



Número: **1016803-26.2021.4.01.3400**

Classe: **PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**

Órgão julgador: **16ª Vara Federal Cível da SJDF**

Última distribuição : **26/03/2021**

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

Assuntos: **ISS/ Imposto sobre Serviços, Cofins, PIS**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

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

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
CLINICA DE RADIOLOGIA ODONTOLOGICA FENELON LTDA (AUTOR)	BRUNO DE AZEVEDO MACHADO (ADVOGADO) ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO (ADVOGADO)
UNIÃO FEDERAL (REU)	
UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) (REU)	

Documentos

Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
85399 4131	13/12/2021 11:19	<u>Decisão</u>	Decisão



PROCESSO: 1016803-26.2021.4.01.3400

CLASSE: PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7)

POLO ATIVO: CLINICA DE RADIOLOGIA ODONTOLOGICA FENELON LTDA

REPRESENTANTES POLO ATIVO: BRUNO DE AZEVEDO MACHADO - DF23098 e ROBERTO DE SOUZA MOSCOSO - DF18116

POLO PASSIVO: UNIÃO FEDERAL e outros

DECISÃO

Trata-se de ação ordinária aforada por **CLÍNICA DE RADIOLOGIA ODONTOLOGICA FENELON LTDA** em face da **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**, objetivando, em caráter de tutela provisória de evidência, obter provimento jurisdicional nos seguintes termos:

"I – reconhecendo-se a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, e declarando o direito do autor de não mais incluir o ISS na base de cálculo para recolhimento do PIS e da COFINS, tanto na vigência da Lei Complementar 70/91 e das Leis nºs 9.715/98 e 9.718/98 ("faturamento" como base de cálculo do PIS e da COFINS), quanto no período de vigência das Leis nº. 10.637/02 e 10.833/03 ("receita" como base de cálculo do PIS e da COFINS), quanto na vigência da atual redação que lhes foi atribuída pela Lei nº 12.973/2014, e/ou qualquer outra legislação infraconstitucional que assim estabeleça, porque tal exigência viola 195, I, "b", da Constituição Federal (e assim também os artigos 145, § 1º e 150, I, da CF e o artigo 110 do CTN, vez que tal montante não tem natureza de faturamento ou receita própria, pois sempre só esteve e estará momentaneamente e provisoriamente em poder da Autora, não como receita ou faturamento próprio, mas em razão do encargo que legalmente lhe é atribuído, consiste no dever de arrecadá-lo e subsequentemente repassá-lo ao Estado.

II – Abstenha de qualquer cobrança, bem como, que tal fato seja motivo para se negar a expedição de certidão negativa de débitos – CND

III – Impeça a inclusão no CADIN, entre outros atos sancionatórios."

Sustenta, em suma, a ilegalidade da exação, uma vez que seria equivocado o entendimento de que o ISS estaria incluído no conceito de "faturamento". Nesse sentido, aduz que o ISS não pode servir de elemento para compor a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.



A inicial foi instruída com documentos.

Custas recolhidas (ID 519498498).

A análise do pedido de tutela de evidência foi postergada para após a realização do contraditório (ID 677384494).

Contestação apresentada (ID 706558030).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. **Decido.**

O art. 311, II, IV, do CPC, estabelece que a tutela de evidência poderá ser concedida, independentemente da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, e liminarmente (parágrafo único), quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado de súmula vinculante.

Em análise perfunctória dos autos, tenho que se encontra presente a probabilidade do direito, uma vez que o STF deu provimento ao RE 240.785-2/MG, no sentido de que a inclusão do ICMS, como faturamento, na base de cálculo do PIS e da COFINS, representa violação ao art. 195, I, da CF. A tese foi reiterada no julgamento do RE 574.706, submetido à sistemática da repercussão geral.

