


**TRIBUNAL REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
**PRESIDENTE:**

Desembargador Federal Castro Aguiar

**VICE-PRESIDENTE:**

Desembargador Federal Fernando Marques

**CORREGEDOR-GERAL :**

Desembargador Federal Sergio Feltrin

**COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:**

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund – *Presidente*  
 Desembargadora Federal Liliâne Roriz  
 Desembargador Federal Abel Gomes  
 Desembargador Federal André Fontes - *Suplente*

**DIRETOR GERAL:**

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

**PROJETO EDITORIAL:**

Alexandre Tinel Raposo (SED)

**COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:**

Sérgio Mendes Ferreira (ATED/SED)

**COORDENAÇÃO EDITORIAL:**

Carmem Lúcia de Castro (DIJAR/SED)

**GERENCIAMENTO DE MATÉRIAS:**

Ana Cristina Lana Albuquerque (SEJURI/DIJAR/SED)

**SELEÇÃO, REDAÇÃO E REVISÃO:**

Seção de Jurisprudência (SEJURI/DIJAR/SED)

**DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:**

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

**PERIODICIDADE:** quinzenal**TIRAGEM:** 2.500 exemplares**ESTA EDIÇÃO ESPECIAL****PIS/COFINS**

O PIS (Programa de Integração Social), juntamente com seu congênere PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público), foi criado pela Lei Complementar 07, de 7 de setembro de 1970, que dispôs sobre a sua finalidade e sobre a arrecadação da contribuição que o financiaria.

Já a COFINS, sucedânea do FINSOCIAL (considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal), foi instituída pela Lei Complementar 70, de 30 de dezembro de 1991, com o objetivo de financiar a seguridade social.

Ao longo dos anos, problemas com as duas contribuições motivaram um grande número de ações judiciais reivindicando isenções; questionando a ampliação de sua base de cálculo e a majoração de sua alíquota, bem como a possibilidade de compensação, quando indevido ou excessivo o pagamento.

Os julgados, extraídos das decisões das turmas especializadas desta Corte e também de outras cortes regionais federais, além das superiores, que apresentaremos a seguir, revelarão o deslinde de algumas dessas questões.

*Este informativo não se constitui em repositório oficial da jurisprudência do TRF – 2ª Região. Para críticas ou sugestões, entre em contato com [jornalinfojur@trf2.gov.br](mailto:jornalinfojur@trf2.gov.br)*

**TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO**

Rua Acre, nº 80 – Centro – Rio de Janeiro/RJ

Cep.: 20081-000 – Tel.: (21) 2276-8000

[www.trf2.gov.br](http://www.trf2.gov.br)

**2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO**
**EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL**

Processo: 98.02.33740-4 RJ

DJ de 10/09/2007, p. 170

Relator: Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Embargante: G. B. C. N. S.

Embargado: União Federal / Fazenda Nacional

**TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM AC. IMÓVEIS PRÓPRIOS. LOCAÇÃO. INCIDÊNCIA DA COFINS. LC 70/91.**

O embargante pretende fazer prevalecer o entendimento do voto vencido, que acompanhou os fundamentos da sentença, por entender que a locação de imóveis próprios e o recebimento de juros de aplicações financeiras próprias não poderiam ser conceituadas como prestação de serviços pela autora a autorizar a incidência da COFINS. Os embargos não merecem prosperar. O art. 2º, da Lei Complementar 70/91, determinava a incidência da COFINS sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. A parte autora administra e aluga bens imóveis que podem ser próprios ou de terceiros, de modo que faz parte de sua atividade empresarial e sobre tais receitas deve incidir a COFINS. Assim, as receitas de locação de bens imóveis próprios e de operações ou aplicações financeiras, como resultado econômico da atividade empresarial exercida, sujeitam-se à incidência da COFINS. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a COFINS, instituída pela LC 70/91, incide sobre a comercialização e locação de imóveis. As sociedades ou empresas imobiliárias, incluindo as de incorporação, corretagem e vendas, empreitada, administração, construção e locação de imóveis, estão obrigadas ao pagamento da COFINS. Negado provimento aos embargos infringentes.

**POR MAIORIA, NEGADO PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES.**

**INCIDÊNCIA DA COFINS NA LOCAÇÃO DE IMÓVEIS**

Empresa do ramo de seguros opôs embargos infringentes a acórdão que, por maioria, deu provimento à remessa e à apelação da União, no sentido de que a locação de imóveis próprios e o recebimento de juros de aplicações financeiras próprias são conceituados como prestação de serviços, autorizando a incidência da COFINS.

Sustentou, em sua fundamentação, que é sociedade anônima e que o seu objetivo social é unicamente a locação de imóveis próprios, advindo suas receitas exclusivamente da locação de tais imóveis ou do recebimento de juros sobre aplicações financeiras próprias, inocorrendo a incidência da COFINS, por serem estranhos à base de cálculo da mencionada contribuição. Aduziu que somente com a vigência da Lei nº 9.718/98, que promoveu alterações na Lei Complementar 70/91, passou a existir a hipótese de incidência da COFINS sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, de modo que, no período anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.718/98, não ocorre a incidência.

Entendeu, em seu voto, o Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, que o recurso não merecia prosperar.

Considerou o Relator que o artigo 2º, da Lei Complementar 70/91 determinava a incidência da COFINS sobre o faturamento mensal, aí considerada a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Constatou que a empresa administra e aluga imóveis que podem ser próprios ou de terceiros, de modo que faz parte da sua atividade empresarial e sobre tais receitas deve incidir a COFINS.

Por derradeiro, exibiu exemplos de que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a COFINS, instituída pela LC 70/91, incide sobre a comercialização e locação de imóveis, incluindo-se as atividades de comércio e indústria da construção civil, engenharia civil e incorporação, porquanto o imóvel é um bem suscetível de transação comercial e se insere no conceito de mercadoria.

Precedentes Jurisprudenciais citados pelo Relator:

- STJ
  - ⇒ Ag Rg no REsp 501634PR (DJ de 15/08/2005, p. 236) – Segunda Turma – Relator: Min. ELIANA CALMON.
  - ⇒ REsp 693175/SP (DJ de 3/10/2005, p. 138) - Primeira Turma - Min. FRANCISCO FALCÃO.

**2ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO****RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

Processo: 2002.50.01.001519-3 ES

DJ de 31/10/2007, P. 266

Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: V. C.

PROCESSUAL PENAL - FALTA DE RECOLHIMENTO DO PIS/COFINS - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA - UTILIZAÇÃO DE SUPOSTOS CRÉDITOS DECORRENTES DA MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA INTRODUZIDA PELOS DECRETOS-LEIS 2445 E 2449, AMBOS DE 1998 - DEPENDÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO - PROCEDIMENTO FISCAL - CONSTATAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS CRÉDITOS - AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO - FIM DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PROPOSITURA DA DENÚNCIA - REJEIÇÃO AO FUNDAMENTO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1 - A denúncia que descreve fato de possível lesão à ordem jurídica penal, com suas circunstâncias essenciais, qualificando o acusado e classificando o crime, é peça apta deflagrar a ação penal. A sua rejeição somente pode ocorrer se evidente e de plano se verifica que o fato narrado não configura crime.

