

Sentença - Proc. 0001103-07.2010.403.6100 - Exclusão do ICMS e ISS da Base de Cálculo do PIS/COFINS

TRF - 3a Região

**SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I -
CAPITAL SP SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SAO PAULO 13a VARA CÍVEL**

0001103-07.2010.403.6100 (2010.61.00.001103-0) - CITYGRAFICA ARTES GRAFICAS E EDITORA LTDA(SP192291 - **PERISSON LOPES DE ANDRADE**) X UNIAO FEDERAL A autora ajuíza a presente ação ordinária objetivando a exclusão da parcela paga a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN das bases de cálculo do Programa de Integração Social - PIS, Contribuição para a Seguridade Social - COFINS, Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSSL, estes dois últimos tributos recolhidos com base no lucro presumido. Alega que os valores atinentes ao ICMS e ao ISSQN não constituem riqueza do contribuinte e sim receita do Estado e do Município arrecadantes, não estando tais parcelas inseridas no conceito de faturamento e receita bruta. Aponta que a exigência viola o princípio da capacidade contributiva, já que a receita do ICMS e do ISSQN dirige-se aos entes públicos que os arrecada. Cita orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 1a Região. Defende seu direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos dez anos, tudo com a devida atualização monetária. Em razão da decisão proferida pelo Plenário do E. STF em 13.08.2008 nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade no 18, foi determinado o sobrestamento dos autos após a apresentação de réplica. A União Federal contestou o feito, pugnando, em síntese, pela improcedência do pedido. A parte autora apresentou sua réplica. Acolhida exceção de incompetência para determinar a remessa dos autos à Subseção Judiciária de Campinas. O Tribunal Regional Federal da 3a Região julgou procedente conflito de competência suscitado pelo Juízo de Campinas, retornando os autos para a esta Subseção. Instadas à especificação de provas, as partes nada requereram. É O

RELATÓRIO.DECIDO. A questão central posta neste feito diz com a inclusão do ICMS e do ISS nas bases de cálculo das contribuições destinadas ao Programa de Integração Social e ao Financiamento da Seguridade Social -PIS e COFINS, do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o lucro líquido. I - Da exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS: Os conceitos de faturamento e de receita, para fins tributários, já foram fixados pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou que por faturamento não se há de entender apenas aquilo que decorre de venda a prazo, em que são emitidas faturas (conceito do direito mercantil), mas também como a totalidade da receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, como se vê do voto do Ministro ILMAR GALVÃO, proferido no RE. n.º150.164-1-PR e reproduzido quando do julgamento da ADC -1-1, verbis: De outra parte, o DL n.º 2.397/87, que alterou o DL n.º 1940/82, em seu art.22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, 1º, do mencionado diploma legal como a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, conceito esse que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei n.º187/36). A Lei n.º 7.689/88, pois ao converter em contribuição social, para os fins do art. 195, I, da Constituição, o FINSOCIAL, até então calculado sobre a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, nada mais fez do que instituir contribuição social sobre o faturamento (RTJ. 156/738-9). O Supremo Tribunal Federal, portanto, equiparou, sob o aspecto econômico, o faturamento à receita, entendidos como o resultado bruto das vendas de mercadoria, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, despegando o conceito de faturamento daquele restrito dado pelo direito comercial, como sendo apenas o resultado da venda a prazo, em que é emitida fatura. Por conseguinte, o que se tem é que a inclusão na base de cálculo dos tributos de elemento econômico estranho à venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços é prática que importa em afronta à própria Constituição Federal. Entendo que ganha relevo a tese jurídica defendida nos autos, considerando que o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao tratar do tema, no julgamento do RE no 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, como se vê de informe sobre o mencionado recurso, verbis: O Tribunal retomou julgamento de recurso