Transcrevo, a seguir, a ementa do julgado:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)



Além disso, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já se manifestou pela exclusão do ISS, à semelhança do ICMS, da base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme se verifica do seguinte aresto:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS E ISS. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O ICMS e o ISS não devem integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS. Precedentes do TRF 1ª Região. 2. Agravo regimental não provido.” (AGA 0039234-67.2013.4.01.0000/DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, OITAVA TURMA, e-DJF1 p.3228 de 05/12/2014, grifo nosso)

Cabe reforçar que, conforme entendimento jurisprudencial, as empresas prestadoras de serviços são tributadas pelo ISS (imposto municipal), que, assim como o ICMS (imposto estadual), está embutido no preço dos serviços praticados. Desse modo, **o mesmo raciocínio para a exclusão/inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é cabível para manter ou excluir o ISS.**

Nesse sentido:

“PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. PIS - COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ISS. NÃO CABIMENTO. COMPENSAÇÃO. 1. A segunda parte do art. 4º da LC 118/2005 foi declarada inconstitucional, e considerou-se válida a aplicação do novo prazo de cinco anos apenas às ações ajuizadas a partir de 9/6/2005 - após o decurso da vacatio legis de 120 dias (STF, RE 566621/RS, rel. ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 11/10/2011). 2. As empresas prestadoras de serviços são tributadas pelo ISS, imposto municipal, que, assim como o ICMS (tributo estadual), está embutido no preço dos serviços praticados. 3. **O raciocínio adotado para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS também é cabível para excluir o ISSQN.** 4. O ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto no julgamento do RE 240785/MG, deu provimento ao recurso interposto pelo particular, por entender que inclusão do ICMS, como faturamento, na base de cálculo da COFINS configura violação ao art. 195, I, da CF. 5. Apelação a que se dá parcial provimento. (AMS 00023907820144013300, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJF1 DATA:12/12/2014, grifei)”

“PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - **INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E DA COFINS - ILEGITIMIDADE - NÃO-SUBSUNÇÃO DO ISSQN AO CONCEITO DE FATURAMENTO** - CF/88, ART. 195, I - RE Nº 240.785/MG - AÇÃO AJUIZADA APÓS 08/06/2005. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OBSERVÂNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. 1. Conforme disposição legal, a base de cálculo das contribuições para o PIS (Lei 10.637/2002) e para a COFINS (Lei 10.833/2003) é o faturamento, o qual foi equiparado ao total das receitas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. 2. **O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza () - ISSQN imposto retido pelo contribuinte por obrigação legal, não é receita da empresa, sendo valor de titularidade do fisco municipal. Ainda que se leve em conta o conceito**



amplo de 'todas as receitas obtidas pela pessoa jurídica', não pode ser considerado faturamento, e, portanto, não pode ser incluído na base de cálculo de PIS ou COFINS. 3. Reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, considera-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 sobretestados. Recurso extraordinário desprovido. (Cf. RE 566621/RS, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Dje 11/10/2011; p. 273). 4. Correção monetária pela Taxa SELIC, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do recurso repetitivo do art. 543-C do Código de Processo Civil. (Cf. REsp 1270439/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, Dje 02/08/2013). 5. Apelação provida para eximir o autor da inclusão do ISSQN na base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS, observada a prescrição quinquenal." (AC 0072813-20.2015.4.01.3400/DF, Relator Desembargador Federal José Amilcar Machado, Sétima Turma, decidido em 04/04/2017, decidido em 20/04/2017, no e-DJF1, grifei).

Assim, em observância à jurisprudência sobre o tema, resta caracterizada a probabilidade do direito alegado.

Por essas razões, **defiro o pedido de tutela de evidência** para determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao recolhimento, pela requerente, das contribuições sociais PIS e COFINS com a inclusão do ISS em suas bases de cálculo, devendo a ré se abster de impor à autora quaisquer restrições decorrentes do não pagamento de tais exações.

Publique-se. Intime-se. Cite-se.

GABRIEL ZAGO C. VIANNA DE PAIVA

Juiz Federal Substituto da 16ª Vara/DF