2 - A apreciação da conduta do contribuinte, se dolosa ou não, ao realizar a compensação tributária é questão atinente ao curso da instrução criminal.

3 - Recurso em sentido estrito provido.

**POR UNANIMIDADE, PROVIDO O RECURSO.**

**NÃO-RECOLHIMENTO DO PIS/COFINS - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA**

O MPF interpôs recurso em sentido estrito de decisão que rejeitou denúncia com fundamento no artigo 43, do inciso I, do Código de Processo Penal, por considerar atípica a conduta do contribuinte que realizou compensação tributária dependente de

homologação pela fiscalização tributária, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Ao denunciado era imputada a prática de conduta descrita no artigo 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/90 c/c o artigo 71, do Código Penal: a partir de falsas declarações, o denunciado procedia compensações irregulares de débitos com créditos tributários inexistentes.

Observou, em seu voto, o Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, que, realizada a compensação tributária, a sua confirmação era dependente de homologação pelo Fisco que, durante o contencioso administrativo, constatou inexistirem os créditos utilizados pelo contribuinte para saldar a obrigação tributária. O processo administrativo-fiscal apurou débitos do contribuinte, relativos ao PIS e à COFINS. Após o lançamento definitivo do crédito, o Ministério da Fazenda enviou a representação fiscal para fins penais, sendo, então, proposta a denúncia.

A denúncia cumpriu as exigências do CPP e deve ser recebida, pois contém a descrição do delito, a qualificação do acusado e a tipificação do fato. Sua rejeição só se justificaria se o fato narrado não constituísse crime, o que não ocorre no caso em exame. Necessária, portanto, se torna a instauração da ação penal para que, durante a instrução criminal, se possa determinar se foi criminoso ou não a conduta do contribuinte.

Precedente jurisprudencial referido pelo Relator:

- STJ  
⇒ HC 41568 (DJ de 12/09/2005, p.337) - Sexta Turma - Relator: Min. PAULO MEDINA.

**2ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO****HABEAS CORPUS**

Processo: 2005.02.01.013032-3 ES

DJ de 20/03/2006, p. 211

Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO

Relator para acórdão: Desembargadora Federal LILIANE RORIZ

Impetrante: E. V. S.

Paciente: L. R. C. e outros

Impetrado: Juízo Federal da 5ª Vara - Espírito Santo

*HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. DESNECESSIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. COMPROVAÇÃO DA FRAUDE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA.*

1. Subsumir-se a tipicidade dos crimes tributários ao exaurimento da via administrativa, ao argumento de que este constitui condição de procedibilidade nestas espécies de delitos, implicaria no reconhecimento de que todos os crimes tributários são materiais, exigindo o resultado para a sua consumação, ou, *ad argumentandum tantum*, ainda que fossem desta natureza, não se trataria, em verdade, de condição de procedibilidade, mas de elemento do próprio tipo penal.

2. Subordinar a atuação do Judiciário e do Ministério Público à prévia conclusão do processo administrativo além de violar o princípio da independência entre as instâncias criminal e administrativa, bem como do fato de que pode se dar uma das hipóteses de extinção do crédito tributário previstas no art. 156 do CTN, como por exemplo a prescrição, a decadência ou a remissão, sem que ilida, necessariamente, a supressão ou redução do tributo por parte do contribuinte e, conseqüentemente, do crime de sonegação fiscal.

3. A denúncia imputa aos pacientes a omissão na declaração de diversos tributos - IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI arrecadado de terceiros -, com o fim de eximirem-se do seu pagamento.

4. A atividade econômica desenvolvida pelos mesmos - industrialização e comercialização -, bem como a constituição da empresa como sociedade anônima, permite concluir que os pacientes tinham assessoria contábil e jurídica, logo, a absoluta ocultação de dados contábeis, se deu, invariavelmente, com vistas à supressão de tributos.

5. Não comportando a via estreita do habeas

corpus qualquer dilação probatória, e, imputando a denúncia a prática dos delitos previstos nos arts. 1º, incisos I e II, e parágrafo único, e art. 2º, incisos I e II, todos da Lei nº 8.137/90, os quais tipificam a conduta de supressão ou redução de tributos mediante omissão ou fraude na declaração, existe a possibilidade de, no decorrer da instrução criminal, restar caracterizada a utilização, pelos acusados, de manobras fraudulentas ou escusas para efetivação da sonegação fiscal, razão pela qual mostra-se temerária a suspensão do processo e do prazo prescricional.

6. Ordem denegada.

**POR MAIORIA, DENEGADA A ORDEM.**

### SONEGAÇÃO FISCAL - FRAUDE

Em favor de quatro pacientes, foi impetrado Habeas Corpus, objetivando a suspensão de ação penal instaurada perante a 5ª Vara Federal de Vitória - Espírito Santo, para apurar o delito descrito no artigo 1º, I e II e § único e artigo 2º, I e II, todas da Lei nº 8.137/90.

O fundamento alegado para a interpretação foi a ausência de justa causa para ação penal ante a inexistência de decisão administrativa no recurso administrativo interposto em procedimento fiscal, no qual foi solicitada a suspensão da exigibilidade do tributo; anexou-se certidão expedida pelo Ministério da Fazenda de que o processo administrativo encontra-se "em julgamento". O juiz monocrático determinou o prosseguimento da ação penal, não obstante a pendência de solução do processo administrativo.

O Relator originário, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, declarou-se de acordo com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão por ele transcrito (HC 81.611/DF - DJ de 13/05/2005), segundo o qual a Suprema Corte fixa a constituição definitiva do crédito tributário como condição objetiva para a continuidade da ação penal. Ponderou que, no caso em exame, a denúncia noticia que os ora pacientes, na qualidade de diretores de empresa, omitiram, na contabilidade e nas declarações de Imposto de Renda, receitas obtidas através de suas atividades econômicas, apresentando declarações em branco a fim de se eximirem do pagamento do IRPJ e da CSLL.

Considerou que a ação penal trata somente do delito de sonegação fiscal, não havendo indícios da prática de fraudes ou de qualquer outro delito praticado com a intenção de se suprimir ou reduzir tributo, pelo que julgou prudente a suspensão do feito até a decisão final quanto à impugnação do crédito tributário em questão, pelo fato de que nem mesmo se pode afirmar existente a materialidade delitativa exigida para a instauração do procedimento penal.

Face ao exposto, votou no sentido de se conceder parcialmente a ordem para suspender a ação penal, suspendendo-se a prescrição por igual período.

Entendimento diverso teve a Desembargadora Federal LILIANE RORIZ, cujo voto se tornou vencedor, não concordando com a subordinação da atuação do Judiciário e do Ministério Público à prévia conclusão do processo administrativo, tanto em decorrência da independência entre as instâncias criminal e administrativa, como do fato de que pode se dar uma das hipóteses de extinção do crédito tributário previstas no artigo 156, do Código Tributário Nacional sem que ilida, necessariamente, o crime de sonegação fiscal.

Aduziu que a compreensão de que a decisão quanto à ocorrência ou não do fato gerador do tributo e a legalidade de sua cobrança sejam atribuição única e privativa da Administração Pública, redundaria na impossibilidade de o contribuinte utilizar-se do Poder Judiciário para questionar a incidência do tributo.

