



Número: **5005832-10.2018.4.03.6100**

Classe: **APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO**

Órgão julgador colegiado: **6ª Turma**

Órgão julgador: **Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA**

Última distribuição : **20/02/2019**

Valor da causa: **R\$ 10.000,00**

Processo referência: **50058321020184036100**

Assuntos: **ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias, ISS/ Imposto sobre Serviços, Cofins, PIS**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL (APELANTE)			
██████████ LTDA (APELADO)		ALEXANDRE CEZAR FLORIO (ADVOGADO) LIBIA CRISTIANE CORREA DE ANDRADE E FLORIO (ADVOGADO)	
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
10820 9963	16/12/2019 15:57	<a href="#">Acórdão</a>	Acórdão



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005832-10.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ██████████ LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE CEZAR FLORIO - SP225384-A, LIBIA CRISTIANE CORREA DE ANDRADE E FLORIO - SP130358-A

OUTROS PARTICIPANTES:



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005832-10.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ██████████ LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE CEZAR FLORIO - SP225384-A, LIBIA CRISTIANE CORREA DE ANDRADE E FLORIO - SP130358-A

OUTROS PARTICIPANTES:

**R E L A T Ó R I O**

**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL  
CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):**

Trata-se de agravo interno interposto pela União contra a decisão monocrática que, com fulcro no art. 932, inc. V, do CPC/15, negou provimento à apelação da União e à remessa necessária, reconhecendo a inexigibilidade do ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Pretende a ora agravante a reforma da decisão monocrática, alegando, preliminarmente, a ocorrência de julgamento ultra petita, no tocante à menção ao ICMS em dois trechos da decisão, requerendo a suspensão do feito, no tocante ao ISS, até o final julgamento do RE 592.616, pelo C. STF; no mais, alega que os embargos de declaração opostos ao RE 574.706 ainda se encontram pendentes de julgamento no

âmbito do Excelso Pretório, devendo ser suspenso o presente feito até a publicação do acórdão dos referidos embargos; sustenta, ainda, ser indevida a exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições mencionadas.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

Éo relatório.



**Poder Judiciário**  
**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005832-10.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. CONSUELO YOSHIDA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ██████████ LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALEXANDRE CEZAR FLORIO - SP225384-A, LIBIA CRISTIANE CORREA DE ANDRADE E FLORIO - SP130358-A

OUTROS PARTICIPANTES:

**V O T O**

**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL  
CONSUELO YOSHIDA (RELATORA):**

Não assiste razão à agravante.

A decisão monocrática foi assim fundamentada:

*Trata-se de apelação e remessa oficial em mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado com o objetivo de assegurar o direito líquido e certo de a Impetrante não incluir os montantes relativos ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em vista da inconstitucionalidade de tal exigência, bem como compensar/restituir os valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 (cinco anos) anteriormente ao protocolo do presente mandamus, calculando-se o crédito com aplicação da taxa SELIC, após o trânsito em julgado.*

*A liminar foi parcialmente deferida.*

*O r. juízo a quo concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação*

*dos valores indevidamente recolhidos, com outros tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, exceto as contribuições previdenciárias, com atualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado desta sentença, observada a prescrição quinquenal. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009. Sentença submetida ao reexame necessário, na forma do que dispõe o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.*

*Apelou a União Federal para alegar a constitucionalidade da inclusão do ISS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins. Alega, ainda, a impossibilidade de se estender os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal ao ISS. Aduz a necessidade de comprovação dos recolhimentos indevidos de todo o período compreendido. Quanto à compensação, requer que seja efetuada somente dos valores cuja a prova de recolhimento conste nos autos.*

*Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.*

*O Ministério Público Federal deixou de opinar sobre o mérito, em razão da ausência do interesse público que justificasse sua intervenção*

*É o relatório.*

*Passo a decidir com fulcro no art. 932 e incisos do Código de Processo Civil de 2015.*

*Ressalto, de início, a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos, notadamente quando já existe pronunciamento consistente dos Tribunais Superiores acerca da matéria preliminar ou do próprio mérito, como é o caso ora examinado.*

*A decisão monocrática do relator do recurso, com fulcro no art. 932 e incisos do CPC/15, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.*

*Não assiste razão à União Federal e à remessa necessária.*

*Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.*

*Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

*Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johansom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016.*

*Por identidade de razões, o referido posicionamento do C. STF ao reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS deve ser estendido ao ISS.*

*Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS e do ISS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.*

