



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 1ª Região

PROCESSO Nº 1009539-69.2018.4.01.3300
APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728)
APELANTE: FAZENDA NACIONAL
APELADO: CLIVALE PROSAUDE IGUATEMI LTDA e outros
RELATOR(A): ANGELA MARIA CATAO ALVES



**Tribunal Regional Federal da 1ª Região Gab. 21 - DESEMBARGADORA
FEDERAL ÂNGELA
CATÃO**

PROCESSO Nº 1009539-69.2018.4.01.3300 RELATÓRIO Trata-se de apelação e remessa oficial em desfavor da sentença proferida nos autos do presente mandado de segurança, impetrado para excluir valores decorrentes do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, bem como para assegurar a repetição do indébito. É o relatório.

VOTO - VENCEDOR



**Tribunal Regional Federal da 1ª Região Gab. 21 - DESEMBARGADORA
FEDERAL ÂNGELA
CATÃO**

PROCESSO Nº 1009539-69.2018.4.01.3300 VOTO Prescrição: Relativamente à prescrição, o Pleno do STF (RE nº 566.621/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, trânsito em julgado em 27/FEV/2012), sob o signo do art. 543-B do CPC, que concede ao precedente extraordinária eficácia vinculativa que impõe sua adoção em casos análogos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, declarando a prescrição quinquenal às ações repetitórias ajuizadas a partir de 09/06/2005, como é o caso. Mérito: Inicialmente, ressalto que as empresas prestadoras de serviço são tributadas pelo ISS, imposto municipal, que, assim como ICMS (tributo estadual), está embutido no preço dos serviços praticados. Dessa forma, o raciocínio adotado para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é cabível para excluir o ISS. Feitas essas considerações, passo analisar o mérito propriamente dito. Partindo da premissa de que a base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, a jurisprudência desta Corte, alicerçada em manifestação do Supremo Tribunal Federal, compartilha o entendimento de que *“o que relativo ao ICMS, porque estranho ao conceito de faturamento, não poderia servir como elemento para majorar ou compor a base de cálculo das referidas exações”*.



(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) Com efeito, se o ICMS não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS se mostra indevida, seja no regime da cumulatividade seja no regime da não-cumulatividade. Espancando as divergências ainda remanescentes, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 574.706 pela sistemática da repercussão geral, firmou a tese de “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. (RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017) Desse modo, mostra-se legítima a pretensão da empresa contribuinte. Compensação Quanto ao direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que a lei que rege a compensação tributária é a vigente na data de propositura da ação, ressalvando-se, no entanto, o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa em conformidade com as normas posteriores. Precedente (REsp nº 1137738/SP – Rel. Min. Luiz Fux – STJ – Primeira Seção – Unânime – DJe 1º/02/2010). Nesse diapasão, ajuizada a ação na vigência da Lei nº 10.637/2002, que alterou a redação do art. 74 da Lei 9.430/96, possível a compensação com débitos relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela SRFB. Nos termos do art. 170-A do CTN, “*é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial*”, vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido (STJ, REsp 1167039/DF, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe de 2/9/2010). De outro lado, as restrições previstas em instruções normativas encontram fundamento no art. 170 do CTN, e, assim, não há de se falar em exorbitância ao poder regulamentar por parte da autoridade fiscal, ao estipular a imputação proporcional do crédito em compensação. Com base nessa premissa, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido na sistemática do recurso repetitivo (REsp 960239, relator ministro Luiz Fux, DJe de 24/06/2010), firmou o entendimento de ser legítima a regulamentação estabelecida pela autoridade fiscal, tanto no âmbito formal quanto no material. Consectários À restituição aplica-se apenas taxa SELIC, uma vez que os valores a serem restituídos são posteriores a janeiro de 1996. Explícito que a correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Honorários Honorários advocatícios incabíveis na espécie (art. 25, da Lei n. 12.016/2009). Custas *ex lege*. Isso posto, nego provimento à apelação e à remessa oficial. É como voto.

DEMAIS VOTOS



Tribunal Regional Federal da 1ª Região Gab. 21 - DESEMBARGADORA
FEDERAL ÂNGELA



CATÃO

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728)PROCESSO Nº 1009539-69.2018.4.01.3300APELANTE: FAZENDA NACIONALAPELADO: CLIVALE PROSAUDE IGUATEMI LTDA, CLIVALE PROSAUDE IGUATEMI LTDA EMENTA CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ISS. INCLUSÃO INDEVIDA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TAXA SELIC. (1).1. O Pleno do STF (RE nº 566.621/RS), sob o signo do art. 543-B do CPC/1973, que concede ao precedente extraordinária eficácia vinculativa que impõe sua adoção em casos análogos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, declarando a prescrição quinquenal às ações repetitórias ajuizadas a partir de 09/06/2005, como no caso.2. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 574.706 pela sistemática da repercussão geral, firmou a tese de “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. (RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017)3. Desinfluyente para a solução da lide a análise da amplitude do termo ‘faturamento’. Se o ICMS não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, indevida é sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS, seja no regime da cumulatividade/não-cumulatividade instituído pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, seja na sistemática dada pela Lei 12.973/14.4. O raciocínio adotado para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é cabível para também excluir o ISS.5. Quanto à compensação, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que a lei que rege a compensação tributária é a vigente na data de propositura da ação, ressalvando-se, no entanto, o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores. Precedente (REsp nº 1.137738/SP – Rel. Min. Luiz Fux – STJ – Primeira Seção – Unânime – DJe 1º/02/2010). Aplicável, ainda, o disposto no art. 170-A do CTN.6. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal.7. Honorários incabíveis.8. Apelação e remessa oficial não providas. ACÓRDÃO Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial.Brasília/DF, 10 de dezembro de 2019.