Referiu-se à decisão recente do STJ, e posteriormente à proferida no precedente citado pelo Desembargador Federal MESSOD AZULAY, expedida no RHC 13081/PR (DJ de 16/05/2005, p. 415). Na mencionada decisão, proclama a ementa: *"o exaurimento da via administrativa não constitui condição de procedibilidade para o início da persecução penal pela prática de crime contra a ordem tributária"*. Ante o exposto, denegou a ordem, determinando o regular procedimento da ação penal.

Outro precedente jurisprudencial citado pela Relatora para acórdão:

- TRF-2
  - ⇒ ACR 2004.50.01.000352-4 (DJ de 22/09/2005, p. 110 e 111) - Segunda Turma Especializada - Relatora: Juíza Federal Convocada ANA PAULA VIEIRA DE CARVALHO.

### 3ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2000.02.01.057987-0 RJ

DJ de 22/05/2007, pp. 171 e 172

Relator: Juiz Federal Convocado JOSÉ NEIVA

Apelante: União Federal / Fazenda Nacional

Apelado: M. E. I. S/A

"TRIBUTÁRIO. PIS. RECEITAS PROVENIENTES DA VENDA E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA. §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL.

1. As atividades de comprar, alugar, vender imóveis e intermediar negócios imobiliários estão sujeitas ao PIS, porque caracterizam a compra e venda de mercadorias, em sentido amplo, como o empregou o legislador, e este utilizou a palavra faturamento como resultado das vendas realizadas pela empresa, quer com bens móveis, quer com bens imóveis. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O Supremo Tribunal Federal, concluindo o julgamento do RE 346.084 (rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 9.11.2005), em que se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, que ampliou a base de cálculo da COFINS e do PIS, declarou, por maioria, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, entendendo que esse dispositivo, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento prevista no art. 195, I, "b", da Constituição Federal, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

3. Imperativo consignar que a Lei nº 10.637/2002, a qual revitalizou o conceito amplo de faturamento, antes previsto na Lei nº 9.718/98, não é discutida nestes autos.

4. Remessa necessária e apelo conhecidos e parcialmente providos".

**POR UNANIMIDADE, DADO PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E À APELAÇÃO.**

## PIS - INCIDÊNCIA SOBRE RECEITAS DA VENDA E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

O recurso da empresa impetrante objetivava o não-recolhimento do PIS sobre suas receitas brutas que não decorriam exclusivamente da venda de mercadoria e serviços, tampouco sobre as receitas brutas decorrentes da venda e locação de imóveis.

A juíza sentenciante concedeu a segurança, *"para declarar a inexigibilidade da cobrança da contribuição para o PIS da parte autora nos moldes da Lei nº 9.718/98, mantendo-se o recolhimento na forma da Lei Complementar nº 7, de 1970, e da Lei nº 9.715, de 1998"*. A decisão foi encaminhada à reapreciação necessária em segundo grau.

A impetrante opôs embargos de declaração, que, acolhidos, alteraram a parte dispositiva da sentença, que passou a ter a seguinte redação:

*"Tudo posto, concedo a segurança, para declarar a inexigibilidade da cobrança-contribuição para o PIS da parte autora nos moldes da Lei nº 9.718, de 1998, bem como sobre as suas receitas brutas decorrentes de venda e/ou locação de imóveis, mantendo-se o recolhimento na forma da Lei Complementar nº 7, de 1970, e da Lei nº 9.715, de 1998"*.

Além da remessa necessária, a União interpôs apelação.

Na análise do julgado, o Juiz Federal Convocado JOSÉ NEIVA apreciou, inicialmente, o pedido quanto à inexigibilidade do PIS, sobre as receitas oriundas de locação e venda de imóveis, sob o fundamento de que não estariam compreendidas no conceito de faturamento.

À vista da Lei nº 9.718/98, analisou o Relator estarem as atividades relativas à compra, aluguel e venda de imóveis, bem como a sua intermediação, sujeitas ao PIS por se caracterizarem como compra e venda de mercadorias, em sentido amplo, como o denominou o legislador, sendo a palavra "faturamento" utilizada como o resultado das vendas realizadas pela empresa, quer com bens móveis, quer com bens imóveis.

Citou Julgados do STJ em apoio a esse entendimento:

- ⇒ REsp 652371 PE (DJ de 4/10/2004, p. 271) - Segunda Turma - Relator: Min. Castro Meira
- ⇒ REsp 706725 PR (DJ de 10/10/2005, p. 330) - Segunda Turma - Relator: CASTRO MEIRA
- ⇒ Ag Rg no REsp 640295 PB (DJ de 22/11/2004, p. 283) - Primeira Turma - Relator: Min. LUIZ FUX

Quanto ao pedido de não-recolhimento do PIS sobre as receitas oriundas das demais atividades desenvolvidas pela impetrante, não compreendidas no conceito constitucional de faturamento, o mesmo foi deferido, à vista da decisão do STF no julgamento do RE 346084 (DJ de 9/11/2005), que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de renda bruta para toda e qualquer receita, violando a noção de faturamento prevista no artigo 195, I, "b", da Constituição.

Assim, deu o Relator parcial provimento à remessa necessária e à apelação, concedendo, em parte, a segurança.

### 3ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2002.51.02.001055-8 RJ

DJ de 1/03/2007, p. 238

Relator: Desembargador Federal PAULO BARATA

Apelante: G. C. e C. P. S. Ltda

Apelado: União Federal / Fazenda Nacional

TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - COFINS - INOVAÇÃO DA LIDE EM SEDE RECURSAL (IMPOSSIBILIDADE) - RECURSO CONHECIDO EM PARTE - COOPERATIVA - LEI Nº 5.764/71 - PIS - MP Nº 1.858/99 - LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 1º (INCONSTITUCIONALIDADE) - NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS.

1. A autora pretende inovar em sede recursal, trazendo a exame deste Tribunal pedido diverso do constante da inicial, o que não é possível, sob pena de ofensa ao art. 264 do CPC e de suprimir uma instância.

2. A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (DOU de 16/12/1998) não tem força para legitimar o texto do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação, em 28 de novembro de 1998.

3. Prevalece, no confronto com a Lei nº 9.718/98,

para fins de determinação da base de cálculo do tributo em tela a legislação anterior.

4. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 346.084/PR, 358.273/RS e 390.840/MG, firmou sua posição pela inconstitucionalidade da ampliação do conceito de receita bruta para toda e qualquer receita (Lei nº 9.718/98, art. 3º, § 1º), diante da afronta à noção de faturamento (art. 195, I, b, da CF).

5. Os atos cooperativos (Lei nº 5.764/71, art. 79) não geram receita nem faturamento para as sociedades cooperativas. Não compõem, portanto, o fato imponível para o PIS.

6. Em se tratando de mandado de segurança, não são devidos honorários de advogado. Aplicação das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

7. Apelação conhecida em parte e, nessa parte, provida.

**POR UNANIMIDADE, CONHECIDO, PARCIALMENTE, O RECURSO, E, NA PARTE CONHECIDA, DADO PROVIMENTO.**

#### **COFINS - INOVAÇÃO DA LIDE EM SEDE RECURSAL**

Visando afastar a exigibilidade do PIS sobre os atos cooperativos próprios de suas finalidades, cooperativa de consultoria e prestação de serviços interpôs apelação em mandado de segurança, impetrado em face do Delegado da Receita Federal em Niterói, visando reformar a sentença que denegou a segurança.

