



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

JFRJ
Fls 56

PROCESSO Nº 0102925-12.2017.4.02.5101 (2017.51.01.102925-9)
AUTOR: HELINHO E FILHO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE FERRAGENS LTDA
REU: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO - DRF I

CONCLUSÃO

Nesta data, faço os presentes autos conclusos ao MM. Juiz Federal da 8ª Vara Federal, RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA.

Rio de Janeiro, 12/05/2017 15:07.

ADALBERTO WILSON SPIER
Diretor da Secretaria da 8ª Vara Federal

Sentença (Tipo B2)

HELINHO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE FERRAGENS EIRELI, pessoa jurídica de direito privado devidamente qualificada nos autos, impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, em face do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO**, objetivando apurar e recolher o PIS e a COFINS sem a indevida inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Inicial de fls. 01/16, instruída com os documentos de fls. 17/25.

Custas recolhidas à FL. 26.

O pedido de liminar foi deferido, às fls. 29/30, para “suspender a exigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 151, IV, do Código Tributário Nacional”. Agravo de instrumento, juntado por cópia às fls. 33/39.

Informações prestadas às fls. 44/52.

O Ministério Público informou não ter interesse público que justifique sua intervenção, razão pela não se manifestou (fls. 54/55).

Os autos vieram conclusos para sentença em 12.05.2017.

É o sucinto relatório. Fundamento e decido.

A controvérsia dos autos não demanda grandes discussões, apesar do entendimento anterior deste Juízo, vez que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que “o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)”, pois “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”. (RE 574706. Relatora Ministra Carmen Lúcia).

JFRJ
Fls 57

A propósito, importante transcrever excerto do informativo nº 857, do STF:

DIREITO TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Incidência do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS - 2

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo para a incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. Com essa orientação, o Tribunal, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário no qual se discutia a possibilidade de inclusão do montante do ICMS gerado na circulação de mercadoria ou prestação de serviço no conceito de faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS — v. Informativo 856.

Prevaleceu o voto da ministra Cármen Lúcia (Presidente e relatora). Consignou que a inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturariam ICMS, o que não ocorre. Assim, enquanto o montante de ICMS circula por suas contabilidades, os sujeitos passivos das contribuições apenas obtêm ingresso de caixa de valores que não lhes pertencem. Em outras palavras, o montante de ICMS, nessas situações, não se incorpora ao patrimônio dos sujeitos passivos das contribuições, até porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do Distrito Federal.

Ponderou, igualmente, que a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento (nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa. Por essa razão, não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS ou da COFINS.

Asseverou que tanto a análise jurídica quanto a contábil do ICMS — ambas pautadas em sua não cumulatividade, principal característica desse tributo — revelam não ser possível incluir o ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, nem também excluí-lo totalmente. Isso porque, enquanto parte do montante do ICMS é entregue diretamente ao Estado, parte dele mantém-se no patrimônio do contribuinte até a realização de nova operação. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS, entretanto, leva em consideração apenas o conteúdo normativo do art. 155, § 2º, I, da CF.

Sobre esse aspecto, também com fundamento na doutrina, pontuou que a Constituição, no tocante à compensação, consagrou a ideia de que a quantia a ser desembolsada pelo contribuinte a título de ICMS é o resultado de uma subtração em que o minuendo é o montante de imposto devido e o subtraendo é o montante de imposto anteriormente cobrado ou cobrável. O realizador da operação ou prestação tem o direito constitucional subjetivo de abater do montante do ICMS a recolher os valores cobrados, a esse título, nas operações ou prestações anteriores. O contribuinte, se for o caso, apenas recolhe aos cofres públicos a diferença resultante dessa operação matemática.

Assim, nem todo montante de ICMS é recolhido pelos contribuintes posicionados no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na fatura é aproveitada pelo contribuinte para compensar com o montante do imposto gerado na operação anterior. Em algum momento, ainda que não exatamente o mesmo, ele será recolhido e, por isso, não constitui receita do contribuinte. Logo, ainda que contabilmente escriturado, não guarda expressa definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, pois o valor do ICMS tem como destino fiscal a Fazenda Pública.

Ademais, por ser inviável a apuração do ICMS, considerando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil ou escritural do imposto. Nesse sentido, o montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, com base no total de créditos decorrentes de aquisições e no total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços. Em suma, o princípio da não cumulatividade operacionaliza-se por meio da compensação entre débitos e créditos na escrituração fiscal.

Para a relatora, o regime da não cumulatividade impõe concluir que, embora se tenha a escrituração da parcela do ICMS ainda a se compensar, o montante integral não se inclui na definição de faturamento adotada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo por que ele não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS.

Enfatizou que, embora o ICMS incida sobre todo o valor da operação, o regime de compensação importa na possibilidade de, em algum momento da cadeia de operações, haver saldo a pagar do tributo, se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida desse aumento do valor. Em outras palavras, o valor do ICMS é indeterminável até se efetivar a operação subsequente. Afasta-se, pois, da composição do custo e deve, por conseguinte, ser excluído da base de cálculo das mencionadas contribuições.