extraordinário em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91 - v. Informativo 161. Na sessão plenária de 22.3.2006, deliberara-se, diante do tempo decorrido e da nova composição da Corte, a renovação do julgamento. Nesta assentada, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso. Vencidos, no ponto, os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau que dele não conheciam por considerarem ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional. Quanto ao mérito, o Min. Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Entendeu estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, ao 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 (Art. 195. 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.). O Min. Eros Grau, em divergência, negou provimento ao recurso por considerar que o montante do ICMS integra a base de cálculo da COFINS, porque está incluído no faturamento, haja vista que é imposto

indireto que se agrega ao preço da mercadoria. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. (INFORMATIVO no 437) (grifei). Não obstante o recurso ainda não tenha sido julgado definitivamente, em razão do pedido de vista do Ministro GILMAR MENDES e, posteriormente, devido ao adiamento do julgamento em decorrência da precedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade no 18-5/DF, a sinalização dada pelo Relator - no que foi acompanhado por cinco dos Ministros integrantes do Plenário daquela Corte - é bastante significativa e ajustada ao que dispõe o artigo 195, inciso I, da Constituição e consoante à interpretação dada pelo próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a esse dispositivo, ao conceituar e delimitar os elementos receita e faturamento, entendimento esse que entendo aplicável à espécie e extensivo também ao PIS. Desta forma, não há que se falar na inclusão dos valores recolhido a título de ICMS e de ISSQN na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. II - Da exclusão do ICMS e do ISS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL: O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de não ser possível a exclusão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos valores recolhidos a título de ICMS para as empresas que optam pelo recolhimento sobre o lucro presumido, consoante aresto que transcrevo: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. LUCRO PRESUMIDO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 31 DA LEI N. 8.981/95. 1. O contribuinte de direito do ICMS quando recebe o preço pela mercadoria ou serviço vendidos o recebe integralmente, ou seja, recebe como receita sua o valor da mercadoria ou serviço somado ao valor do ICMS (valor total da operação). Esse valor, por se tratar de produto da venda dos bens, transita pela sua contabilidade como receita bruta, assim conceituada pela legislação que apura o IRPJ e a CSLL pelo lucro presumido, notadamente o art. 31, da Lei n. 8.981/95 e o art. 279, do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99). 2. A receita bruta desfalcada dos valores correspondentes aos impostos incidentes sobre vendas (v.g. ICMS) forma a denominada receita líquida, que com a receita bruta não se confunde, a teor do art. 12, 1º, do Decreto-Lei no 1.598, de 1977 e art. 280 do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99). 3. As bases de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido têm por parâmetro a aplicação de determinado percentual sobre a receita bruta e não sobre a receita líquida. Quisera o contribuinte deduzir os tributos pagos, no caso o ICMS, deveria ter feito a opção pelo regime de tributação com base no lucro real, onde tal é possível, a teor do art. 41, da Lei n. 8.981/95 e art. 344 do RIR/99 (Decreto n. 3.000/99). 4. Não é possível para a empresa alegar em juízo que é optante pelo lucro presumido para em seguida exigir as benesses a que teria direito no regime de lucro real, mesclando os regimes de apuração (AgRg nos EDcl no AgRg no AG no 1.105.816 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.12.2010). 5. Recurso especial não provido. (REsp 1312024, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, in DJe 07/05/2013) Assim, considerando que a empresa autora recolhe tais tributos com base no lucro presumido, sua tese não merece guarida neste aspecto. III - Da compensação: No tocante ao pedido de compensação, Tratando-se de contribuição social, cujo cálculo e recolhimento é efetivado diretamente pelo contribuinte, sem a intervenção prévia da autoridade fiscal, que nesse caso não lança o valor após regular processo em que verifica os pressupostos para a cobrança e emite a respectiva guia para recolhimento, deve-se concluir tratar-se de tributo sujeito a