Alegou a impetrante praticar exclusivamente o ato cooperativo, não ter receita, ser isenta da COFINS ser ilegítima a revogação da isenção, ser impossível medida provisória alterar lei complementar.

A União contra-arrazoou, alegando que o recurso da impetrante não preencheu os pressupostos da admissibilidade, por não enfrentar os fundamentos da sentença, e por não ter observado adequadamente o objeto da ação, tendo em vista que o requerimento inicial se refere apenas ao PIS e o recurso pediu a exclusão do COFINS/PIS.

O Relator pronunciou-se, inicialmente, sobre a alegada ausência do pressuposto de admissibilidade do recurso, e julgou-a improcedente.

Observou, no entanto, que o pedido inicial restringiu-se à declaração de inexigibilidade do PIS sobre os atos cooperativos próprios; em sede de apelação, ampliou o pedido para incluir a não-incidência da COFINS. Pretendeu, assim, inovar em sede recursal, o que não é possível, sob pena de ofensa ao artigo 264 do Código de Processo Civil e de suprimir uma instância.

Conheceu, pois, o Relator - Desembargador Federal PAULO BARATA - da apelação, tão-somente no que concerne ao PIS.

Quanto ao mérito, após discorrer sobre a Lei nº 9.718/98 e a controvérsia estabelecida em torno do parágrafo 1º do artigo 3º, da referida Lei, concedeu o Relator a segurança, para declarar a inexigibilidade do PIS sobre os atos cooperativos, face ao que estabelece o artigo 79, da Lei nº 5.764/71.

Precedentes jurisprudenciais referidos pelo Relator:

- STF
  - ⇒ RE 346084 PR (DJ de 1/09/2006, p. 19) - Tribunal Pleno - Relator s/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO.
- STJ
  - ⇒ Ag Rg no REsp 761326 DF (DJ de 21/09/2006, p. 224) - Primeira Turma - Relator: Min. LUIZ FUX.

#### **3ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO**

##### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Processo: 2005.02.01.011634-0 RJ

DJ de 12/02/2007, p. 261

Relator: Juiz Federal Convocado ROGERIO TOBIAS DE CARVALHO

Agravante: União Federal / Fazenda Nacional  
Agravado: L. F. O. P. M.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO - DECISÃO - DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE MERCADORIAS - PIS - COFINS - INEXIGIBILIDADE - INSCRIÇÃO NO SIMPLES - DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA*.

1 - A agravante pretende modificar o entendimento firmado na decisão agravada,

alegando que "verifica-se flagrante a teratologia da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal a quo, eis que incide em verdadeira afronta à Lei nº 10.865/2004, sendo contrária ao dispõe o art. 195, IV, da CF/88".

2 - Esta Corte tem deliberado que apenas em casos de decisão teratológica, com abuso de poder ou em flagrante descompasso com a Constituição, a lei ou com a orientação consolidada de Tribunal Superior ou deste tribunal justificaria sua reforma pelo órgão ad quem, em agravo de instrumento, sendo certo que o pronunciamento judicial impugnado não se encontra inserido nessas exceções (AG nº 2003.02.01.008962-4, Terceira Turma, Des. Fed. Tania Heine, DJU de 17/05/2004, pág. 272; AG nº 99.02.10697-8, Quinta Turma, Des. Fed. Raldênio Bonifácio Costa, DJU de 01/06/2000; AG nº 99.02.05560-4, Quarta Turma, Des. Fed. Rogério Carvalho, rel. para acórdão Des. Fed. Fernando Marques, DJU de 19/09/2002, pág. 303; AG nº 99.02.14432-2, Primeira Turma, Des. Fed. Ney Fonseca, DJU de 12/04/2001; AG nº 2000.02.01.052372-4, Segunda Turma, Des. Fed. Sergio Feltrin Correa, DJU de 20/03/2002, pág. 673; AG nº 98.02.09097-2; Terceira Turma, Des. Fed. Arnaldo Lima, DJU 17/11/1999)

3 - Agravo conhecido e desprovido.

**POR UNANIMIDADE NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.**

### FIS/COFINS - DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE MERCADORIAS

Interpôs a União Federal agravo interno contra decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto de decisão do juízo da 21ª Vara Federal / RJ, que deferiu liminar em mandado de segurança, afastando a exigência do PIS e COFINS no registro da declaração de importação para o desembaraço aduaneiro de mercadorias da empresa impetrante, desde que a mesma demonstrasse a sua regularidade com o SIMPLES.

Alegou a agravante flagrante teratologia na decisão proferida pelo juiz a quo, por constituir afronta à Lei nº 10.865/2004, tendo em vista que a referida legislação foi criada para incentivo à economia e não para proteger o vendedor estrangeiro.

Não concordou o Relator, Juiz Federal Convocado ROGERIO TOBIAS DE CARVALHO, com a alegação da agravante, mantendo a decisão monocrática, por nela não encontrar ato manifestamente abusivo ou de interpretação teratológica, face à ausência de comprovação de periculum *in mora* que justificasse a reforma da decisão.

### 4ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO

#### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2002.50.01.006578-0 ES

DJ de 22/05/2007, pp. 179 e 180

Relator: Desembargadora Federal JULIETA LUNZ

Apelante: L. C. R. Ltda

União Federal / Fazenda Nacional

Apelado: Os mesmos

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL - PIS/PASEP - COFINS - LEIS Nºs 9.715/98, 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03 - REQUISITOS CONSTITUCIONAIS - BASE DE CÁLCULO - ALTERAÇÃO DAS ALÍQUOTAS.

I - A questão diz respeito à observância dos requisitos constitucionais das Leis Ordinárias 9.718/98 e 9.715/98 quanto ao PIS/PASEP e COFINS, no que diz respeito à base de cálculo e às alíquotas, princípio da capacidade contributiva, princípio da anterioridade e legalidade das exações, com abordagem das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03.

II - O conceito de faturamento expresso no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal se equipara ao conceito de receita bruta, tal como definida na Lei Complementar 70/91. Deve a receita bruta ou faturamento ser entendida como o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura. Ou seja, faturamento e receita bruta são coisas idênticas quando se entende como receita bruta o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços.

III - A Lei nº 9.718/98, em seu art. 3, § 1º, prevê a incidência da COFINS sobre todas as receitas da empresa, quer tenham elas, quer não, relação com a venda de mercadorias e serviços.



IV - A EC 020/98 e a EC 032/01 incluíram na base de cálculo da COFINS a receita, vocábulo abrangente do faturamento e das demais operações efetuadas pela empresa e que tenham reflexos positivos em seu movimento de caixa. O faturamento desta forma seria a espécie do gênero receita no qual se contém toda e qualquer movimentação financeira da empresa.

V - Após a EC 020/98 e a EC 032/01, tanto a COFINS quanto o PIS e o PASEP têm novo perfil, posto que sua abrangência é mais voltada à realidade dos meios de comercialização de produtos e serviços, os quais nem sempre se sujeitam às tradicionais faturas.

