

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
FACULDADE DE DIREITO**

MELISSA VIANA DE BARROS MOREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE
CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS**

Rio de Janeiro

2018

MELISSA VIANA DE BARROS MOREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE
CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA COFINS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: José Carlos Vasconcellos dos Reis

Rio de Janeiro

2018

MELISSA VIANA DE BARROS MOREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO “ISS” NA BASE DE
CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO "PIS" E DA “COFINS”**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor. José Carlos Vasconcellos dos Reis – Orientador
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor(a).
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Professor(a).
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que esteve ao meu lado e me auxiliou em todo o percurso dessa caminhada.

Agradeço, a minha Mãe Cátia Viana que não mediu esforços para que eu realizasse todos os meus objetivos. Você é minha base.

Agradeço aos meus amigos de graduação que estiveram comigo ao longo desses cinco anos, obrigada por toda parceria, paciência e amizade.

Agradeço aos docentes e discentes da UNIRIO, que foram importantes por engrandecer meu conhecimento.

E agradeço a todas as pessoas especiais, que na maioria das vezes sem saber, me apoiaram muito nessa empreitada. Obrigada demais.

RESUMO

MOREIRA, Melissa Viana de Barros. A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso 2. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

No estudo do presente trabalho monográfico, será abordado o tema controverso no âmbito do direito tributário, acerca da (in)constitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Dessa forma, será feito um breve histórico acerca da legislação de regência dessas contribuições sociais, focando nos dispositivos que tratam de suas bases de cálculo, que, na redação do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, são o faturamento e a receita da pessoa jurídica.

Em seguida, será feita a análise dos conceitos de faturamento e da receita a na perspectiva da doutrina, jurisprudência e legislação, passando a expor a controvérsia jurídica instaurada sobre o tema nos Tribunais Superiores.

Passando a advogar pela tese da inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, serão apresentados os motivos pelos quais a tese deve prosperar, como a violação a diversos princípios constitucionais tributários e, principalmente, a afronta ao quanto disposto no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal.

Por fim, far-se-á uma análise da atual situação que se encontra a matéria e quais as consequências práticas disso.

Palavras chave: Base de cálculo – PIS – COFINS – ISS – Inconstitucionalidade – princípios tributários – Contribuições Sociais – Faturamento – Receita

ABSTRACT

MOREIRA, Melissa Viana de Barros. INCONSTITUTIONALITY OF THE INCLUSION OF "ISS" IN THE CALCULATION BASIS OF PIS AND COFINS. 2018. Graduation Course 2. (Graduation in Law) - Federal University of the State of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

In the present work, there is a controversy about the basis of calculation of the contribution to the Social Integration program ("PIS") and Contribution to the Financing of the Security. ("COFINS").

Therefore, a study will be made of the reference legislation on social bases, based on the data that deal with its calculation bases, which are in the current wording of article 195, item I, of the Federal Constitution, are the billing and legal person.

Next, an analysis of the legal legislation on the tax legislation, jurisprudence and legislation will be applied, being passed a legal controversy on the topic Supreme Courts.

Turning to advocate for the unconstitutionality of the "ISS" basis in the calculation basis of "PIS" and "COFINS" will be their own purposes over time. Subsection I of the Federal Constitution.

Finally, an analysis of the current situation and the consequences will be done.

Keywords: Basis of calculation - PIS - COFINS - ISS - Inconstitutionality - tax principles - Social Contributions - Billing - Revenue

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL – A CONTRIBUIÇÃO AO PIS E A COFINS	09
2.1 A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social “COFINS” – Histórico da legislação	13
2.2 A Contribuição ao Programa de Integração Social “PIS” – Histórico da legislação ...	19
2.3 Os efeitos da Lei nº 12.973/14 nas apurações do “PIS” e da “COFINS	21
3 O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – “ISSQN” OU APENAS “ISS	23
3.1 Hipóteses de Incidência e Base de Cálculo	23
3.2 A Base de cálculo das contribuições sociais: Faturamento e Receita – noções à luz da doutrina e jurisprudência	24
4 O “ISS” NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS – A SUA INCONSTITUCIONALIDADE	32
4.1 O Artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988	32
4.2 O Artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988	39
4.3 O Artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988	40
4.4 A afronta ao princípio do Pacto Federativo e da Uniformidade Tributária.....	42
5 O EMBATE ENTRE FISCO E CONTRIBUINTES – OTEMA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS.....	44
5.1 Jurisprudência e atual posicionamento acerca da inclusão do “ISS” na base de cálculo do “PIS” e da “COFINS.....	44
6 CONCLUSÃO.....	48
7 REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O Presente trabalho monográfico dedica-se ao estudo de um dos temas que mais tem suscitado controvérsias no campo do Direito Tributário, qual seja, a inclusão do ISS – Imposto sobre Serviços de qualquer natureza na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS e da Contribuição ao Programa de Integração Social PIS.

A Constituição Federal de 1988 não é responsável pela criação dos tributos, mas dá competência aos entes federativos para que possam instituí-los, caso entendam que seja preciso, haja vista que o valor arrecadado vai para os seus cofres públicos.

Dessa forma, a Constituição criou uma regra geral por meio de sua Lei complementar mais conhecido como o Código Tributário Nacional que direta ou indiretamente apontou as hipóteses de incidência possíveis, bem como, os sujeitos ativos e passivos, sua base de cálculo e alíquota.

Com isso, pode-se inferir que os contribuintes têm o direito constitucional “subjutivo” de serem tributados de acordo com as regras previstas na legislação.

De igual maneira, as contribuições sociais para a seguridade social tributos previstos e estruturados no art. 195, I da Constituição Federal, que lhes aponta inclusive as bases de cálculo possíveis. Uma delas é o faturamento da pessoa jurídica, justamente a base de cálculo escolhida pelo legislador ao criar seja a “contribuição” para o PIS, seja a COFINS.

De fato, dispõe o artigo 2º, da Lei Complementar nº 70/91 que a COFINS “incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”.

De seu turno, a Lei Complementar nº 7/70, ainda em vigor, estabeleceu que a contribuição para o PIS será calculada com base no faturamento obtido pela empresa.

Ora o faturamento não é uma simples palavra sem sentido, por meio do qual o legislador pode inserir o que tiver em mente. Para o direito comercial, para a doutrina e jurisprudência, é a expressão econômica das operações mercantis ou similares utilizadas por empresas que previstas em lei se sujeitam ao recolhimento do PIS e da COFINS.

Além disso, conforme será visto, o faturamento corresponde a soma do valor das operações que são negociadas pelos Contribuintes. Ou seja, faturar é obter receita bruta proveniente de venda de mercadorias, ou em alguns casos, da prestação do serviço.

Contudo, no que tange aos valores recebidos pelas empresas a título de ISS, conforme se verá a seguir, apenas transitam de forma provisória na contabilidade, o que, em

última instância, significa que o aludido tributo não pode compor a base de cálculo quer do PIS, quer da COFINS.

Nesse sentido, o presente trabalho busca, a partir de fontes legais e jurisprudenciais, fazer uma elucidação das hipóteses de incidência do PIS, da COFINS, e do ISS, e demonstrar porque este último não deve, por questões lógicas e conceituais, compor a base de cálculo das mencionadas contribuições.

No primeiro capítulo o enfoque se dará em entender do que se tratam as Contribuições Sociais e a Seguridade Social no que tange a contribuição ao PIS e a COFINS entendendo todas as suas peculiaridades, percorrendo o histórico da legislação dos referidos impostos e os efeitos que a Lei nº 12.973/14 trouxe para eles.

Na sequência, no segundo capítulo será abordado sobre o Imposto sobre serviços de qualquer natureza, destrinchando suas peculiaridades e discorrendo sobre suas hipóteses de incidência, base de cálculo, e por fim, o viés sobre a base de cálculo das contribuições sociais com enfoque nos conceitos de faturamento e receita com noções a luz da doutrina e da jurisprudência.

Ato contínuo, será feita a relação da incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS e o que a Constituição Federal disserta a respeito.

Por fim, o presente trabalho monográfico cuidará de dissertar sobre o embate vigente entre o fisco e os contribuintes, aduzindo como o tema se encontra nos tribunais, a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os recursos de repetitivo pertinentes e suas peculiaridades, ficando demonstrado a importância do aludido tema.

2 AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL – A CONTRIBUIÇÃO AO PIS E A COFINS.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 149 dispõe sobre a competência da União Federal sobre a instituição das contribuições sociais, além das denominadas intervenções no domínio econômico e de interesses das categorias profissionais, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (Constituição Federal de 1988, artigo 149).

Do dispositivo acima mencionado pode-se observar três modalidades de contribuição, quais sejam (i) as interventivas; as (ii) corporativas e as (iii) sociais. Neste trabalho iremos apenas nos atentar a terceira espécie de contribuição, qual seja, as contribuições sociais.

