



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0003498-59.2016.4.03.6100/SP
2016.61.00.003498-5/SP

D.E.

Publicado em 01/04/2019

RELATOR : Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA
 APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
 ADVOGADO : SP000001 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E
 AFONSO GRISI NETO
 APELADO(A) : HOBRA S TERRAPLENAGEM E PAVIMENTACAO LTDA
 ADVOGADO : SP252946 MARCOS TANAKA DE AMORIM e outro(a)
 REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
 No. ORIG. : 00034985920164036100 26 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO DA CPRB. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. No que tange ao pedido de exclusão do ISSQN na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, ressalte-se que a tese que fundamenta a pretensão já foi rechaçada pela 1ª Seção do STJ no RESP n. 1330737/SP, submetido ao regime de recursos repetitivos.
2. A jurisprudência deste Regional já se manifestou no sentido da possibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre a CPRB em relação aos valores devidos a título de ISSQN. Precedentes.
3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, **negar provimento** ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de março de 2019.

HÉLIO NOGUEIRA
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): HELIO EGYDIO MATOS NOGUEIRA:10106
 Nº de Série do Certificado: 68D9614EDFBF95E3
 Data e Hora: 26/03/2019 20:21:42

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0003498-59.2016.4.03.6100/SP
2016.61.00.003498-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000001 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI
: NETO
APELADO(A) : HOBRAS TERRAPLENAGEM E PAVIMENTACAO LTDA
ADVOGADO : SP252946 MARCOS TANAKA DE AMORIM e outro(a)
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00034985920164036100 26 Vr SAO PAULO/SP

DECLARAÇÃO DE VOTO

Peço vênia ao E. Relator.

A Lei nº 12.546/2011, alterada por sucessiva legislação, instituiu para determinadas empresas discriminadas na referida norma, contribuição incidente sobre a receita bruta, "excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos", em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do "caput" do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

A discussão posta nos autos em razão da base de cálculo imposta por essa nova lei reaviva o antigo debate atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, daí porque entendo aplicável à espécie o mesmo entendimento fundamentado para aquela celeuma.

No particular, aplico ao caso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que equiparou, sob o aspecto econômico, o faturamento à receita, entendido 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 se vê do voto do eminente Ministro ILMAR GALVÃO, proferido no RE nº 150.164-1/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.º 187/36). 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).

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, como ocorre com o ICMS/ISS, é prática que importa em afronta à própria Constituição Federal.

Entendo que ganha relevo a tese jurídica defendida nos autos, considerando ter o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao tratar do tema, no julgamento do RE nº 240.785-MG, fixado posicionamento no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, como se denota da ementa do aludido recurso, verbis:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

Assim, em que pese o julgado do STF não se referir propriamente à contribuição questionada nos autos, sempre entendi por tomar tal norte de fundamentação e o precedente citado, de todo aplicável à espécie, dada a analogia entre as situações postas a julgamento, para reconhecer a plausibilidade da tese defendida pela impetrante quanto à impossibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo da contribuição prevista na Lei nº 12.546/11.

Entretanto, em sessão extraordinária da 1ª Turma dessa Corte, em 06/12/2016, quando do julgamento do processo nº 0004997-70.2015.4.03.6114, segundo a técnica de julgamento do artigo 942, do NCPC, decidiu-se pela possibilidade de o ISS e o ICMS integrarem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta, ao que me curvei ao entendimento sedimentado, ressalvado meu posicionamento.

Mais recentemente, contudo, o E. Supremo Tribunal Federal julgou o RE nº 574.706, assentando a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, concluindo 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".

Assim, dado o paralelismo das situações, entendo pela aplicação do referido precedente à hipótese trazida a julgamento, à luz do artigo 949, parágrafo único do CPC/15.

Ademais, vê-se que tal solução já vem sendo esboçada junto àquela Corte, consoante se percebe da manifestação lançada pela Procuradoria Geral da República no RE nº 1.034.004, pela qual pontua, in verbis:

"Embora o presente feito não verse sobre base de cálculo de PIS e COFINS, seu desfecho deve ser orientado pela solução adotada no acórdão da repercussão geral (Tema 69). Afinal, as mesmas razões que levaram à conclusão de que a base de cálculo do PIS e da COFINS não compreende o ICMS, sob pena de sua ampliação indevida, valem para afastar a inclusão do aludido imposto na quantificação da contribuição previdenciária substitutiva da Lei 12.546/2011" (extraído do andamento processual do RE nº 1.034.004, no sítio da C.STF).

Assim, deve ser deferido o pedido posto nos autos, autorizando-se, ainda, a restituição das respectivas parcelas pagas nos cinco anos que antecedem o ajuizamento da ação, mediante a aplicação da Taxa

SELIC como fator único de correção monetária e juros de mora.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento ao agravo interno** para o fim de **negar provimento à apelação da União e ao reexame necessário**, mantendo a sentença de procedência do pedido.

É como voto.