VI - Já no que diz respeito ao PIS/PASEP, foi instituído pela Lei Complementar 07/70 e na atualidade a Lei nº 10.637/02 é expressamente recepcionado pela Constituição Federal, cujo art. 239 não deixa qualquer dúvida.

VII - É forçoso reconhecer que a matéria pertinente ao PIS, inicialmente tratada em lei complementar, passou a receber tratamento através de lei ordinária, a que se refere o art. 239 da CF/88 como lei complementar, donde a legitimidade da Lei nº 10.637/02 em face à EC 32/01.

VIII - A natureza da lei ordinária com a só expressão numérica absoluta do *quorum* da Casa Legislativa que caracteriza a complementar, não afasta a legalidade da exação cuja alíquota vem expressa em lei ordinária, como ocorre com as Leis nºs 10.637/02, 9.718/98 e 9.715/98.

IX - Apreciada a questão quanto à alteração das alíquotas, fato é que a Emenda Constitucional 20/98, bem assim a Lei nº 10.637/02 vêm lastreada em reiteradas afirmações da Suprema Corte quanto à equiparação dos conceitos de faturamento e receita operacional bruta.

X - A propósito da alteração das alíquotas através da Medida Provisória nº 1212 convolada na Lei nº 9.715/98, o E. Supremo Tribunal Federal, através da Adin nº 1417/DF, concluiu pela ocorrência da mitigada inconstitucionalidade de seu art. 18, por infração ao art. 195, § 6º, da Constituição Federal.

**POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA E PROVIDO O RECURSO DA UNIÃO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL.**

## PIS/PASEP - COFINS: BASE DE CÁLCULO E ALTERAÇÕES DE ALÍQUOTAS

Empresa Mercantil e a União Federal apelaram de sentença que concedeu, parcialmente, a segurança requerida pela firma comercial no que se refere à declaração de inexistência da relação jurídicotributária que a obrigasse a recolher encargo com a ampliação da base de cálculo estabelecida na Lei nº 9.718/98.

Sustentou a parte autora a inconstitucionalidade na alteração da base de cálculo do PIS prevista na Lei nº 9.718/98, particularmente no que diz respeito ao conceito de faturamento instituído na Constituição.

A União, por sua vez, proclamou a constitucionalidade da Lei nº 9.718/98, por não existir hierarquia entre lei ordinária e lei complementar. Aduziu que o Supremo Tribunal Federal já definiu que a Lei nº 70/91 só é Complementar do ponto de vista formal, não havendo inconstitucionalidade na sua alteração, formulada por lei ordinária.

Inicialmente, abordou, em seu voto, a Desembargadora Federal JULIETA LUNZ a questão da base de cálculo e do faturamento das empresas, esclarecendo que a delimitação da extensão do conceito de "faturamento" adotado na Constituição Federal e nas Leis nºs 10.637/02, 9.718/98 e 9.715/98, abrange a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. Aduziu que a Lei nº 9.718/98, em seu artigo 3º, § 1º, prevê a incidência da COFINS sobre todas as receitas da empresa, tenham elas ou não relação com a venda de mercadorias e serviços, e que o STF em seus julgados vem entendendo que o conceito de faturamento expresso no artigo 195, inciso I, da Constituição se equipara ao conceito de renda bruta, expresso na Lei Complementar 70/91.

Recordou que o PIS/PASEP, instituído pela Lei Complementar 07/70, foi expressamente recepcionado pela Constituição Federal (artigo 239). Sua constitucionalidade foi apreciada no RE 169.091-7, que reconheceu a base constitucional da exação.

Com sua caracterização como contribuição, a matéria referente ao PIS, inicialmente tratada em lei complementar, passou a receber tratamento através de lei ordinária, inferindo-se daí a legitimidade da Lei nº 10.637/02 em face da

Emenda Constitucional 32/01. Justifica-se, assim, a alteração da alíquota de 2 para 3% face a constitucionalidade do conceito de faturamento, não ocorrendo qualquer violação ao princípio da capacidade contributiva.

Outros precedentes jurisprudenciais citados pela Relatora:

- TRF1
  - ⇒ REO 2000.01.00.027538-9 (DJ de 7/07/2000, p. 141) - Terceira Turma - Relator: Juiz Candido Ribeiro
- TRF-4
  - ⇒ AG 1999.04.01.049258-2 (DJ de 27/10/99, p. 669) - Segunda Turma - Relator: Juíza TÂNIA TERESINHA CARDOSO ESCOBAR

#### 4ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO

##### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2000.02.021402-8 RJ

DJ de 17/01/2007, p. 430

Relator: Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

Apelante: T. R. M. Ltda

União Federal / Fazenda Nacional

Apelado: os mesmos

TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI Nº 9.718/98. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98 CRIA NOVA BASE CONSTITUCIONAL PARA QUE NOVAS NORMAS POSSAM REGULAR A BASE DE CÁLCULO DA COFINS. ART. 8º DA LEI Nº 9.718/98. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DA COFINS. SEM HONORÁRIOS ADOVCA-TÍCIOS.

A Lei Complementar nº 70/91 só é lei complementar sob o aspecto formal, enquanto que, substancialmente, é lei ordinária, de modo que a matéria por ela regulada pode ser alterada por lei ordinária ou por medida provisória. Precedentes: ADC nº 1-1/DF e ADIN nº 1417/DF. O Plenário do eg. Supremo

Tribunal Federal, em decisão proferida no RE nº 39.0840/MG, julgado em 09/11/2005, pacificou o entendimento de ser inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que modificou a base de cálculo referente ao PIS e à COFINS, uma vez que, ao ampliar o conceito de faturamento, instituiu, sem o devido supedâneo constitucional, novas fontes de contribuição. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que implementou modificações na redação original do art. 195, I, da Carta Maior, ampliando a sua base de cálculo para "receita ou faturamento", criou-se uma nova base constitucional para que novas normas pudessem regular a base de cálculo do PIS e da COFINS nos moldes da Lei nº 9.718/98. Destarte, não há mais que se falar em inconstitucionalidade da cobrança da COFINS, após 31 de outubro de 2003, data da promulgação da referida Medida Provisória. No que tange à inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 9.718/98, que prevê a elevação da alíquota e o benefício da compensação, não há óbice a que sejam instituídos por lei ordinária e, na forma que o foram, não violaram qualquer preceito constitucional. A jurisprudência dos tribunais superiores tem se firmado no sentido de que não se vislumbra qualquer desigualdade material. Quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, sendo o ICMS um imposto indireto, embutido no preço da mercadoria, integra a receita bruta, e, portanto, deve constar da base de cálculo das contribuições em comento. Sendo a COFINS, uma contribuição que substituiu o FINSOCIAL, não é cabível a dedução pleiteada, conforme entendimento pacificado e sumulado pela egrégia Corte Superior em relação ao FINSOCIAL, que, por analogia, estende-se à COFINS (Súmula 94/STJ). No que se refere ao inciso III, do § 2º do artigo 3º da mencionada lei, a 1ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça igualmente pacificou o entendimento de que tal inciso jamais teve eficácia, por se tratar de norma cuja aplicação dependia de regulamentação pelo Poder Executivo, que jamais foi editada até sua revogação pela MP

1.991/2000. Não haverá condenação em honorários advocatícios ante os verbetes das Súmulas 105/STJ e 512/STF. Custas *ex lege*.