Por certo período de tempo, existiam divergências no que se concerne à natureza jurídica das contribuições sociais, mais especificamente quanto ao fato se elas seriam ou não espécies tributárias. Entretanto, tal divergência já se encontra devidamente superada, isso em razão do próprio texto constitucional que elenca o dispositivo acima mencionado no título “*Da Tributação e Orçamento*”, bem como da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto de julgado do Pleno da referida corte abaixo colacionado:

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR.

(...)

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. *As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. (...).*¹ [Grifos não constam do original]

¹ Recurso Extraordinário nº 556.664, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, Julgado em 12 de junho de 2008.

Entretanto, vale dizer que as contribuições sociais não devem ser confundidas com impostos, mas podem assumir características parecidas, muitas das vezes até iguais, como, a hipótese de incidência e a base de cálculo, da mesma forma como ocorre com o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL.

As diferenças entre os impostos e as contribuições, em regra, se dão pela destinação dos recursos arrecadados pelas referidas exações. De um lado, a contribuição tem como finalidade o custeio seja de modo direto ou indireto, de um certo grupo que se encontra em uma dada situação específica que mereça atuação direta ou indireta do Estado para regulação.

De outro modo, o fato gerador do imposto, conforme disciplina o artigo 16 do Código Tributário Nacional² é uma situação independente de qualquer atividade específica do Estado relativa ao contribuinte, sendo que os valores arrecadados por tal exação não se vinculam, em geral, ao custeio de determinada atividade. Em suma, as contribuições possuem destinação afetada, enquanto os impostos não.

“Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Ora, dentre as contribuições sociais, é possível realizar uma divisão entre gerais e as que são destinadas ao custeio da seguridade social.

Enquanto a Contribuição ao Programa de Integração Social PIS está inserido na primeira categoria (artigo 239, da Constituição Federal de 1988), sendo qualificada dessa forma por não ter sua finalidade especificada constitucionalmente, podendo abranger amplo leque dos conceitos abrigados sobre a expressão “social”, como saúde, educação, proteção ao trabalho, dentre outros, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS, como a própria nomenclatura já enseja, insere-se exatamente na segunda definição.³

O pressuposto do sistema de seguridade social cinge-se à uma gama de ações adotadas pelo Estado em benefício das pessoas que não detém condições, seja de forma transitória ou permanente, de prover o seu sustento por conta própria. Nesse sentido,

² Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS “GERAIS” E A INTEGRIDADE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. v. 6. São Paulo: Dialética, 2002, p. 171.

conforme os ditames da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, os direitos que se visam garantir às pessoas nessas condições são aqueles relativos à: (i) saúde, (ii) assistência social e (iii) previdência social.⁴

Dessa maneira, a seguridade social, conforme pode-se supor da extensão conferida pelo mencionado artigo 194, da Constituição Federal de 1988, demanda diversos gastos estatais, motivo pelo qual o poder constituinte originário determinou que esta seria financiada por toda a sociedade, seja de forma indireta, mediante recursos provenientes do orçamento da União, Estados e Municípios; ou diretamente, através do recolhimento de um rol de contribuições sociais, conforme elencado no *caput* do artigo 195.

Nos termos do artigo 195 da Constituição Federal de 1988, as contribuições sociais poderão ser instituídas em face do empregador, da empresa, da entidade a ela equiparada (inciso I), do trabalhador, dos demais segurados da previdência social (inciso II), do importador de bens e serviços (inciso IV) e sobre a receita de prognósticos (inciso III).

No que tange aos contribuintes elencados no inciso I, do artigo 195, em sua redação pós Emenda Constitucional nº 20/98, são previstas hipóteses de incidência sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício (alínea ‘a’); a receita ou o faturamento (alínea ‘b’); e o lucro (alínea ‘c’).

A contribuição ao PIS, bem como a COFINS, que são o tema do presente capítulo, incidem sobre a receita ou o faturamento, nos termos do artigo 195, inciso I, alínea ‘b’, da Constituição Federal, abaixo reproduzido.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) Constituição Federal de 1988, art. 195.

Ponto importante a se observar do artigo acima mencionado, é que, de forma diferente de como a Constituição Federal adotou para as demais espécies tributárias, mais especificamente no que tange as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, não se delimitou apenas o a competência para sua instituição, mas também, acabou por

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 45.

definir quem seriam os possíveis contribuintes, a espécie tributária cabível, a sua base de cálculo, restando claro nesse caso em específico, quais seriam as hipóteses de incidências que poderiam ser instituídas pelo legislador infraconstitucional.

A doutrina nas palavras de Luciano Amaro salienta essa peculiaridade das contribuições destinadas à seguridade social, conforme se pode extrair do trecho abaixo retirado do seu curso de direito tributário, onde explicita quais são os elementos constantes do artigo 195, da Constituição Federal de 1988.

A propósito das contribuições destinadas à seguridade social, vale registrar que o art. 195 (com redação alterada pela EC n. 20/98 e pela EC n. 42/03) dá algumas indicações que permitem identificar ora o fato gerador, ora o sujeito passivo, ora a base de cálculo dessas contribuições e, as vezes, mais de um desses aspectos. O inciso I prevê as contribuições do empregador, da empresa e da entidade equiparada na forma da lei (sujeitos passivos), incidentes sobre (a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, mesmo sem vínculo empregatício, (b) a receita ou o faturamento e (c) o lucro (bases de cálculo) que permitem identificar os fatos geradores.⁵

Feitas essas breves explicações acerca das contribuições sociais, bem como alguns elementos da Contribuição ao PIS e da COFINS, adiante far-se-á, um breve histórico da legislação desses dois tributos, delimitando as alterações legislativas que os tinham como objeto, focando, em principal, naquelas que tratavam acerca de sua base de cálculo, que é o objeto de estudo do presente trabalho.

As palavras do tributarista Ricardo Lobo Torres, que as atribui a alcunha de “exóticas”, dado os diversos elementos duvidáveis da Contribuição ao PIS e da COFINS, demonstram bem o impacto causado no judiciário, em decorrência das diversas ações demandadas pelos contribuintes.

De modo que as exóticas contribuições sociais tornaram caótico o sistema tributário nacional. Geraram, nos idos de 1990, o maior contencioso fiscal entre os contribuintes e a União já visto na história dos tributos brasileiros.⁶

Passa-se, portanto, a tratar sobre esses pontos, para, enfim, adentrar ao mérito da impossibilidade de inclusão do “ISS” na base de cálculo dessas contribuições sociais.

⁵ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A Não-Cumulatividade no PIS/COFINS. In: FISCHER, Otávio Campo; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *PIS – COFINS – Questões Atuais e Polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 56.

2.1 A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS: histórico da legislação

A “COFINS” -Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social foi criada pela Lei Complementar nº 70/91 e possui amparo no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988. A referida contribuição surgiu em substituição ao antigo FINSOCIAL, que era regulamentado pelo Decreto-Lei nº 1.940/82 e fora instituído durante a vigência da Constituição Federal de 1967 e da Emenda Constitucional nº01/69, sendo destinado a financiar investimentos como educação, habitação popular, saúde e amparo ao pequeno agricultor.

O artigo 1º e parágrafos do mencionado Decreto-Lei estabeleciam a incidência da extinta cobrança sob a alíquota de 0,5%, que recairia sobre (i) a receita bruta das vendas de mercadorias e serviço; (ii) rendas e receitas operacionais das instituições financeiras e equiparadas e (iii) receitas operacionais e patrimoniais das sociedades seguradoras e equiparadas. Quando se tratava de empresa que efetuasse meramente a venda de serviços, fosse pública ou privada, a contribuição seria de 5% sobre o valor do imposto de renda devido, ou se devido fosse.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que acabou por recepcionar o FINSOCIAL, nos termos do artigo 56, do Ato das Disposições Transitórias (ADCT) – diversos diplomas alteradores estabeleceram a majoração da alíquota de 0,5% prevista no Decreto-Lei nº 1.940/82, a saber as Leis nºs 7.789/90 (1%), 7.894/89 (1,2%) e 8.147/90 (2%).

Os dispositivos que estabeleciam tais aumentos foram alvos de diversas ações judiciais ajuizadas pelos contribuintes, as quais, em regra, eram julgadas procedentes, sob o fundamento de afronta ao próprio artigo 56, do ADCT, que vedaria o aumento das alíquotas do FINSOCIAL até que fosse regulamentado o artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988.⁷

Veja-se abaixo aresto do Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade das majorações de alíquotas do FINSOCIAL.

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. INOVAÇÃO NA LIDE. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO MENOS ABRANGENTE DO QUE O DA PETIÇÃO INICIAL. RELAÇÃO DE CONTINÊNCIA E NÃO DE PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA SOBRE O FATO. FINSOCIAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUALIFICADA COMO EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇO. ALÍQUOTA. **ART. 195, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ART. 56 DO ATO DAS**

⁷ FERRAREZI, Renata Soares Leal; CARLETO, Benedita Bernardes Nepomuceno Op. cit. p. 26 – 27.

DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEIS NS. 7.787/89, 7.894/89 E 8.147/90. DECRETO-LEI N. 1.940/82. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, §§ 1º E 2º, DO CPC.

(...)

6. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais as Leis ns. 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, que majoravam a alíquota da contribuição das instituições financeiras para o FINSOCIAL, porquanto incompatíveis com o disposto nos artigos 195, I, da CB/88 e 56 do ADCT. Precedente [RE n. 150.764, Relator para o acórdão do Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 2.4.93] (...)⁸[Grifos não constam do original]

Com a promulgação da Lei Complementar nº 70/91 a COFINS foi oficialmente criada, o que decretava a cessação definitiva do FINSOCIAL, conforme os termos do artigo 13⁹, que estipulava que os efeitos do Decreto-Lei nº 1.940/82 perdurariam somente até o fim da *vacatio legis* da referida Lei Complementar.

Ora, a nova contribuição social, conforme disciplinava o artigo 2¹⁰, da Lei Complementar nº 70/91, seria cobrada sob a alíquota de 2%, com incidência sobre o faturamento mensal¹¹, que assim deveria ser entendido como a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, de forma individualizada ou conjunta.

Conforme já mencionado, a COFINS, desde sua criação, fora objeto de controvérsias judiciais, tanto que foi o tema da primeira Ação Declaratória de Constitucionalidade (nº 1-1/DF) ajuizada em nosso ordenamento jurídico.

Em razão das inúmeras ações ajuizadas pelas empresas logo após o início da vigência da Lei Complementar nº 70/91, que visava o afastamento da cobrança do tributo (pedido este que vinha sendo deferido pelos Juízes Federais em diversas seções judiciárias), o Presidente da República, junto com a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, sob o fundamento da controvérsia instaurada no âmbito da Justiça Federal de 1ª e 2ª instâncias, ingressou com a referida “ADC”, de modo a ver declarado a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 9º, 10 e 13 da supracitada Lei Complementar.

⁸ Ação Rescisória nº 1605, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator(a): Ministro Eros Roberto Grau, Julgado em 26 de março de 2009.

⁹ “Art. 13. Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicação, mantidos, até essa data, o Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982 e alterações posteriores, a alíquota fixada no art. 11 da Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990.”

¹⁰ “Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.”

¹¹ Como forma de regulamentação do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, a “COFINS” passava a incidir expressamente sobre o faturamento, diferente do quanto tratava o Decreto nº 1.940/82.

As alegações feitas pelos contribuintes para contestar a Lei Complementar nº 70/91, bem como a “ADC” nº 1-1/DF, conforme se observa do trecho do voto do Ministro Moreira Alves, relator desta “ADC”, resumiam-se a dizer que a instituição da “COFINS”:

- a) resulta em bitributação, por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS;
- b) fere o princípio constitucional da não cumulatividade dos impostos da União;
- c) como contribuição social, não poderia ser arrecadada e fiscalizada pela Receita Federal;
- d) trata-se, a rigor, de imposto inominado, como já reconheceu o STF, fruto da competência residual da União;
- e) violou o princípio constitucional da anterioridade, posto que o Diário Oficial de 31.12.91, só circulou no dia 02.01.91.¹²

Ocorre que, todos esses argumentos restaram afastados quando julgados pelo Pleno do Pretório Excelso, em decisão unânime, que ratificou a constitucionalidade dos artigos da Lei Complementar nº 70/91 contestados pelos Contribuintes, por meio do qual conferiu à COFINS o amparo necessário, conforme ementa abaixo transcrita:

Ação Declaratória de Constitucionalidade. Artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte) da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91. COFINS. - A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar. - Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar nº 70/91 (COFINS). Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 10, bem como das expressões "A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social" contidas no artigo 9º, e das expressões "Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte nos noventa dias posteriores, aquela publicação,..." constantes do artigo 13, todos da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.¹³

Do inteiro teor do julgamento, importante destacar alguns trechos, tais como a assertiva de compatibilidade de tributação do faturamento tanto pela Contribuição ao PIS quanto pela COFINS, haja vista que ambas foram expressamente previstas na Constituição Federal em seu texto primário, não havendo que se falar em inconstitucionalidade das normas decorrentes do poder constituinte originário.

Ademais, também foram asseverados pontos importantes para o tema objeto do presente trabalho monográfico, que envolve o conceito de faturamento, de receita de da

¹² Trecho extraído do voto do Ministro relator Moreira Alves quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 1º de dezembro de 1993.

¹³ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 1º de dezembro de 1993.

própria base de cálculo do PIS e da COFINS. Essas questões serão abordadas em capítulo próprio.

Após o histórico julgamento da “ADC” nº 1-1/DF, outros diplomas de destaque também alteraram a sistemática da COFINS, em especial a ampliação de sua base de cálculo, sendo igualmente objeto de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, importante destacar o artigo 2º e o parágrafo primeiro do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, onde aquele delimitava, nos termos do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS seria o faturamento, entretanto, o segundo tratou da ampliação da base de cálculo dessas contribuições, ao estipular que o conceito de faturamento abarcaria quaisquer receitas auferidas pela pessoa jurídica, não sendo relevante o tipo de atividade exercida, bem assim a classificação contábil adotada para as receitas. Veja-se:

Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

Percebe-se então, da simples leitura dos dispositivos, que o sentido estipulado pela Lei Complementar nº 70/91, que conceituava faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias e serviços, de forma individualizada ou conjunta foi radicalmente alterada pela Lei nº 9.718/98, para contemplar a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da sua classificação fiscal ou contábil.

Por evidente, como grande parte das alterações legislativas que visam o aumento da carga tributária, principalmente quando se está tratando da Contribuição ao PIS e da COFINS, o supratranscrito dispositivo teve sua constitucionalidade contestada por grande parte das pessoas jurídicas contribuintes dessas contribuições, aportando tal discussão no Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

Como argumento, os contribuintes alegavam que não poderia a aludida Lei aumentar o conceito de faturamento advindo da Constituição Federal e sedimentado pela jurisprudência dos tribunais, sob pena de violação ao artigo 110, do Código Tributário Nacional.

Logo após o advento da aludida Lei de nº 9.718/98, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou a redação do artigo 195, inciso I, da Constituição

Federal de 1988, passando a constar, expressamente, como hipótese de incidência da contribuição social a “receita”, além do “faturamento” (art. 195, inciso I, alínea ‘b’), algo que, em princípio, sanaria eventual vício constante da Lei nº 9.718/98.

Tendo em vista que a promulgação da Emenda Constitucional se deu em momento posterior à entrada em vigor da Lei nº 9.718/98, o Supremo Tribunal Federal acolheu o pleito dos contribuintes, entendendo ser inconstitucional a alteração promovida pela retromencionada Lei, especificamente o dispositivo (art. 3º, parágrafo primeiro) que ampliou o 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.

Não obstante, o quanto foi abordado pela Emenda Constitucional nº 20/98, os Ministros da Suprema Corte corroboraram o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio não admite a constitucionalidade superveniente¹⁴, rechaçando qualquer argumento no sentido de que a ampliação da base de cálculo promovida pela Lei nº 9.718/98 teria amparo da Constituição Federal de 1988.

Vale dizer que, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98, restou praticamente uniformizado o tratamento legislativo tributário da Contribuição ao PIS e da “COFINS”¹⁵. O renomado Juiz Federal e também ilustre doutrinador Leandro Paulsen relata a consonância do tratamento legislativo conferido à Contribuição ao PIS e à COFINS em sua obra:

A contribuição PIS/PASEP e a COFINS, por incidirem ambas sobre o faturamento/receita, passaram a receber tratamento legislativo conjunto no que diz respeito a seus fatos geradores e bases de cálculo, o que se deu através da lei 9.718/1998 e 10.833/03.¹⁶

Considerando a autorização expressa conferida pela Emenda Constitucional nº 20/98, acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre o faturamento/receita, e o julgamento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo introduzida pela Lei nº

¹⁴ Vide Recurso Extraordinário nº 357.950/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 09 de novembro de 2005. A constitucionalidade superveniente é um fenômeno que ocorre quando uma norma considerada inconstitucional ao tempo da sua edição, acaba por se tornar compatível em razão da mudança de visão no parâmetro constitucional. O Entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a Lei inconstitucional é um ato nulo, e sendo um ato nulo, o vício de origem acaba por ser tornar insanável. A Mudança do parâmetro constitucional não tem o poder de convalidar uma lei que foi originariamente inconstitucional.

¹⁵ FERRAREZI, Renata Soares Leal; CARLETO, Benedita Bernardes Nepomuceno. Op. cit. p. 27.

¹⁶ PAULSEN, Leandro. *Contribuições e Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007. p.174.

