e ao Financiamento da Seguridade Social (COFINS), as quais devem incidir sobre seu “faturamento” e sua “receita bruta”, nos termos em que preconizado pela regra matriz constitucional (CF, art. 195, inciso I, “b”).

Destaca, no entanto, que a autoridade coatora, em manifesta contrariedade ao disposto na norma de incidência tributária, tem incluído na base de cálculo daquelas contribuições o valor despendido a título de PIS e COFINS, o qual, no seu entender — e conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal relativamente ao ICMS —, não integra os conceitos de “faturamento” e “receita bruta”.

Por conta disso, intenta provimento jurisdicional que lhe desobrigue de pagar contribuição ao PIS e COFINS sobre o montante que despense com o pagamento dos próprios e mencionados tributos, assegurando-lhe, por conseguinte, o direito de compensar os recolhimentos realizados nos últimos 5 anos e que incidiram sobre base de cálculo com inclusão daqueles tributos.

A inicial (fls. 04/17), fazendo menção ao valor da causa (R\$ 100.000,00), foi instruída com documentos (fls. 18/195).

Por decisão de fls. 198/199 (ID 12094192), este Juízo excluiu do polo ativo as filiais da impetrante com sede em território alheio à circunscrição administrativa da autoridade coatora (Filial 01, de Embu das Artes/SP, CNPJ n. 03.277.663/0003-08; Filial 02, de Fernandópolis/SP, CNPJ n. 03.277.663/0005-70; Filial 03, de Pindamonhangaba/SP, CNPJ n. 03.277.663/0004-99; Filial 04, de Bauru/SP, CNPJ n. 03.277.663/0006-50; Filial 05, de Regente Feijó/SP, CNPJ n. 03.277.663/0007-31; Filial 06, de Itapeva/SP, CNPJ n. 03.277.663/0008-12; Filial 07, de Pirassununga, CNPJ n. 03.277.663/0009-01; Filial 08, de Cajamar/SP, CNPJ n. 03.277.663/0010-37; Filial 09, de Atibaia/SP, CNPJ n. 03.277.663/0011-18; Filial 10, de Mogi das Cruzes/SP, CNPJ n. 03.277.663/0012-07; Filial 11, de Praia Grande/SP, CNPJ n. 03.277.663/0013/80; Filial 12, de Franca/SP, CNPJ n. 03.277.663/0014-60; Filial 13, de Juiz de Fora/MG; e Filial 14, de Governador Valadares/MG). Na mesma ocasião, postecipou a apreciação do pedido de tutela provisória de urgência.

A impetrante, insatisfeita com a r. decisão, interpôs agravo de instrumento (AI n. 5029279-91.2018.4.03.0000 — fls. 201/225), o qual está pendente de julgamento, conforme consulta processual realizada nesta data.

Notificada (fl. 230 — ID 12659572), a autoridade coatora prestou informações (fls. 235/236 — ID 12755249), defendendo a denegação da segurança vindicada.

O órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (UNIÃO — FAZENDA NACIONAL) tomou ciência do feito e requereu seu ingresso nos autos (fl. 237 — ID 12810049).

Instado a se manifestar, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opinou pelo prosseguimento da marcha processual sem a sua intervenção (fls. 238/239 — ID 12867702).

Finalmente, os autos foram conclusos para sentença.

É o relatório. **DECIDO.**

2. FUNDAMENTAÇÃO

Conforme alega a impetrante, a autoridade impetrada sempre exigiu e cobrou as contribuições do PIS e da COFINS com interpretação ampliada dos conceitos de “faturamento” e “receita”, incluindo na base de cálculo das referidas contribuições o valor recolhido a mesmo título, assim o fazendo em desacordo com a Constituição Federal.

Foi recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 574.706/PR (15/03/2017), apreciado sob a sistemática da Repercussão Geral (TEMA 69), cujo entendimento, portanto, é de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, que **“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”**.