**POR UNANIMIDADE, PROVIDAS PARCIALMENTE A APELAÇÃO DA UNIÃO E A REMESSA NECESSÁRIA E NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA EMPRESA.**

### COFINS - BASE DE CÁLCULO - CONCEITO DE FATURAMENTO

Além da remessa necessária, o acórdão em estudo apreciou as apelações interpostas por empresa de turismo e pela União Federal, contra sentença que concedeu a segurança para que a impetrante tivesse assegurado o direito de não recolher a COFINS na forma da Lei nº 9.718/98, fazendo-o na conformidade da Lei Complementar 70/91, não ocorrendo condenação em honorários advocatícios.

No limiar de seu voto, o Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA ressaltou a inexistência da inconstitucionalidade formal quanto à utilização de lei ordinária para alterar os dispositivos das Leis Complementares que criaram o PIS e a COFINS. No caso, as leis só são complementares sob o aspecto formal, podendo a matéria por elas regulada ser alterada por lei ordinária ou medida provisória. Esse entendimento foi endossado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 1-1/DF e na ADIn 1417/DF.

Frisou, a seguir, que a questão discutida no acórdão em comento consiste em saber se a Lei nº 9.718/98 incorreu em inconstitucionalidade ao ampliar o conceito de faturamento. Esclareceu que o Plenário do STF, em decisão proferida no RE 390840/MG, julgado em 09/11/2005, pacificou o entendimento quanto à inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, que modificou a base de cálculo referente ao PIS e à COFINS, porque, ao ampliar o conceito de faturamento, instituiu, sem a contrapartida constitucional, novas fontes de faturamento.

Após a promulgação da Emenda Constitucional 20/98, criou-se uma nova base constitucional para que novas normas pudessem regular a base de cálculo do PIS e da COFINS, o que veio a ocorrer com relação à COFINS, com a Medida Provisória 135/03, convertida na Lei nº 10.833/2003, segundo a qual a base de cálculo da referida contribuição será

a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Assim, não mais se deve falar em inconstitucionalidade da cobrança da COFINS, após 31 de outubro de 2003, data da promulgação da mencionada Medida Provisória.

Face ao exposto, deu o Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA parcial provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal, concedendo, em parte, a segurança, para tão-somente garantir à impetrante o direito de recolher a COFINS na forma prevista na Lei Complementar 70/91, até 31/10/2003. Outrossim, negou provimento à apelação da impetrante.

Precedentes jurisprudenciais citados, dentre outros, pelo Relator:

- STF
  - ⇒ RE 346084-6 PR (DJ de 01/09/2006, p.19) - Tribunal Pleno - Relator: Min. MARCO AURÉLIO.
- STJ
  - ⇒ AGA 520431 PR (DJ de 24/05/2004, p.241) - Segunda Turma - Relator: Min. JOÃO OTAVIO DE NORONHA.
  - ⇒ AG 661924 PR (DJ de 4/05/2005) - Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI.

#### 4ª TURMA ESPECIALIZADA - TRF-2ª REGIÃO

##### APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2002.51.01.023502-0 RJ

DJ de 11/04/2007, pp. 290 e 291

Relator: Desembargador Federal LUIS ANTONIO SOARES

Apelante: E. E. I. C. Ltda e outro

Apelado: Os mesmos

PIS E COFINS. RECEITAS DE VENDAS A EMPRESAS ESTABELECIDAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. DL Nº 288/67 E ART. 40 ADCT.

1 - Não falta especificidade ao pedido de declaração do direito à compensação. Em muitas situações, a Administração não reconhece como indevidas quantias que foram recolhidas com base em lei que o contribuinte considera inconstitucional; nessa hipótese, é facultado ao contribuinte requerer ao

Judiciário, tão-somente, que declare essa circunstância e a possibilidade de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

2 - Em relação à declaração do direito à compensação das quantias que foram indevidamente recolhidas a esse título (respeitado o prazo prescricional de dez anos), o provimento possui eficácia retrospectiva. Porém, isso não implica violação à Súmula 271 do STF, pois o que visa a impetrante é obstar ato alegado como coator no momento presente, que a impediria de realizar a compensação pretendida.

3 - Além disso, é possível a utilização do mandado de segurança para a declaração do direito à compensação (Súm. 213 do STJ) nos casos em que esta é realizada no âmbito do lançamento por homologação, hipótese na qual a regularidade da operação, inclusive no tocante ao *quantum*, fica a cargo da Administração Pública. Ou seja, não é necessária, nestes casos, a indevida dilação probatória que inviabilizaria a utilização do *mandamus*.

4 - Ao PIS não se aplica o disposto no art. 46 da Lei nº 8.212/91, mas sim o regime do CTN.

5 - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial da prescrição fixa-se após expirado o prazo de cinco anos contados do fato gerador. Com efeito, o termo final ocorrerá após o decurso de mais cinco anos, pois o prazo será contado, no caso, a partir da homologação tácita.

6 - O art. 40 do ADCT, ao dispor, como fez, acerca da manutenção das características da Zona Franca de Manaus, não apenas recepcionou o disposto no DL nº 288/67, mas deu-lhe, ainda, força de norma constitucional, com o condão de afastar as disposições que com ele fossem incompatíveis. Precedente do STF.

7 - Sob o pálio do que se encontra disposto no art. 40 do ADCT, sempre que a legislação fiscal estabelecer determinado benefício fiscal incidente sobre operações de exportação (ex.: compra e venda), essas mesmas operações (compra e venda), que forem realizadas em relação à Zona Franca de Manaus, também serão submetidas ao mesmo regime especial de tributação.

8 - Devem ser afastadas, portanto, as restrições impostas pela Lei nº 9.004/95; pelo Decreto nº 1.030/93; e pela MP nº 1.858-6/99 e suas reedições.

9 - Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região.

10 - Correção monetária pela UFIR, a partir de janeiro/92 a dezembro/95; e pela Selic, exclusivamente e também a título de juros de mora, a partir de janeiro de 1996, na forma do que dispôs o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Precedentes do STJ.

11 - Em relação às contribuições vincendas, o direito alegado é evidente, pois, tendo sido proposta a ação em 2002, já se encontrava em vigor a redação da MP nº 2.158-35/2001, que não mais reproduzia a restrição da MP nº 1.858-6 e edições posteriores (que havia excluído a Zona Franca de Manaus da abrangência da isenção disposta no caput de seu art. 14).

12 - Apelação da União e remessa necessária improvidas. Apelação da impetrante provida.

**POR UNANIMIDADE, PROVIDO O RECURSO DOS IMPETRANTES E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIÃO FEDERAL E À REMESSA NECESSÁRIA.**

#### **RECEITAS DE VENDAS A EMPRESAS DA ZONA FRANCA DE MANAUS**

A matéria em controvérsia no acórdão em comento diz respeito à existência ou não de isenção de PIS e COFINS no que concerne a receitas de vendas realizadas a empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus. Além da declaração da existência desse direito, os impetrantes pleitearam, ainda, a declaração do direito à compensação das quantias que teriam sido indevidamente recolhidas a esse título, respeitado o prazo prescricional de dez anos.