WILSON ZAUHY
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): WILSON ZAUHY FILHO:10079

Nº de Série do Certificado: 11A21705314D3605

Data e Hora: 13/09/2018 18:04:44

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0003498-59.2016.4.03.6100/SP
2016.61.00.003498-5/SP

RELATOR : Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA
APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : SP000001 MARLY MILOCA DA CAMARA GOUVEIA E AFONSO GRISI NETO
APELADO(A) : HOBRAS TERRAPLENAGEM E PAVIMENTACAO LTDA
ADVOGADO : SP252946 MARCOS TANAKA DE AMORIM e outro(a)
REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 26 VARA SÃO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00034985920164036100 26 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Trata-se de agravo interno interposto por Hobras Terraplenagem e Pavimentação Ltda. contra decisão monocrática que, com fundamento no artigo art. 932, V, b, do CPC/2015 c/c o art. 33 do RI/TRF-3ª Região, deu provimento à apelação fazendária e ao reexame necessário, para julgar improcedente a pretensão inicial.

Em suas razões (fls. 120/135), a parte agravante postula a necessidade de esgotamento de instância e aduz incabível o julgamento monocrático. No mérito, sustenta a inconstitucionalidade da incidência tributária do ISSQN na base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta.

Intimada nos termos do artigo 1.021, §2º, do Código de Processo Civil, a parte agravada apresentou sua contraminuta de agravo interno.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA (RELATOR):

Inicialmente, cumpre consignar que a apresentação do agravo interno ao colegiado supre a insatisfação do agravante quanto ao julgamento monocrático da apelação, considerando a possibilidade de apreciação das teses suscitadas pela Turma julgadora.

No mérito, não vislumbro nos argumentos trazidos pela parte agravante motivos suficientes a infirmar a decisão atacada.

Discute-se a inclusão do ISSQN na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB.

No que tange à probabilidade do direito, ressalto que a tese que fundamenta a pretensão deduzida nesta demanda já foi rechaçada pela 1ª Seção do STJ no RESP n. 1330737/SP, submetido ao regime de recursos repetitivos (tema n. 634), assim ementado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. PRESTADOR DE SERVIÇO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NO CONCEITO DE RECEITA OU FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 109 E 110 DO CTN. 1. Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que o valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS. 2. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS" (REsp 1.145.611/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010; AgRg no REsp 1.197.712/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/6/2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.218.448/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 24/8/2011; AgRg no AREsp 157.345/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/8/2012; AgRg no AREsp 166.149/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 4/9/2012; EDcl no AgRg no REsp 1.233.741/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 7/3/2013, DJe 18/3/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013). 3. Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN. 4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial. 5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico,

pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária). 6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito. 7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço. 8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições. 9. Recurso especial a que se nega provimento. (RESP n. 1330737/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJE 14/04/2016).

Esta decisão vincula as demais instâncias do judiciário, tendo em vista o efeito que lhe atribui o artigo 927, III, do CPC de 2015.

Particularmente acredito que a decisão proferida pelo STF no RE n. 574.706/PR, em regime de repercussão geral, acaba por repercutir em situações como a presente.

Vale dizer, se restou fixada a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS (tema n. 69), o mesmo se dará no que concerne ao ISSQN (inclusive para contribuições previdenciárias que se sirvam da receita bruta como base de cálculo).

Todavia, curvo-me ao entendimento dominante nesta C. Primeira Turma, no sentido da inaplicação do decidido pelo STF no RE n. 574706/PR ao presente caso.

Dessa forma, considerando que a matéria já foi decidida pelo STJ em precedente com força vinculante, por meio do qual se assentou entendimento contrário ao que foi sustentado pela impetrante, é de rigor reformar a sentença.

Ressalte-se que, no âmbito do STF, encontra-se pendente de julgamento o RE n. 592616/RS, no qual se discutirá justamente a tese suscitada nesta demanda.

Até que isso aconteça, ou até que o STJ reveja seu precedente, porém, deve prevalecer a tese fixada sob o regime dos recursos repetitivos, conforme acima destacado.

Ademais, os riscos decorrentes de um processo de execução fiscal são inerentes à atividade econômica, e não podem ser afastados, a não ser em situações excepcionais.

A jurisprudência deste Regional já se manifestou no sentido da possibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre a CPRB em relação aos valores devidos a título de ISSQN:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS PARA AUTORIZAR A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A r. decisão impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A parte agravante não apresenta argumentos relevantes que autorizem ou justifiquem a reforma da r. decisão agravada. 3. Esta E. Segunda Turma tem entendido que o ICMS e o ISS integram o preço das vendas das mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, sendo repassado ao consumidor final, razão pela qual devem ser considerados como receita bruta/faturamento e, conseqüentemente, integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre receita bruta (CPRB). 4. Desse modo, permanece o entendimento do e. STJ de que a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição previdenciária

é legítima, porquanto o ICMS e o ISS integram o preço das mercadorias ou dos serviços prestados, compondo, assim, a receita/faturamento. 5. Agravo legal desprovido. (AMS n. 00005291520144036109, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO, j. 21/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/03/2017).

Verifica-se, pois, que a tese defendida pela parte impetrante não se reveste de plausibilidade tal que justifique a procedência da pretensão inicial, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC de 2015.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É o voto.

HÉLIO NOGUEIRA
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): HELIO EGYDIO MATOS NOGUEIRA:10106

Nº de Série do Certificado: 68D9614EDFBF95E3

Data e Hora: 01/08/2018 16:43:47