homologação e somente a partir do término do prazo conferido para essa prática é que tem início o curso do lapso prescricional, entendido portanto como sendo os primeiro cinco (5) anos contados do recolhimento indevido ou a maior e os cinco (5) anos seguintes após o último dia destinado ao Fisco, no caso de homologação tácita, ou do momento em que ocorrer efetivamente a homologação, se anterior ao curso desse prazo. Nesse sentido, aliás, vinha decidindo de modo reiterado o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: Não tendo ocorrido a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita ... (STJ, 2ª Turma, Resp. 44221/PR, Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 04.05.94, RSTJ 59, p. 405, DJU 23.05.94, p. 12.595). Importante ponderar, entretanto, se esse entendimento subsiste após as modificações introduzidas pela Lei Complementar no 118, de 9 de fevereiro de 2005. O ponto a ser dirimido quanto ao tema em particular é se a Lei Complementar 118/2005, ao dispor que a extinção do crédito tributário ocorre, para os tributos sujeitos à homologação, no momento do pagamento antecipado, pode ser considerada, como se auto-intitula, lei interpretativa, já que, se assim for classificada, poderá retroagir seus efeitos até o momento da edição da lei pretensamente interpretada, o que sepultaria, para qualquer caso, a tese dos cinco mais cinco, até então consolidada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Entendo que a Lei Complementar no 118/2005, ao reduzir o prazo de prescrição tributária, inovou no ordenamento jurídico e, portanto, não pode ter seus efeitos irradiados para fatos pretéritos, sem que haja o estabelecimento de uma regra de transição, a exemplo do que ocorreu com o Novo Código Civil. O C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, debruçando-se sobre o tema, acolheu arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, manifestando-se no sentido de que as inovações trazidas pela novel legislação não são meramente interpretativas e somente serão aplicadas para os tributos recolhidos sob a sua vigência (AI nos EREsp 644736/PE, Ministro Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI, in DJ 27.08.2007, p. 170). O Relator Ministro Teori Zavascki sustentou em referido incidente que, a partir da vigência da LC 118/2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei novo. Em outras palavras, os tributos recolhidos anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar no 118/2005 sujeitar-se-iam à orientação anterior dada pela Corte (tese dos cinco mais cinco), porém, o prazo de prescrição ficaria limitado aos cinco anos imediatamente seguintes à publicação da nova lei, ou seja, até o ano de 2010. Vale dizer, nenhum tributo recolhido anteriormente a 9 de junho de 2005 (data em que entrou em vigor a LC 118/05) poderia ser pleiteado após o ano de 2010. O E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no entanto, firmou diretriz diversa quando do julgamento do recurso extraordinário 566.621 pelo Tribunal Pleno. Confira a ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR No 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a

vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4o, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, 3o, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566.621, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 4/8/2011, DJe 10/10/2011) Como se vê do acórdão proferido, a Corte Suprema, à luz da análise do disposto na Lei Complementar no 118/2005, sedimentou o entendimento de que o prazo de cinco anos para pleitear a restituição do indébito tributário aplica-se apenas em relação às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, resguardando de tal posicionamento as demandas propostas até 8 de junho de 2005, que remanesçam sob o pálio da jurisprudência anterior cristalizada pelo C. Superior Tribunal de Justiça quanto ao prazo decenal (tese dos cinco mais cinco) para recobrar os valores indevidamente pagos ao Fisco. No caso em concreto, como a presente ação veio ajuizada em janeiro de 2010, a parte autora tem assegurado o direito de reaver os valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento, ou seja, de janeiro de 2005 a janeiro de 2010. O montante devido será corrigido pela variação da Taxa SELIC, compreensiva de juros e correção monetária, consoante o que dispõe a Lei no 9.250/95 c.c. o artigo 406 do novo Código Civil. Face a todo o exposto, .Condeno a requerida ao pagamento de custas processuais e verba honorária, esta fixada em 10% por cento do valor da causa, atualizado. Custas ex lege. Sentença sujeita ao reexame necessário. P.R.I. São Paulo, 3 de fevereiro de 2014 JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para (i) DECLARAR o direito da autora de recolher as contribuições ao PIS e à COFINS, sem a inclusão nas respectivas bases de cálculo do valor pago a título de ICMS e de ISS, bem como (ii) DECLARAR o direito da autora de compensar os valores indevidamente pagos sob tais títulos nos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação, corrigidos pela Taxa Selic.