Antes, no entanto, de examinar a questão-tema, duas preliminares foram objeto de apreciação pelo Relator do feito, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES. A primeira, a consideração ou não do mandado de segurança como via adequada para a prolação de declaração ao direito à compensação.

O Relator apoiou-se na Súmula 213, do STJ, que declara expressamente a adequabilidade dessa via,

e em precedentes jurisprudenciais, a seguir citados, para firmar sua convicção:

- STJ
  - ⇒ REsp 830197 PE (DJ de 2/06/2006, p. 120) - Segunda Turma - Relator: Min. CASTRO MEIRA.
  - ⇒ Ag Rg no Ag Rg no REsp 668509 PB (DJ de 25/05/2006, p. 160) - Primeira Turma - Relator: Min. Francisco Falcão
  - ⇒ Súmula 213: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária".
- TRF-5
  - ⇒ AMS 95.05.31942-8 (DJ de 22/08/2002, p. 1100) - Primeira Turma - Relator: Juiz IVAN LIRA DE CARVALHO.
  - ⇒ AMS 97.05.21308-9 (DJ de 17/09/99, p. 362) - Primeira Turma - Relator: Juiz UBALDO ATAÍDE CAVALCANTE.

A segunda preliminar concerne ao prazo prescricional dos valores que a impetrante alegou terem sido indevidamente recolhidos. O Relator adotou o entendimento, já firmado no âmbito do STJ, de que o termo inicial da prescrição se fixa após expirado o prazo de cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. Na questão em comento, ajuizada a ação em 29/11/2002, apenas sobre os pagamentos anteriores a 29/11/92 operar-se-á a prescrição.

Precedente referido pelo Relator em seu voto:

- STJ
  - ⇒ REsp 726668 PE (DJ de 1/07/2005, p. 434) - Primeira Turma - Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI.

Quanto ao mérito, entendeu o Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES a prevalência das normas contidas no artigo 4º, do Decreto-Lei 288/67 e do artigo 40, do ADCT, que concedem isenção fiscal às receitas de vendas efetuadas a empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus, com o que estão acordes a precedentes jurisprudenciais a seguir referidos:

- STF
  - ⇒ ADI-MC 2348 DF (DJ de 7/11/2003, p. 81) - Tribunal Pleno - Relator: Min. MARCO AURELIO.
- STJ
  - ⇒ REsp 759015 SC (DJ de 31/08/2006, p. 310) -

Segunda Turma: Relator: Min. HUMBERTO MARTINS.

- ⇒ REsp 831426 RS (DJ de 19/06/2006, p. 130) - Primeira Turma - Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO.

- TRF-4
  - ⇒ AMS 2003.71.07.005373-4 (DJ de 15/03/2006, p.371) - Primeira Turma - Relator: JUIZ ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA.
  - ⇒ AC 2002.72.01.004826-4 (DJ de 11/01/2006, p.428) - Primeira Turma - Relator: Juiz ARTUR CÉSAR DE SOUZA.

- STF
  - ⇒ "Súmula 659: *"É LEGÍTIMA A COBRANÇA DA COFINS, DO PIS E DO FINSOCIAL SOBRE AS OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, DERIVADOS DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS E MINERAIS DO PAÍS"*
  - Aprovação: Sessão Plenária de 24/09/2003
  - Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 3

- STJ
  - ⇒ Súmula 276: *"AS SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS SÃO ISENTAS DA COFINS, IRRELEVANTE O REGIME TRIBUTÁRIO ADOTADO"*.
  - Publicação: DJ de 2/06/2003, p. 365

Finalizando a abordagem do tema selecionado para esta publicação, apresentamos um conjunto de julgados dos demais tribunais federais.

#### TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

##### AÇÃO RESCISÓRIA

Processo: 2006.01.00.020017-6 MG

DJ de 11/10/2007, p. 12

Relator: Desembargador Federal ANTÔNIO EZEQUIEL DA SILVA

Órgão Julgador: QUARTA SEÇÃO

Decisão: Unânime

"PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, V, DO CPC. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF.

PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98. AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (ART. 3º, § 1º). INCONSTITUCIONALIDADE.

1 - A Súmula nº 343/STF não impede o julgamento da rescisória quando a alegada violação da lei pelo julgado rescindendo envolver, também, dispositivo da Constituição.

2 - A adesão ao PAES não configura óbice ao ajuizamento da rescisória pelo contribuinte se este apenas desistiu de seu recurso no feito em que foi proferido o julgado rescindendo.

3 - O Plenário do STF, no julgamento dos RREE 390.840-5/MG e 346.084-6/PR, reconheceu a inconstitucionalidade formal da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS efetuada pelo art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, ao inserir, no conceito de "faturamento", outras receitas que não as provenientes de vendas de mercadorias, da venda de serviços ou de mercadorias e serviços. Registrou, ainda, na mesma oportunidade, que a EC nº 20/98 não teve o condão de "constitucionalizar" a referida Lei, no ponto.

4 - Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei nº 9.718/98, o PIS deve ser recolhido com base na Lei Complementar nº 77/70, observadas as alterações trazidas pela MP nº 1.212/95, convertida na Lei nº 9.715/98, até a edição da Lei nº 10.637, de 30.12.2002, que, em seu art. 1º, § 1º, modificou, legitimamente, o conceito de faturamento, por ter sido editada já na vigência das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20/98, fazendo nele inserir *"a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica"*.

5 - A COFINS deve ser recolhida com base na Lei Complementar nº 70/91 até a eficácia da Medida Provisória nº 153/2003, convertida na Lei nº 10.833, de 29.12.2003, que, em seu art. 1º, incluiu, no conceito de faturamento, "o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil".

6 - Ação rescisória admitida e julgada procedente."

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

REMESSA EX OFFICIO EM APELAÇÃO CÍVEL

Processo: 96.03.026585-3 SP

DJ de 19/10/2007, p. 478

Relator: Desembargador Federal LAZARANO NETO

Órgão Julgador: SEGUNDA SEÇÃO

Decisão: POR MAIORIA

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. COFINS E CSSL.

1 - A divergência restringe-se aos tributos passíveis de compensação com as quantias recolhidas a maior a título de FINSOCIAL.

2 - O Acórdão, por maioria, limitou a compensação do FINSOCIAL unicamente com parcelas da COFINS e da CSSL; o voto vencido admitia a compensação apenas diante de parcelas subseqüentes da COFINS.

3 - Inobstante o entendimento segundo o qual as Leis nºs 8.383/91, alterada pela Lei nº 9.069/99, e 9.430/96, modificada pela Lei nº 10.637/2002, tratam de hipóteses distintas de compensação, esta última ressalva a utilização deste critério de compensação pela via judicial, o que torna possível sua utilização tanto no âmbito administrativo como no judicial, bem como o Decreto 2138/97 e a IN 210/02 dispõem que a compensação efetivar-se-á com prévio requerimento do contribuinte ou de ofício, nuances que esvaziam o debate acerca da distinção entre ambas. Possibilidade de compensação das parcelas indevidamente recolhidas com todos os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

4 - A disciplina da compensação tributária deve ser aplicada imediatamente, pois reveladora da evolução legislativa experimentada pelo instituto, no sentido de prestigiá-lo como meio alternativo de solução de conflitos fiscais. Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio da irretroatividade da lei.