*Inicialmente, deixo anotado que passo a adotar o entendimento do C. STJ, no julgamento do ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998, in verbis: No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária", também perfilhado por esta E. Sexta Turma, nos termos do acórdão proferido na AMS 0000922-62.2017.4.03.6002, de voto vencedor do Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 19/04/2018; DJ 14/05/2018, abaixo transcrito:*

**APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DO DIREITO DE A IMPETRANTE COMPENSAR OS INDÉBITOS RECOLHIDOS, OBSERVADOS OS DITAMES LEGAIS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.**

*1. Aplica-se ao presente caso o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*

*2. Reconhecido o direito da apelante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.*

*3. É difícil cogitar de empresa comercial que não tenha que recolher tanto o PIS/COFINS quanto o ICMS, de modo que a ausência de DARFs comprobatórios de que a empresa AGROINDUSTRIAL SAO FRANCISCO LTDA recolheu as contribuições (onde incluído o ICMS) não pode prejudica-la. Ademais, caberá ao contribuinte avistar-se com a Receita Federal no procedimento compensatório (sempre sujeito a conferência), e lá a empresa haverá de juntar os documentos comprobatórios de que houve o recolhimento indevido do tributo; aqui, se pede apenas a declaração do direito de compensar.*

*4. Mister reconhecer à impetrante o direito à repetição e compensação dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores recolhidos a título de ICMS. A correção do indébito deverá ser feita pela Taxa SELIC (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o prazo prescricional quinquenal (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); a incidência do art. 170-A do CTN (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado*

em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016); e a impossibilidade de compensar débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei 11.457/07. Precedentes: AgRg no REsp. 1.573.297/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 13.5.2016 - AgInt nos EDcl no REsp 1098868/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017.

Assim, no caso em espécie, a condição de credora tributária exsurge do objeto social da apelada-impetrante, consistente em diversas atividades do ramo de comércio e de serviços, nos termos de seu contrato social (id 33167982).

Insta considerar que a compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco, sendo certo que o reconhecimento do direito de compensação não implica em reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária no prazo do art. 150, § 4º, do CTN.

No tocante a prescrição, matéria de ordem pública, o prazo prescricional a ser observado na espécie é o quinquenal, alcançando as parcelas recolhidas anteriormente a cinco anos da impetração, conforme já reconhecido pela jurisprudência pátria.

Deve ser observado o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito.

A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS e do ISS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Em relação à correção monetária, pacífico é o entendimento segundo o qual esta se constitui mera atualização do capital, e visa restabelecer o poder aquisitivo da moeda, corroída pelos efeitos nocivos da inflação, de forma que os créditos do contribuinte devem ser atualizados monetariamente desde a data do recolhimento indevido (Súmula STJ 162) até a data da compensação, com a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/15, **nego provimento à apelação e à remessa oficial.**

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

Inicialmente, deve ser afastada a matéria preliminar.

Não ocorreu o alegado julgamento *ultra petita*, uma vez que o relatório da decisão é claro ao mencionar que se trata apenas de ISS no caso em análise.

Deve ser apenas corrigido, de ofício, o erro material ocorrido nos parágrafos abaixo citados, para suprimir os termos “do ICMS e”, passando a ter a seguinte redação:

*Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ISS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado.*

*A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ISS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS (...)*

Afastada também a alegação da necessidade de suspensão do feito até o final julgamento do RE 592.616, pelo C. STF, uma vez que o reconhecimento da existência de repercussão geral sobre o tema, sem a determinação de suspensão nacional, no tocante ao objeto do feito, não constitui impedimento ao julgamento deste recurso.

No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706, estendido ao ISS, por identidade de razões.

Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

Em face de todo o exposto, **de ofício, corrijo o erro material, rejeito a matéria preliminar e nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

## **E M E N T A**

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 574.706. SOBRESTAMENTO DO FEITO SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 592.616, SEM DETERMINAÇÃO DE

## SUSPENSÃO NACIONAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Corrigidos, de ofício, os erros materiais ocorridos nos parágrafos que passam a ter a seguinte redação: “Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ISS em suas bases de cálculo...” e “A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ISS ...”.

2. Afastada a matéria preliminar arguida, uma vez que o reconhecimento da existência de repercussão geral sobre o tema (RE 592.616), sem a determinação de suspensão nacional no tocante ao objeto do feito, não constitui impedimento ao julgamento deste recurso.

3. Aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*, exclusão estendida também ao ISS nas mesmas bases de cálculo, por identidade de razões.

4. Desnecessário aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

5. Ausente motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

6. Erro material corrigido de ofício, matéria preliminar rejeitada e Agravo interno improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, de ofício, corrigiu o erro material, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.