9.718/98¹⁷, foi editada a Lei nº10.833/03, que – atendendo antigo anseio dos contribuintes – instituiu a sistemática da não cumulatividade para a “COFINS”, bem assim, novamente, a exemplo do artigo 3º, parágrafo primeiro, da Lei nº 9.718/98, previu que o faturamento seria entendido como o total de receitas auferidas pela pessoa jurídica, independente de sua classificação fiscal ou contábil:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende 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.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

A nova sistemática de apuração e recolhimento da COFINS (não cumulatividade) se une à antiga modalidade cumulativa, que continua sendo regida pela Lei nº 9.718/98. A definição por meio de qual sistemática a pessoa jurídica recolhera a contribuição se baseia nos critérios elencados nas Leis nºs 10.833/03 e 10.637/02, esta última que trata da sistemática de não cumulatividade para o PIS, sendo mencionada em diversos dispositivos da Lei nº 10.833/03.

Em regra, excetuando algumas particularidades previstas na legislação, o sistema cumulativo aplica-se às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido e também às instituições financeiras, havendo a incidência do PIS à alíquota de 0,65% e de 3% para a COFINS às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido e de 4% quando se tratar de instituições financeiras ou securitizadoras, nos termos do artigo 18, da Lei 10.684/03. Por outro lado, a sistemática da não-cumulatividade é aplicável para pessoas jurídicas optantes pelo lucro real, à alíquota de 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS.¹⁸

Além dessas duas modalidades de apuração e recolhimento da COFINS, há também a denominada monofásica, obrigatória para alguns segmentos comerciais, tais quais as indústrias e importadoras de medicamentos, bem como as refinarias de petróleo, distribuidoras de álcool para fins carburantes, dentre outras. Nessa sistemática, a

¹⁷ Vale salientar que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 357.950/RS se deu pela via de controle difuso concreto, logo não vigorava com efeito erga omnes, mas, tão somente, inter partes. Entretanto, essa decisão foi fundamento de diversas ações movidas pelos mais diversos contribuintes do “PIS” e da “COFINS”, que reiteradamente conseguiam o afastamento do parágrafo primeiro, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 no âmbito do poder judiciário.

¹⁸ FERRAREZI, Renata Soares Leal; CARLETO, Benedita Bernardes Nepomuceno. Op. cit. p. 69.

Contribuição ao PIS e a COFINS incidem apenas uma vez, no início da cadeia de comercialização dos produtos inerentes à atividade desses segmentos.

Vale dizer que a grande maioria – para não dizer a quase totalidade – dos ditames previstos para a COFINS aplicam-se também para a Contribuição ao PIS. Doravante, far-se-á comentários sobre esta contribuição social e um breve histórico da legislação que a disciplina, para, enfim, tratar sobre os motivos pelo qual o ISS não pode integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS.

2.2 A Contribuição ao Programa de Integração Social PIS – Histórico da legislação

A Contribuição ao Programa de Integração Social PIS é uma criação anterior a Constituição Federal de 1988, tendo sido implementada pela Lei Complementar nº 7/70, como forma de promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, nos termos do artigo 1º da referida Lei Complementar.

O fundamento da criação deste tributo, na época, foi o artigo 165, inciso V, da Constituição Federal de 1967, que estabelecia a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, conforme fosse estabelecido em lei específica.

Ora, nos termos da Lei Complementar nº 7/70, esse programa seria realizado mediante o fundo de participação, que seria financiado pelas empresas através de dedução no imposto de renda, bem como de seus recursos próprios, calculados com base no faturamento.

As modalidades inicialmente pensadas para esse tipo de contribuição eram as seguintes: (i) contribuição calculada com base no faturamento das empresas, denominado PIS-Faturamento (ii) contribuição calculada com base na folha de salários PIS-Folha de salários e (iii) contribuição calculada com base no Imposto de Renda devido PIS-Dedução do IR e igual ao valor devido pelas entidades cujas atividades não comportavam faturamento mercantil PIS-Repique.¹⁹

Atualmente, conforme foi tratado no capítulo anterior acerca da COFINS, também tem-se três modalidades de apuração da Contribuição ao PIS, quais sejam: (i) sistemática cumulativa; (ii) sistemática não-cumulativa e; (iii) monofásica.

¹⁹ FERRAREZI, Renata Soares Leal; CARLETO, Benedita Bernardes Nepomuceno. Op. cit. p. 29.

A evolução histórica do PIS foi marcada por severas divergências quanto à sua constitucionalidade e natureza jurídica, podendo citar, nesse contexto, os Decretos-Leis n^{os} 2.445/88 e 2.449/88, que alargaram sua base de cálculo e alíquota. Tal como ocorreu no caso do “FINSOCIAL”, essa majoração foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas dessa vez por ausência de competência do Presidente da República para editar matérias estranhas às finanças públicas, conforme elencava o artigo 55, inciso II, da Constituição Federal de 1967, ou seja, tratava-se de inconstitucionalidade formal.

A contribuição ao PIS foi expressamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme se depreende da leitura do artigo 239²⁰, passando, então, a financiar o programa do seguro-desemprego e o abono salarial previsto no parágrafo terceiro, deste mesmo artigo da Carta Magna.

No ano de 1998, o Governo Federal baixou uma série de medidas com intuito de promover um ajuste fiscal, dentre as quais se destacam as Leis n^o 9.715/98 e a já mencionada 9.718/98. Esta última alargou a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, alterando o conceito de faturamento, sendo o dispositivo posteriormente considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, somente a partir de então com o devido respaldo constitucional, foi publicada a Lei n^o 10.147/00, que instituiu o regime monofásico de recolhimento, mantendo a receita bruta como a base de cálculo das referidas contribuições.

Em decorrência da ampliação da competência constitucional, em seguida, o legislador ordinário editou a Lei n^o 10.637/03, que instituiu o regime não-cumulativo e determinou que a base de cálculo da contribuição ao PIS desse regime seria a totalidade das receitas auferidas²¹, independentemente de sua classificação contábil.

Assim, foi fixado como hipótese de incidência do PIS, além do faturamento, quaisquer outras receitas, como, por exemplo, receitas não operacionais e receitas financeiras. Também nessa hipótese a Receita Federal do Brasil admitiu que o IPI referente às vendas canceladas em geral e o “ICMS-ST” deveriam ser excluídos da base de cálculo do PIS.

²⁰ Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar n^o 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar n^o 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3^o deste artigo.

²¹ Art. 1, da Lei n^o 10.637/02.

Ato contínuo, foi publicada a Medida Provisória nº 627/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.973/14 que, dentre outros pontos, modificou o artigo 12, do Decreto-Lei nº 1.598/77, cujo teor, basicamente, dispõe que a receita bruta das empresas passaria a abarcar o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço da prestação dos serviços em geral, o resultado auferido nas operações de conta alheia, as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica, além dos tributos sobre elas incidentes, e os valores decorrentes do ajuste a valor presente.

Conforme será abordado a seguir, enquanto a legislação anterior não tratava expressamente da inclusão dos tributos incidentes sobre a venda e sobre a prestação de serviços na base de cálculo da contribuição tanto do PIS, quanto da COFINS, a Lei nº 12.973/14 buscou contemplá-la de forma textual.

2.3 Os efeitos da Lei nº 12.973/14 nas apurações do “PIS” e da “COFINS”

Diante de tudo o que foi acima mencionado, a Lei nº 12.973/14 modificou o artigo 12, do Decreto-Lei nº 1.598/77, o qual possuía a seguinte redação:

Art 12. A receita bruta das vendas e serviços compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o preço dos serviços prestados.

Com a mudança trazida pela alteração da legislação, agora ficou expressamente consignado os tributos que se incluem na receita bruta:

Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

III - o resultado auferido nas operações de conta alheia;

IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

(...)

§ 5º. Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

Ademais, importante também destacar que, a Lei nº 12.973/14 alterou o antigo artigo da Lei nº 9.718/98 que dispunha acerca da base de cálculo do PIS e da COFINS no regime cumulativo:

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Ainda, a mesma legislação alterou o artigo 1º e seu parágrafo 1º, da Lei nº 10.833/03, que trata da base de cálculo da COFINS não cumulativa:

Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os seus respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

O mesmo ocorreu em relação ao artigo 1º e seu parágrafo 1º, da Lei nº 10.637/2002, que trata da base de cálculo do PIS não cumulativo:

Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica com os respectivos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Assim sendo, o legislador ordinário, dentre diversos pontos, reiterou a opção pela inclusão do dos tributos (dentre eles o “ISS”) na base de cálculo das Contribuições para o PIS e para a COFINS.

Feitas essas considerações, passa-se a abordar o histórico legislativo e conceitual do imposto municipal ora em comento.

3 O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – “ISSQN” OU APENAS “ISS”

3.1 Hipótese de Incidência e Base de Cálculo

O Imposto sobre serviço de qualquer natureza – mais conhecido como “ISSQN” ou apenas “ISS” é um tributo de competência municipal e é regido pela Lei Complementar 116/2003.