Assim dispôs a decisão: *O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.*

Vale destacar o novo entendimento jurisprudencial do TRF – Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que está se posicionando na esteira do julgado do RE nº 574.706/PR, que ainda não transitou em julgado.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vem de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706. 2. Tenha-se em vista que em 2007, a AGU ajuizou a Ação Direta de Constitucionalidade 18/DF, ainda pendente de julgamento, no bojo da qual pede que o Supremo declare em conformidade com a Constituição o artigo 3º, parágrafo 2º, inciso I, da lei 9.718/98, que regulamentou a base de cálculo para apuração dos valores da COFINS e do PIS. 3. Posteriormente ao ajuizamento da ADC, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 240.785/MG, inclinou-se no sentido da impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS 4. Finalmente, o C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme noticiado no Informativo nº 857, 13 a 17 de março de 2017. 5. Agravo de instrumento desprovido”.(AI 00189862120164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017)

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. ART. 1.022, PARÁGRAFO ÚNICO, I, CPC/2015. EMBARGOS ACOLHIDOS. - O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, realizado em 15.03.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". - Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. Remessa oficial e apelação da União Federal desprovidas”. (AMS 00049952720154036106, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/05/2017)

Conforme se observa, concluiu-se que a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS é inconstitucional. Isso porque o texto constitucional define claramente — conforme posicionamento do STF — que o financiamento da seguridade social deve se dar, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais a incidirem sobre a receita ou o faturamento das empresas, sendo certo que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, cujo montante é integralmente repassado aos Estados ou ao Distrito Federal.

Portanto, com razão a impetrante — porque alinhada ao entendimento firmado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal — ao pretender pagar contribuição ao PIS e COFINS sobre base de cálculo que não incluía a cifra que despende a título dos mesmos tributos (PIS e COFINS), já que o raciocínio é o mesmo, ou seja, constitui ônus fiscal e não faturamento do contribuinte.

Aplicam-se ao caso as regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir) (STF - AI 835442, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 09/04/2013, publicado em DJe-069 DIVULG 15/04/2013 PUBLIC 16/04/2013).

Deste modo, ante a decisão emanada do STF, proferida em caráter “erga omnes”, não há outro caminho a seguir que não a concessão da segurança, mormente diante da inafastável regra interpretativa da lei tributária, prevista no art. 110 do CTN, segundo o qual *a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*, norma esta que serve de vetor interpretativo de toda a legislação tributária.

DA COMPENSAÇÃO

Afastada a inclusão do PIS e da COFINS de sua própria base cálculo, quanto ao pedido de compensação, observo que, após a edição da Lei Complementar n° 104, de 10/01/2001, acrescentou-se o art. 170-A ao Código Tributário Nacional:

“Artigo 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.”

Portanto, sem o trânsito em julgado das decisões judiciais, não haverá o pressuposto essencial da norma geral que permite a compensação, qual seja: certeza e liquidez do crédito. Não há retroatividade, pois somente se especificou hipótese já contida na norma, aplicando-se esse dispositivo às ações ajuizadas após a data de 10/01/2001.

Assim, diante de hipótese de extinção do crédito tributário, a qual não pode se fundamentar em decisão que ainda não possui os atributos inerentes à coisa julgada, a imutabilidade da declaração judicial que reconhece o crédito perante o Fisco é essencial, a fim de que não se crie uma extinção sob condição resolutória, a qual atentaria contra o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica, essencial em um Estado de Direito. A legislação recepcionada como norma complementar à Constituição elegeu a certeza como bem jurídico a ser salvaguardado quando da compensação pelo contribuinte. Não cabe realizar interpretações que destituam de eficácia a vontade do legislador.

Ressalve-se que o exercício compensatório somente poderá iniciar-se após o trânsito em julgado da sentença (art. 170-A do CTN), devendo ocorrer por iniciativa da própria contribuinte, mediante entrega de declaração em que constem as informações relativas aos créditos utilizados e débitos compensados (art. 74, § 1.º, da Lei n.º 9.430/96), ficando a compensação sujeita à condição resolutória de ulterior homologação para fins de extinção do crédito tributário (art. 74, § 2.º). Fica ressalvado, também, o

direito do Fisco de fiscalizar o montante apurado pela contribuinte e de conferir os elementos escriturais da empresa, para constatação dos prejuízos fiscais por ela suportados.

Demais disso, somente com a edição da Lei n.º 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei n.º 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente de requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto nos artigos 56 a 69, da Instrução Normativa n.º 1717, de 17/07/2017, da Receita Federal do Brasil.

PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA

Para a concessão de tutela provisória em sede de mandado de segurança há que se avaliar a presença de seus requisitos legais: “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

As razões de decidir do julgado do Supremo Tribunal Federal, levado a efeito no já mencionado Recurso Extraordinário n. RE n. 574.706/PR (15/03/2017), explicita o direito vindicado pela impetrante de pagar contribuição ao PIS e COFINS sem incidência sobre os valores que despende a mesmo título.

Lado outro, o “*periculum in mora*” também se faz presente, na medida em que a tutela provisória visa, sobretudo, evitar que os contribuintes necessitem socorrer-se à morosa via do “*solve et repete*”, colocando-os a salvo da exação em discussão (PIS e COFINS) sobre o valor dos próprios tributos.

Prescrição.

A questão relativa ao prazo para Compensação de Indébito Tributário envolvendo a constitucionalidade da redação do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005 faz parte do mérito do RE nº 566.621, julgada no STF, no qual e. Relatora Ministra Ellen Gracie, em seu voto, concluiu que: “vencida a *vacatio legis* de 120 dias, seria válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a essa data” – a decisão refere-se à data de 09/06/2005, marco do decurso da *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005.

Considerando que a presente ação foi proposta em 03/10/2018, é de se aplicar o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, a partir da data do ajuizamento, em relação aos recolhimentos realizados pela impetrante sem excluir o valor do PIS e COFINS da base de cálculo das contribuições sociais devidas a mesmo título.

3. DISPOSITIVO

Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido da impetrante e, com isso, **CONCEDO A SEGURANÇA** para declarar o direito de a impetrante (CNPJ n. 03.277.663/0001-46) não incluir o valor do PIS e da COFINS nas bases de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à COFINS, bem como declarar o direito de compensar os valores recolhidos a tal título.

A compensação será efetuada com quaisquer tributos e contribuições correspondentes a períodos subsequentes e administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sendo vedada a cessão do crédito a terceiros, conforme disposto nos artigos 84 a 87 da Instrução Normativa n.º 1717, de 17/07/2017, da Receita Federal do Brasil, observando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, retrocedidos a partir do ajuizamento da presente ação, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 (REsp Nº 328.043-DF).

O valor a ser compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada (artigo 89, § 4º, da Lei Federal n. 8.212/81, com a redação dada pela Lei Federal n. 11.941/2009).

A compensação somente será efetivada após o trânsito em julgado desta sentença, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os demais procedimentos deverão obedecer às disposições da Lei Federal n. 9.430/96, na sua redação atual, e Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil, ou normas posteriores que as substituam, em tudo sujeitos à fiscalização e posterior homologação pelo Fisco.

Não é possível reconhecer o direito à restituição pela via do mandado de segurança, por não ser substitutivo da ação de cobrança, consoante o enunciado da Súmula 269 do STF.

Defiro o pedido de tutela provisória para desobrigar a impetrante de incluir o valor que depende a título de PIS e COFINS nas bases de cálculo das vincendas contribuições em testilha (PIS e COFINS), suspendendo a exigibilidade do crédito tributário não recolhido em razão de tal procedimento (CTN, art. 151, IV).

Repiso, todavia, que a presente tutela provisória não abrange o direito de compensação reconhecido nesta sentença antes de seu trânsito em julgado, a teor do disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Custas na forma da lei.

Incabíveis honorários advocatícios (artigo 25 da Lei Federal n. 12.016, de 7 de agosto de 2009).

Sentença sujeita ao reexame necessário (artigo 14, § 1º, da Lei Federal n. 12.016, de 7 de agosto de 2009).

DEFIRO o pedido de ingresso da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) no polo ativo, conforme requerido. Ao SEDI, para as anotações e registros de praxe.

OFICIE-SE com cópia da presente ao Excelentíssimo Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 5029279-91.2018.4.03.0000, 3ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, visando cientificá-lo da sentença.

Após o trânsito em julgado, certifique-o nos autos, remetendo-os, em seguida, ao arquivo com baixa na distribuição se nada for postulado oportunamente.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se, expedindo-se o necessário.

Araçatuba/SP, data no sistema.

GUSTAVO GAIO MURAD

Juiz Federal Substituto no Exercício da Titularidade Plena

(ifs)

Assinado eletronicamente por: GUSTAVO GAIO MURAD
15/01/2019 14:22:44
<http://pje1g.trf3.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>
ID do documento: 13565653



19011514224460400000012627040

IMPRIMIR

GERAR PDF