5 - No presente caso, contudo, em obediência

ao Princípio da congruência e aos limites impostos pela divergência, a compensação realizar-se-á apenas com a COFINS e a CSSL, tal como determinado no v. acórdão ora embargado.

6 - Embargos infringentes conhecidos e improvidos, mantendo-se o v. aresto atacado."

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

### APELAÇÃO CÍVEL

Processo: 2005.71.05.001026-0 RS

DJ de 31/10/2007

Relator: Desembargador Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Decisão: Unânime

"TRIBUTÁRIO. COFINS. COOPERATIVA DE TRABALHO. INCIDÊNCIA. LC Nº 07/70. LEI Nº 9.718/95. MP Nº 1.858/99.

1 - A instituição da COFINS deu-se pela Lei Complementar nº 70, de 1991. Conforme já atestou o Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 1 (RTJ 156/721), tal diploma reveste-se de caráter materialmente ordinário, por não se incluir na previsão abstrata do art. 195, § 4º, da Constituição. Já é pacífico que somente a lei que institua outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social deve ostentar caráter complementar, podendo aquela que discipline as contribuições já previstas pelo caput e incisos do mesmo artigo ser meramente ordinária. No que se refere às cooperativas, a Lei Complementar nº 70, de 1991 instituiu isenção da COFINS àquelas '*que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades*'.

2 - A Lei nº 9.718/95 modificou sensivelmente o conceito de '*faturamento*', na medida em que o entendeu por receita bruta, isto é, a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente de sua atividade ou de sua classificação contábil.

3 - O Plenário do STF entendeu inconstitucional a alteração na base de cálculo do PIS e da COFINS, levada a efeito pela Lei nº 9.718/98.

4 - Não há previsão legal de isenção do PIS e da COFINS em favor das sociedades cooperativas. A Lei nº 5.764/71, que trata da Política Nacional do Cooperativismo e do regime jurídico das cooperativas, não foi recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, por força do art. 146, III, 'c'. Ela, em seus artigos 79, 87 e 111, não deu '*adequado tratamento tributário ao ato cooperativo*'. Não criou uma isenção tributária ampla para tais atos. O art. 79 dessa lei apenas define o que é ato cooperativo, sem nada referir quanto ao seu regime de tributação. E os seus artigos 87 e 111 tratam dos atos não cooperativos.

5 - Não há falar em impossibilidade material de sua incidência à causa de que faturamento ou receita não seriam características dos atos cooperativos; auferindo receita a entidade, isso é suficiente à incidência da exação.

6 - As cooperativas, embora não tenham fim lucrativo e destinem seus resultados, em regra, aos cooperados, mesmo assim realizam a hipótese de incidência do PIS e da COFINS. É da própria essência das cooperativas o '*exercício de uma atividade econômica*' (Lei nº 5.764/71, art. 3º), podendo '*adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade*' (art. 5º). E é da essência da atividade econômica a prática de atos jurídicos (operações de compra, de venda, de financiamento, de serviços) que geram receitas (e, também, despesas). Quem não tem receita não pode ter despesa, nem resultado a ser distribuído entre os cooperados ou destinado a constituir fundos (Lei nº 5.764/71, art. 28). Quem não tem receita não pode operar. E as cooperativas operam fartamente, segundo um '*Sistema Operacional*' disciplinado em lei (Lei nº 5.764/71, Capítulo XII), que inclusive descreve a variada gama de operações por elas praticadas (Seção III). Tais operações são obrigatoriamente lançadas em livros fiscais e contábeis (art. 22, V), que registram as suas receitas e as suas despesas e com base nas quais são apurados, em cada exercício, seus resultados, positivos ou negativos.

7 - A MP 1.858-6/99 e reedições seguintes (atualmente, MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001) alterou de forma substancial a tributação para as sociedades cooperativas. No rastro das mudanças trazidas pela Lei nº 9.718/98, determinou a expressa incidência sobre a receita decorrente de atos cooperativos.

8 - O adequado tratamento tributário do ato cooperativo, previsto no art. 146, III, "c", como matéria de normas gerais, ainda não foi estabelecido. Tanto o STF como os TRF's têm destacado que tal dispositivo constitucional não estabeleceu nenhuma imunidade às cooperativas e não depende de regulamentação por lei complementar, devendo ser aplicado normalmente o tratamento dado pelas leis ordinárias que instituem cada tributo.

9 - Segundo a Corte Especial deste Tribunal, no incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.70.05.003502-0/PR (DJU 23/01/02), a única conclusão invencível é que os atos cooperativos não tipificam certas hipóteses de tributos, como aqueles que incidem sobre o lucro. Todavia, não estão protegidos por norma constitucional que impeça sua tributação, sob o benefício da imunidade ou isenção. Por tal maneira, enquanto não sobrevier a lei complementar incumbida de dar *'adequado tratamento tributário ao ato cooperativo'*, o sistema normativo pátrio autoriza que se crie isenção favorecendo o ato cooperativo, e que se revogue tal isenção por critério de conveniência do poder tributante. Ou seja, não há vedação, na Carta Magna, a que se tribute o ato cooperativo.

10 - A Medida Provisória nº 1.858/99 apenas reduziu o favor legal dado às cooperativas pelas LC nºs 07/70 e 70/91. Não há nela, portanto, eiva de inconstitucionalidade.

11 - O artigo 15 da Medida Provisória nº 1.858/99 não viola o princípio da isonomia quando estabelece diferentes regimes que correspondem a diferentes ramos da atividade econômica, com características distintas.

12 - O art. 4º da Lei nº 5.764/71 classifica as cooperativas como sociedade de pessoas, tendo personalidade jurídica distinta dos associados.

Tais entidades praticam atos internos e externos, e somente aqueles gozam de isenção ou imunidade. Na prática destes a cooperativa auferir lucro e faturamento, sobre os quais incide CSSL, COFINS e PIS."

## TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

### APELAÇÃO CÍVEL

Processo: 2003.83.00.019699-0

DJ de 31/10/2007, p. 899

Relator: Desembargador Federal FRANCISCO CAVALCANTI

Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA

Decisão: Unânime

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COFINS INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, 1º, DA LEI Nº 9718, DE 1998, DECLARADA PELO PLENO DO STF. BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A EDIÇÃO DAS LEIS Nºs 9.718/98 E 10.833/2003.

1 - O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, no que se refere à ampliação do conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

2 - Ainda que a COFINS tenha efetivamente incidido sobre a receita bruta da empresa, ou seja, sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, não se trata de hipótese de extinção da execução fiscal.

3 - Parte da base de cálculo sobre a qual incidir o tributo é constitucional, uma vez que, ainda que tenha incidido sobre o total das receitas da empresa, parte destas corresponde ao faturamento.

4 - Apelação provida para determinar o prosseguimento da execução fiscal, excluindo-se apenas o excesso, se existir."