Ocorre que, tendo em vista a exacerbada quantidade de Municípios existentes no Brasil, e com o objetivo de garantir o mínimo de uniformização e evitar a cobrança excessiva pelos Municípios, a Lei complementar adotou um sistema de alíquota máxima fixada para sua cobrança, além de dispor sobre a não incidência do tributo sobre as exportações de serviço para o exterior.

A análise da hipótese de incidência do ISS pressupõe verificar, inicialmente os termos da outorga de sua competência. Como a Constituição Federal de 1988 deu competência aos Municípios para instituir os impostos “sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”²², encontrar a delimitação da norma instituidora do ISS exige, inicialmente, pensar acerca do conceito de serviço, no plano constitucional.

Nesse sentido, conforme leciona Aires Barreto²³, “parece forçoso concluir que serviço tributável é o desempenho de atividade economicamente apreciável, tendente a produzir uma utilidade para outrem, desenvolvida sob o regime de direito privado, mas sem subordinação, com o fito de remuneração”.

Em outras palavras, é esse fato-tipo, que pode ser adotado pelo legislador ordinário municipal como materialidade da hipótese de incidência do ISS.

Dessa forma, hipótese de incidência do ISS é a prestação de serviço, não compreendido na competência tributária dos Estados (art. 155, II, da Constituição Federal de 1988), com conteúdo econômico, de caráter habitual, sob o regime de direito privado, mas sem subordinação, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial.

Por sua vez, em termos infraconstitucionais, o artigo 1º da Lei Complementar nº 116/03 – que é a “Lei do ISS” – dispõe que o fato gerador do aludido tributo é a prestação

²²Art. 156, III, da Constituição Federal de 1988, com redação da EC nº 3/93.

²³ BARRETO, Aires F. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 300.

de serviços constantes da sua lista anexa, ainda que esses não constituam como atividade preponderante do prestador.

O ISS também incide sobre o serviço proveniente do exterior do país, ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior²⁴.

Tendo visto as exceções expressas na Lista, os serviços que estão nela previstos ficam sujeitos apenas a cobrança do ISS, mesmo que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias.²⁵

Ele também incide sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço²⁶.

Por fim, com relação à base de cálculo, conforme o disposto no artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03, salvo poucas exceções²⁷ ela é o preço do serviço.

Neste diapasão, firma-se a problemática da forma como as empresas classificam em sua contabilidade a parte dos valores das Notas Fiscais escrituradas relativas à parcela do “ISS”.

A princípio, para todos os efeitos legais, como visto acima, principalmente após entrar em vigência a Lei nº 12.673/14, a parcela relativa ao “ISS” deve ser auferida pelas empresas em geral como parte de sua receita, o que, como se verá a seguir, é extremamente equivocado, isso, por conta do que se passa a expor.

3.2 A Base de Cálculo das Contribuições Sociais – Faturamento e Receita – Noções à Luz da Doutrina e da Jurisprudência

Como visto nos capítulos anteriores, as normas que versam acerca da Contribuição ao PIS e da COFINS limitam a sua incidência sobre o faturamento ou à receita das pessoas jurídicas, nos termos do artigo 195, inciso I, alínea ‘b’ e no *caput* do artigo 239, ambos da Constituição Federal, sendo que essas grandezas pressupõem a base de cálculo dessas contribuições sociais.

Para fins meramente explicativos, a base de cálculo pode ser compreendida como a expressão econômica do fato gerador do tributo, que deve estar contida na norma que

²⁴ Art. 1º, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 116/03.

²⁵ Art. 1º, parágrafo 2º, da Lei Complementar nº 116/03.

²⁶ Art. 1º, parágrafo 3º, da Lei Complementar nº 116/03.

²⁷ Como o caso do Trabalho Pessoal e do Regime de Estimativa.

descreve a hipótese de incidência tributária. Assim, quando a lei institui um tributo, há de se referir a uma realidade economicamente quantificável, que nos permitirá identificar a espécie tributária.²⁸

A controvérsia acerca da inclusão do “ISS” na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, como já dito, reside justamente na amplitude dos conceitos de receita e faturamento, tendo o Fisco, historicamente, entendido que o imposto é abrangido por essas grandezas, enquanto os contribuintes rechaçam essa ideia.

O conceito de faturamento advém do Direito Comercial, mais precisamente do artigo 219²⁹ do antigo Código Comercial (revogado em grande parte pelo Código Civil). Grosso modo, significava a obrigatoriedade de emitir faturas em vendas por atacado, o que exteriorizava que esse documento possuía cunho de natureza contratual.

A fatura caiu em desuso quando do surgimento da obrigação de emissão de notas fiscais relativas à venda de mercadorias, entretanto, após a entrada em vigor da Lei nº 5.474/68, que veio disciplinar as duplicatas, tornou-se obrigatória a emissão das faturas nas vendas a prazo entre comerciantes e, a partir deste momento, faturamento passou a significar o somatório das vendas de mercadorias com prazo de pagamento superior a 30 dias.³⁰

Por questão de simplicidade, grande parte do empresariado optou pela emissão de faturas para todas as suas operações, inclusive relativas à prestação de serviço, com a nota fiscal já incluída no mesmo documento, surgindo daí a figura da Nota Fiscal/Fatura. Com o tempo, o conceito de faturamento foi se generalizando como a totalização das vendas ou das prestações de serviço em determinado período.³¹

A Lei Complementar nº 70/91, que criou a “COFINS”, andou nesse sentido ao expressamente aduzir no art. 2º que tal contribuição incidiria “*sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*”.

²⁸ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30ª edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p 135

²⁹“Art. 219 - Nas vendas em grosso ou por atacado entre comerciantes, o vendedor é obrigado a apresentar ao comprador por duplicado, no ato da entrega das mercadorias, a fatura ou conta dos gêneros vendidos, as quais serão por ambos assinadas, uma para ficar na mão do vendedor e outra na do comprador. Não se declarando na fatura o prazo do pagamento, presume-se que a compra foi à vista (artigo nº. 137). As faturas sobreditas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador, dentro de 10 (dez) dias subsequentes à entrega e recebimento (artigo nº. 135), presumem-se contas líquidas.”

³⁰ROSA, Dênerson Dias. *Da impossibilidade de fornecimento, por shopping centers, de informações sobre faturamento de seus lojistas*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5951>>. Acesso em:5 jun. 2013.

³¹ROSA, Dênerson Dias. *Op. cit.* Acesso em:5 jun. 2013.

Esse conceito de faturamento, referente a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços, encontrava guarida não só na doutrina e legislação, mas também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do “FINSOCIAL” das prestadoras de Serviço (RE nº 150.755-1) o Ministro Sepúlveda Pertence assim destacou em seu voto.

Por tudo isso, não vejo inconstitucionalidade no art. 28 da L. 7.738, a cuja validade entendo restringir-se o tema deste recurso extraordinário, desde que nele a ‘receita bruta’, base de cálculo da contribuição, se entenda referida aos parâmetros de sua definição no DL 2.397/87, de modo a conformá-la à noção de faturamento da empresa prestadoras de serviços.

(...)

Tentei mostrar que, cuidando-se de empresas de serviço, o conceito de receita bruta do Decreto-lei 2.397/87, doutrinariamente, correto ou não, na verdade se reduzi ao que é a noção corrente de faturamento.³²

Esse entendimento de faturamento foi ratificado quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 01, que tinha por objeto a COFINS, quando o Ministro Moreira Alves assim asseverou:

De outra parte, o DL n. 2.397/87, que alterou o DL. N. 1.940/82, em seu art. 22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal como a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, conceito este que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas as vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão somente nas vendas mercantis a prazo.

(...)

Note-se que a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como ‘a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza’ nada mais fez do que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Min. Ilmar Galvão, no voto que proferiu no RE 150.764.³³

Sacha Calmon Navarro Coelho resume bem os debates que foram travados no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca do conceito de faturamento, sendo ao fim, o mesmo entendido como as receitas decorrentes da venda de bens e prestação de serviços intrinsecamente ligados ao escopo social do empreendedor.

O conceito de faturamento foi objeto de intensa discussão no STF nos últimos anos, tendo ficado assente que se restringe às receitas auferidas nas vendas de bens e serviços intrinsecamente ligadas ao objeto social do contribuinte.³⁴

³² Recurso Extraordinário nº 155.755/PE, Plenário do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Carlos Velloso, Relator p/ acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 18 de novembro de 1992.

³³ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 1º de dezembro de 1993.

³⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O ICMS não integra a Base de Cálculo do PIS/Cofins – ADC nº 18*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 196. São Paulo: Dilética, 2012., p. 152.

Vê-se, portanto, que nesse momento a legislação, a doutrina e a jurisprudência convergiam quanto ao sentido que fora atribuído ao termo “faturamento”, base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com o advento da Lei nº 9.718/98, tenta-se ampliar o conceito de faturamento, que já se encontrava amplamente consolidado entre a doutrina e jurisprudência, para que fosse entendido como a “*totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*” (art. 3º, parágrafo primeiro). Ou seja, o ‘faturamento’ passaria a abarcar toda e qualquer receita auferida pela pessoa jurídica.