Por fim, verificou que o recolhimento do ICMS na condição de substituto tributário (Lei 9.718/1998, art. 3º, § 2º, I, “in fine”) importa transferência integral às Fazendas Públicas estaduais do montante recolhido, sem a necessidade de compensação e, portanto, de identificação de saldo a pagar, pois não há recolhimentos posteriores pelos demais contribuintes substituídos.

Se a norma exclui o ICMS transferido integralmente para os Estados-Membros da base de cálculo das mencionadas contribuições sociais, também deve ser excluída a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade.

Vencidos os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao recurso.

1. CF, art. 155, § 2º, I: “Art. 155...§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

RE 574706/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15.3.2017. (RE-574706)

Da compensação

Da prescrição

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.

O eg. STF, sobre a matéria, consolidou entendimento, em regime de repercussão geral, nos autos do RE 566621/RS (Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ: 11/10/2011), que lei supostamente interpretativa, mas que, em verdade, inova no mundo jurídico, deve ser considerada como lei nova. Consignou, ainda - sobre a aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova - que há ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Dessa forma, afastou as aplicações inconstitucionais e resguardou, no mais, a eficácia da norma, permitindo a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por aquela Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

Restou, reconhecida, assim, a inconstitucionalidade do 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.

No caso em exame, como o *mandamus* foi impetrado aos 13.04.2017, aplica-se a prescrição quinquenal.

Do regime de compensação.

É certo que no STJ há diversos precedentes no sentido de que o regime da compensação aplicável se rege pela lei vigente à época do ajuizamento da ação. Esse entendimento está em consonância com a natureza extraordinária do recurso especial, que exige o prequestionamento da matéria, impedindo, por vezes, a apreciação da questão à luz da legislação superveniente, tanto que a Corte Superior alude em seus julgados sobre o direito de o contribuinte proceder à compensação conforme o novo regramento, quando mais benéfico, na esfera administrativa, caso preenchidos os específicos requisitos legais. Entretanto, as instâncias ordinárias não estão impedidas de aplicar a legislação superveniente à data da propositura da ação, em obediência à regra inserta no art. 462, do CPC (“Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”).

Desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “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”, agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. Vale dizer, a compensação – modalidade de extinção do crédito tributário –, que exige créditos líquidos e certos, só se concretiza pelo lançamento tributário já consumado, a cargo único e exclusivo do Fisco ou através da decisão judicial da qual não caiba mais recurso, ou seja, da decisão judicial que declarar/constituir/condenar que dado crédito fiscal é líquido e certo, e pode ser utilizado para a compensação.

Assim, na presente hipótese, incide a regra do art. 170-A do CTN, que só autoriza a compensação pretendida após o trânsito em julgado da presente decisão judicial.

Do limite da compensação

Por sua vez, o artigo 89, § 3º, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95, instituiu o limite de 25% para a compensação a ser feita pelo contribuinte, limite elevado para 30% pela Lei nº 9.129/95. Nos tribunais, ocorreram controvérsias a respeito da aplicabilidade deste limite, tendo, inclusive, o eg. Superior Tribunal de Justiça assentado que tal limitação era inaplicável nos casos de tributos e contribuições reconhecidos como inconstitucionais pelo C. Supremo Tribunal Federal. Tal posição, porém, foi alterada pela C. 1ª Seção daquela Corte Superior (REsp 796064-RJ, julgado em 22.10.2008), o qual passou a entender que, em qualquer caso, é aplicável tal limitação aos recolhimentos efetuados a partir da vigência das referidas normas legais.

Contudo, tais limites de compensação previstos nestas Leis nº 9.032/95 e 9.129/95 não são mais aplicáveis a partir de sua revogação pela Lei nº 11.941/09 (DOU 28.05.2009), norma superveniente que deve ser aplicada no julgamento dos processos em tramitação (CPC, art. 462).

A partir de 01.01.1996 aplica-se a taxa SELIC na restituição do indébito, com exclusão de qualquer outro índice de juros e de correção monetária.

Dispositivo.

Ante o exposto, nos termos do artigo 487, I, do CPC, **RATIFICO A LIMINAR CONCEDO A SEGURANÇA VINDICADA** para declarar a inexistência de relação jurídica obrigacional tributária que imponha à Impetrante o dever de incluir valores a título de ICMS na base de cálculo do recolhimento da contribuição do PIS e da COFINS, e condenar a União a compensar/restituir os valores pagos indevidamente (Súmula nº 461, STJ), após o trânsito em julgado da presente decisão, respeitada a prescrição quinquenal. Sobre os créditos apurados pela Impetrante, incidirá a Taxa Selic, com exclusão de qualquer outro índice de juros e de correção monetária.

Custas *ex lege*. Sem honorários (Artigo 25 da Lei nº 12.016/2009).

Deixo de determinar a remessa dos autos ao MPF, haja vista sua manifestação no sentido da inexistência de interesse jurídico a justificar sua intervenção no feito.

P. R. I. Decorrido o prazo para interposição de recurso voluntário, remetam-se os autos ao E. TRF da 2ª Região para reexame necessário, nos termos do artigo 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009.

OFICIE-SE AO RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, NO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS, PARA CIÊNCIA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2017.

JFRJ
Fls 61

RENATO CESAR PESSANHA DE SOUZA
Juiz Federal

\goo