Novamente Sacha Calmon Navarro Coelho, em estudo realizado sobre a questão, tece os seguintes comentários sobre o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS promovido pela Lei nº 9.718/98 e a mudança do conceito de faturamento.

Pois bem, consolidado o conceito constitucional de faturamento, advém a Lei nº 9.718/98, que tenta ampliá-lo para abarcar quaisquer receitas auferidas. Tal tentativa foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal que, novamente, enalteceu o conceito restrito de faturamento (RE nº 357.950-9/RS): (...).

Sobreveio, então, a EC nº 20/1998, que modificou o art. 195 da Carta, ampliando a competência da União em matéria de contribuições para a Seguridade Social, de modo a permitir-lhe tributar o faturamento e a receita. Tal outorga de competência foi exercida por meio as Leis nºs 10.637/2002, para o PIS, e 10.833/2003, para a Cofins.³⁵

A tentativa de alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS por meio da Lei nº 9.718/98 foi levado ao exame do Plenário do Supremo Tribunal Federal, momento em que se julgou inconstitucional o parágrafo primeiro do artigo 3º, que ampliou o conceito de faturamento – já consolidado na Corte – para englobar todas as receitas da pessoa jurídica.

Para Sacha Calmon, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou a redação do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, para incluir o termo “receita” como base de cálculo das contribuições sociais, estaria legitimada a tentativa de tributar tanto a receita quanto o faturamento.

Essa pretensão foi efetivamente exercida com o advento das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, as quais instituíram o regime não cumulativo para a Contribuição ao PIS e a COFINS.

³⁵Ibid. p. 152-153.

Helena Torres sugere que essa alteração do conceito de receita e faturamento, mesmo após o advento da Lei Complementar nº 20/98, e as Leis nºs 10.833/03 e 10.637/02, violaria o quanto dispõe o artigo 110, do Código Tributário Nacional, no sentido que seria defeso ao legislador ordinário usurpar do direito privado o sentido conferido à palavra “faturamento”.

(...) sequer as disposições posteriores à edição da EC nº 20/98, como as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, tampouco estas, poderiam dispor nova qualificação para o conceito de faturamento, pela demarcação material que esta qualificação requer. De fato, como é sabido, com a Lei 9.718/98 o termo ‘receita bruta’ ganhou dimensão mais elástica, para alcançar a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação fiscal adotada para as receitas. Era a lei superando os limites impostos pela conceituação usada na tipicidade constitucional; o que ainda se seguiria, mesmo após a edição da EC nº 20/98, que agregara o conceito de ‘receita’ àquele de ‘faturamento’.

(...)

Seguindo o quanto dispõe o art. 110, do CTN, o sentido que se deve atribuir ao termo juridicamente qualificado como faturamento ou receita, pela Constituição, para o exercício de Competência da União, deve ser aquele que a legislação de direito privado designe como tal. Sendo assim, os conceitos de ‘faturamento’ e de ‘receita’, quanto núcleos da competência tributária em questão, preservando seus limites matéris, não poderiam ser superados pelas leis postas. (...) ³⁶

Não se adentrará esse mérito no presente trabalho. Sendo ou não vedada a alteração do conceito de faturamento e receita em função dos princípios de interpretação da norma tributária, tem-se que as Leis que promoveram o alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS se encontram válidas e em vigência até o momento. Nesse sentido, até que o Supremo Tribunal venha por proclamá-las inconstitucionais, tal qual fez com o parágrafo primeiro do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, ou Lei posterior venha à revogá-las, entende-se pela validade da alteração do conceito promovida pós Emenda Constitucional nº 20/98.

O conceito de receita pós Emenda Constitucional nº 20/98, portanto, pode ser extraído do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 357.950-9/RS, restando entendimento que faturamento seria espécie do gênero receita.

No acórdão, o pronunciamento do Ministro Eros Grau deixa claro que enquanto o faturamento deveria se resumir ao produto arrecadado ao patrimônio do contribuinte e resultante das vendas de bens e mercadorias no cumprimento do objeto social, as receitas detinham alcance mais amplo, atingindo as denominadas receitas-meios (receitas financeiras etc...), alcançando parcelas alheias às atividades precípuas do contribuinte. ³⁷

³⁶ TORRES, Helena Taveira. *Juros sobre Capital Próprio: Autonomia Privada nos Investimentos Societários e suas implicações em Matéria Tributária*. In: Revista Internacional de Direito Tributário nº 05. São Paulo: Ed. Del Rey., 2006 p.78

³⁷COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.* p. 155.

Ora, se receita bruta (=receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços) coincide, qual afirmou esta Corte, com a noção de faturamento, a inserção do termo de um outro conceito – ‘receita’ – no texto constitucional há de estar referindo outro conceito, que não o que coincide com a noção de faturamento. Para exemplificar, sem qualquer comprometimento com a conclusão: receita como totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante para a determinação dessa totalidade o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para tais receitas.

Temos aí receita bruta, termo de um conceito, e receita bruta, termo de outro conceito. No primeiro caso, receita bruta que é enquadrada na noção de faturamento, receita bruta das vendas e serviços do agente econômico; isto é, proveniente das operações do seu objeto social. No segundo, receita bruta que envolve, além da receita bruta das vendas e serviços do agente econômico – isto é, das operações do seu objeto social – aquela decorrente de operações estranhas a esse objeto.³⁸

Nesse sentido, Sacha Calmon sintetiza que o que diferencia o faturamento da receita bruta é que o primeiro é obtido no estrito cumprimento do objeto social da pessoa jurídica, enquanto as receitas totais englobam outras receitas, alheias ao objeto social do contribuinte. Assim, a legislação estaria permitindo a incidência das contribuições sociais sobre grandezas que não sejam inerentes às atividades precípua da pessoa jurídica, mas não permitindo a incidência sobre todas as parcelas.

Noutras palavras: A EC nº 20/98 permitiu a incidência do PIS e da COFINS sobre receitas decorrentes de outras atividades (como as receitas financeiras), mas não sobre outras parcelas (caso do ICMS) relacionadas com as vendas de mercadorias e/ou serviços que sempre constituíram o seu fato gerador”.³⁹

Sobre esse ponto, as palavras de Aires Barreto ilustram bem o quanto tratado acima. O termo ‘receita’ deve ser conceituado como tudo aquilo que entra e que integra o patrimônio do contribuinte, incrementando-o.

As receitas são entradas que modificam o patrimônio da empresa, incrementando-o. Os ingressos envolvem tanto as receitas quanto as somas pertencentes a terceiros (valores que integram o patrimônio de outrem); são aqueles valores que não importam modificação no patrimônio de quem os recebe, porém mero trânsito para posterior entrega a quem pertencem. (...) Apenas os aportes que incrementam o patrimônio, como elemento novo e positivo, são receitas. (...) Receita é, pois, a entrada que, sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, se integra ao patrimônio da empresa, crescendo-o, incrementando-o.

(...)

Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que a recebe. As receitas devem ser escrituradas separadamente das meras entradas. É que estas não pertencem à entidade que as

³⁸Voto do Ministro Eros Grau, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 357.950, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 9 de novembro de 2005.

³⁹COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.* p. 155.

recebe. Têm caráter eminentemente transitório. Ingressam a título provisório, para saírem, com destinação certa, em breve lapso de tempo.⁴⁰

Geraldo Ataliba, no mesmo sentido de Aires Barreto, salienta que o conceito de receita abarca apenas os valores que venham a integrar o patrimônio da entidade que o recebe:

O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo dinheiro que ingressa nos cofres de entidade. Nem toda entrada é uma receita. Receita é a entrada que passa a pertencer a entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que o recebe.”⁴¹

Rodrigo Petry, segue na mesma linha dos demais e, em estudo sobre os conceitos de faturamento e receita para fins da inclusão ou não do ICMS na base imponível à Contribuição ao PIS e a COFINS, assevera que ambos os conceitos devem ser representadas pelas próprias riquezas do sujeito passivo. *In verbis*.

“Especificamente em relação às materialidades descritas como ‘faturamento’ e ‘receita’, observamos que devem: i) ser efetivamente auferidas pela pessoa jurídica sujeita à tributação; ii) ser representadas pela ‘riqueza própria dos sujeitos passivos, especialmente em obediência ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º, da CF/1988), que em sua expressão objetiva se aplica indubitavelmente às contribuições Cofins e PIS/Pasep.”⁴²

A conclusão alcançada após tantos posicionamentos convergentes só poderia ser uma: seja ao tempo da tributação do faturamento, seja após o alargamento válido da base de cálculo do PIS e da COFINS para abranger todas as receitas, os recursos, para serem tributáveis, devem ingressar o patrimônio como nova riqueza, sem a imediata geração de nova obrigação.⁴³

Outra conclusão que se atinge é que, dado os conceitos de receita e faturamento perpetrados até então perante a Suprema Corte, o ISS não deveria incluir a base de cálculo do PIS e da COFINS por se tratar de receita de terceiros (do próprio Município), a qual também não pode ser equiparada a receita própria que ingressa de forma positiva e efetiva no patrimônio do contribuinte.

⁴⁰ BARRETO, Aires F. *A Nova Cofins: Primeiros apontamentos*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 103. São Paulo: Dialética, 2004, p. 10.

⁴¹ ATALIBA, Geraldo. *ISS e base imponível*. In: *Estudos e pareceres de direito tributário*. São Paulo: RT, 1978, p. 91.

⁴² PETRY, Rodrigo Caramori. “Faturamento”, “Receita” e “Meros Ingressos”: a “Exclusão” do ICMS e do IPI da Base de Cálculo das Contribuições Cofins e PIS/Pasep. In: Revista Dilética de Direito Tributário nº 151. São Paulo: Dialética, 2008, p. 90.

⁴³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Op. cit., p. 157.

Ocorre que, como já dito, o tema demanda análise minuciosa das questões, haja vista as posições controversas, o embate entre fisco e contribuintes, bem como a relevância econômica envolvida.

4 O “ISS” NA BASE DE CÁLCULO DO “PIS” E DA “COFINS” – A SUA INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 O Artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988

Conforme já fora anteriormente mencionado, o PIS e a COFINS possuem como bases de cálculo o faturamento ou a receita bruta da pessoa jurídica, tal como fora estabelecido pelo artigo 195, inciso I, e 239, ambos da Constituição Federal de 1988. O faturamento ou a receita devem ser compreendidos como sendo a receita bruta dos serviços de qualquer natureza e outras receitas efetivamente auferidas pela pessoa jurídica.

Não se combinam com o conceito de faturamento ou de receita bruta da pessoa jurídica aqueles ingressos decorrentes do ISS, cujos montantes são integralmente repassados para o Tesouro do Município. Em verdade, o “ISS” é ingresso que se destina ao pagamento de terceiros (Municípios), não se incorporando ao patrimônio da pessoa jurídica, apenas transitando por sua contabilidade e, portanto, não correspondendo a uma receita da dos contribuintes em geral.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, (e, recentemente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR afetado sob a sistemática de Repercussão Geral), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ICMS, não deve integrar a base de cálculo da COFINS, em face do estabelecido no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, cabe colacionar o voto do ilustre Ministro Marco Aurélio Mello, Relator do processo, que desde o seu início já havia adotado posicionamento favorável aos contribuintes, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – (...) Resta examinar o específico, ou seja, a violência ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal”.

(...)

No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI. Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. **O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea ‘b’ do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal.** Cumpre ter presente a

advertência do ministro Luiz Gallotti, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 71.758: **‘se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição’** - RTJ 66/165. Conforme salientado pela melhor doutrina, **‘a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas’**. A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. Por isso mesmo, o artigo 110 do Código Tributário Nacional conta com regra que, para mim, surge simplesmente pedagógica, com sentido didático, a revelar que: A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão ‘folha de salários’, a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão ‘faturamento’ envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. **Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir o contrário é querer, como salientado por Hugo de Brito Machado em artigo publicado sob o título ‘Cofins - Ampliação da base de cálculo e compensação do aumento de alíquota’, em ‘CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – PROBLEMAS JURÍDICOS’, que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria.** Conforme previsto no preceito constitucional em comento, a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerada, isso sim, um desembolso.

Por tais razões, conheço deste recurso extraordinário e o provejo para, reformando o acórdão proferido pela Corte de origem, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação declaratória intentada, assentando que **não se inclui na base de cálculo da contribuição, considerado o faturamento, o valor correspondente ao ICMS.** Com isso, inverteo os ônus da sucumbência, tais como fixados na sentença prolatada. [Grifos não constam do original]

Nota-se, de acordo com o trecho acima colacionado que, à luz da interpretação dos artigos 195, inciso I, e 239, ambos da Constituição Federal de 1988, o conceito constitucional de faturamento ou receita bruta não abarcaria os valores que serão repassados aos Tesouros Municipais a título de ISS, pelo que deve o mesmo ser excluído das bases de cálculo da “Contribuição para o PIS e da COFINS, eis que ausentes a materialidade e a legalidade de sua imposição.

Veja-se agora o Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, do qual destaca-se a doutrina de Roque Antonio Carrazza:

(...) ‘**Faturamento**’ não é um simples ‘rótulo’. Tampouco, ‘venia concedida’, é uma ‘caixa vazia’, dentro da qual o legislador, o intérprete ou o aplicador podem colocar o que bem lhes aprouver.

Pelo contrário, ‘faturamento’, no contexto do art. 195, I, da CF (que menciona este instituto próprio do Direito Comercial), tem uma acepção técnica precisa, da qual o Direito Tributário não pode afastar-se. (...)

Noutras palavras, ‘faturamento’ é a contrapartida econômica, auferida, como ‘riqueza própria’, pelas empresas em razão do desempenho de suas atividades típicas. Conquanto nesta contrapartida possa existir um componente que corresponde ao ICMS devido, **ele não integra nem adere ao conceito de que ora estamos cuidando.** (...)

O ‘punctum saliens’ é que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos destes tributos ‘faturam ICMS’. A toda evidência, eles não fazem isto. Enquanto o ICMS circula por suas contabilidades, eles apenas obtêm ‘ingressos de caixa’, que não lhes pertencem, isto é, não se incorporam a seus patrimônios, até porque destinados aos cofres públicos estaduais ou do Distrito Federal.

Portanto, a integração do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS traz como inaceitável consequência que contribuintes passem a calcular as exações sobre receitas que não lhes pertencem, mas ao Estado-membro (ou ao Distrito Federal) onde se deu a operação mercantil (cf. art. 155, II, da CF).

A parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de ‘faturamento’ (e nem mesmo de ‘receita’), mas de simples ‘ingresso de caixa’ (na acepção ‘supra’), não podendo, em razão disso, compor a base de cálculo quer do PIS, quer da COFINS.

Ademais, se a lei pudesse chamar de ‘faturamento’ o que ‘faturamento’ não é (e, a toda evidência, empresas não faturam ICMS), cairia por terra o rígido esquema de proteção ao contribuinte, traçado pela Constituição. (...)

Em suma, a inclusão, na base de cálculo do PIS e da COFINS, do valor corresponde ao ICMS pago abre espaço a que a União Federal locuplete-se com ‘exações híbridas e teratológicas’, que não se ajustam aos modelos de nenhum dos tributos que a Constituição, expressa ou implicitamente, lhe outorgou.

Daí por que a inclusão, na base de cálculo da COFINS, de elemento (o valor do ICMS) que não reflete receita própria do sujeito passivo distorce sua efetiva aptidão para contribuir e acarreta aumento indevido e – pior – inconstitucional da carga tributária.’ (grifei) [Alguns grifos constam do original]

Portanto, a parcela relativa ao “ISS” não tem natureza de faturamento, tampouco de receita bruta, mas de mero ingresso de caixa, haja vista serem montantes destinados aos entes políticos respectivos, *in casu*, aos Municípios. Conforme leciona Carrazza, incluir o ICMS e, da mesma forma, o “ISS”, na base de cálculo da COFINS e da “Contribuição para o PIS é defender o entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturam ICMS e ISS, fato que, logicamente, não possui amparo no sistema jurídico vigente.

Ou seja, de acordo com os artigos 195, inciso I, e 239, ambos da Constituição Federal de 1988, é manifestamente inconstitucional a inclusão do ISS nas bases de cálculo das contribuições sobre faturamento ou receita bruta.

Esta questão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não é nova, pois aquela mesma Corte já havia decidido ser ilegítima a inclusão do IPI na base de cálculo do PIS, como se depreende das ementas ora transcritas:

Recurso Extraordinário. Programa de Integração Social. Base de cálculo. Exclusão do IPI. Ação de repetição de indébito. Lei Complementar nº 07/70. Natureza do PIS. Procedência da ação, mantida pelo acórdão recorrido. Súmulas 282 e 356. Recurso não conhecido.⁴⁴

Restituição de indébito. Pis: cálculo do ipi de sua base. É de excluir-se o ipi, dada a sua natureza de imposto indireto, da base de cálculo do pis.⁴⁵

Ademais, em especificamente em relação ao ISS, a Suprema Corte já se manifestou na seguinte forma:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE O VALOR DA RECEITA BRUTA. ARTIGOS 7º, 8º E 9º DA LEI 12.546/11. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

“Nesse passo, importa aqui a verificação do conceito de receita bruta, relativamente ao ISS. Assim, a discussão aqui posta em tudo se assemelha à discussão sobre a inclusão do ISS (e do ICMS) na base de cálculo da PIS e da COFINS, que nada mais é do que a receita bruta..”

Por conseguinte, embora o presente feito verse sobre a possibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo da contribuição instituída pela Lei nº 12.546/2011, ao passo que o Tema 69 da sistemática da repercussão geral trate da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, cujo recurso-paradigma é o RE-RG 574.706, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, DJe 16.05.2008, a similaridade das discussões recomenda soluções verossimilhantes.

(...)

4. Precedentes deste Regional.⁴⁶

Cabe destacar ainda, que o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal vem sendo adotado por diversos Tribunais Regionais Federais, conforme se nota das ementas de decisões proferidas a seguir destacadas:

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. A inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS viola o art. 195, I, b, da Constituição (RE 240785/MG, DJe de 16/12/2014).

3. O raciocínio adotado para a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS também é cabível para excluir o ISS.

4. Agravo retido a que se julga prejudicado.

⁴⁴ Recurso Extraordinário nº 107.392/RS, proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Neri da Silveira, publicado no Diário da Justiça em 13 de dezembro de 1991.

⁴⁵ Recurso Extraordinário nº 103.924/SP, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Aldir Passarinho, publicado no Diário da Justiça em 06 de dezembro de 1985.

⁴⁶ Recurso Extraordinário nº 1.021.180/SC, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Edson Fachin, publicado no Diário de Justiça em 09 de março de 2017.

5. Apelação a que se dá parcial provimento.⁴⁷

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS/COFINS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. BASE DECÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO.

1. Não se conhecerá do agravo retido se a parte não requerer expressamente sua apreciação pelo Tribunal nas razões ou na resposta da apelação (CPC, art. 523, § 1º).
2. O Pleno do STF (RE nº 566.621/RS), sob o signo do art. 543-B/CPC, que concede ao precedente extraordinária eficácia vinculativa que impõe sua adoção em casos análogos, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando aplicável a prescrição quinquenal às ações repetitórias ajuizadas a partir de 09/JUN/2005.
3. Consoante entendimento firmado no STF, é inconstitucional a ampliação do conceito de faturamento, previsto no art. 3º, caput, § 1º, da Lei 9.718/1998 (repercussão geral no RE 585.235/MG).
4. "O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento". (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001).
5. O raciocínio adotado para exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS é cabível para também excluir o ISS.
6. Quanto à compensação, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que a lei que rege a compensação tributária é a vigente na data de propositura da ação, ressalvando-se, no entanto, o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores. Precedente (REsp nº 1.137738/SP - Rel. Min. Luiz Fux - STJ - Primeira Seção - Unânime - DJe 1º/02/2010). Aplicável, ainda, o disposto no art. 170-A do CTN.⁴⁸

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.
2. Cumpre acolher, pois, a orientação da Turma, firmada a propósito do ISS e ICMS.
3. Agravo de instrumento desprovido.⁴⁹

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DEFERIDA.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o faturamento, compreendido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação e classificação contábil, ou seja, a receita bruta da venda de bens e serviços, nas operações em conta própria ou alheia, e todas as demais receitas

⁴⁷ Apelação em Mandado de Segurança nº 0039077-25.2012.4.01.3300/SP, proferida pela Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, publicado no Diário da Justiça em 17 de julho de 2015.

⁴⁸ Agravo Retido em Apelação Cível nº 0020567-09.2013.4.01.3500, proferida pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão, publicado no Diário da Justiça em 27 de maio de 2016.

⁴⁹ Agravo de Instrumento nº 0003841-22.2016.4.03.0000, proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relator: Juiz Federal convocado Leonel Ferreira, publicado no Diário da Justiça em 13 de maio de 2016.

auferidas pela pessoa jurídica (art. 1º, caput e § 1º, das Leis nºs. 10.637/2002 e 10.833/2003, editadas na vigência da Emenda Constitucional nº 20/98).

2. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento ainda não encerrado (RE nº 240.785-2/MG), vem entendendo pela configuração da violação ao art. 195, I, da CF, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento (Informativo nº 437, do STF).

3. Esse fundamento alcança a contribuição para o PIS, tendo em vista que sua base de cálculo também é o faturamento, compreendido como sinônimo de receita bruta.

4. O mesmo entendimento aplica-se ao ISS, na medida em que este imposto, cuja instituição compete aos Municípios (art. 156, III, da Constituição Federal), não configura receita do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no art. 195, I, 'b', da Carta Magna.

5. A impetrante faz jus à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS e COFINS sobre a parcela correspondente ao ISS, no período dos cinco anos que antecedem a propositura desta ação, cuja regência será da lei em vigor na data do encontro das contas e não a lei da data do surgimento dos créditos, a partir do trânsito em julgado da sentença. (...)⁵⁰

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ISS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRECEDENTE DO STF.

- Quando do julgamento do RE 566.621-RS, Rel. Min. Ellen Gracie, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar n. 118/05 na parte em que determina sua aplicação às ações e pedidos administrativos de repetição de indébito protocolados antes de sua vigência, reconhecendo não haver nenhuma inconstitucionalidade em sua aplicação aos indébitos pagos anteriormente, mas que não tenham sido objeto de pedido de repetição, na via administrativa ou judicial, até 09/06/2005. In casu, tendo a presente demanda sido proposta em 16.12.2015, quando em vigor a Lei Complementar nº 118/05, há de se reconhecer a compensação das parcelas que foram recolhidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.

- O STF, em 08.10.2014, à maioria, julgou o RE nº 240785-MG, da Relatoria do Min. Marco Aurélio, entendendo que o valor retido a título de ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF/88. Relativamente à exclusão do ISS da base de cálculo das referidas exações há de se utilizar analogicamente os argumentos expendidos quando da análise da matéria pertinente à não inclusão do ICMS.

- As alterações ocorridas nas nºs Leis 10.637/02 e 10.833/03, perpetradas pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, com a vigência a partir de 1º de janeiro de 2015, não se coadunam com a interpretação dada pelo colendo STF, que entende ser incabível a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, tendo em vista que tais valores não adentram nos cofres do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei.

- Assegurado o direito de se excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o montante relativo ao ISS. Reconhecido o direito à compensação dos valores que foram indevidamente recolhidos com tributos da mesma espécie, corrigidos pela taxa SELIC, respeitada a limitação do art. 170-A do CTN.

- Apelação e remessa desprovidas.⁵¹

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS e ISS. BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. NÃO INCLUSÃO.

⁵⁰ Apelação Cível nº 0001548-39.2012.4.03.6105/SP, proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relator: Juiz Federal convocado Ciro Brandani, publicado no Diário da Justiça em 30 de julho de 2014.

⁵¹ Apelação Cível nº 08042346320144058200, proferida pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator: Rubens de Mendonça Canuto, Data do Julgamento em 17 de março de 2016.

1. Incabível a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, tendo em vista que o faturamento compreende o valor obtido com a operação (negócio jurídico) devenda de mercadorias e prestação de serviços, somente cabendo nesse conceito aquilo que de fato adentra nos cofres do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei. Assim, o ICMS representa um ganho não do contribuinte, mas sim do estado federado, que detém a competência de instituí-lo e cobrá-lo. Precedente do STF: Pleno, RE nº 240785/MG, rel. Min. Marco Aurélio, Dje 16/12/2014. Aplicação analógica da decisão para o caso em tela, em que se discute também a incidência das aludidas contribuições sobre o ISS.
2. Apelação e remessa necessária desprovidas.⁵²

Portanto, considerando a natureza constitucionalmente delineada para o ICMS, ISS e IPI, tais impostos não poderiam ser considerados faturamento (ou receita bruta) das pessoas jurídicas; a uma, porque representam receita dos Tesouros Estaduais, Municipais e da União, respectivamente; e, a duas, pois a pessoa jurídica, funciona como mero agente arrecadador do fisco, uma vez que apenas recolhe o valor do tributo para, depois, transferi-lo integralmente ao Tesouro Municipal, no caso do ISS. Logo, quem fatura o ICMS, o ISS e o IPI são os Estados, os Municípios e a União, nesta ordem, e não as pessoas jurídicas.

Sob um outro aspecto, é certo que receber dinheiro sempre foi entendido, pelo menos na recente história da tributação, como sendo um signo presuntivo de capacidade contributiva, tendo, portanto, sido frequentemente eleito como hipótese de incidência tributária.

O ato de receber dinheiro implica sempre *movimentação financeira*, sob a forma de um *ingresso* para quem recebe. Se esse ingresso decorrer da atividade mercantil da sociedade, será considerado *faturamento*. Se ocorrer a título definitivo, sem qualquer obrigação como contrapartida, ele será uma *receita*. E se, no decurso de algum lapso temporal predeterminado, o somatório das receitas for superior à soma das despesas incorridas para a geração daquelas, tais receitas terão gerado *lucro*.⁵³

Esses quatro fatos jurídicos – a mera movimentação financeira, o faturamento, a receita e o lucro – são previstos pela nossa Constituição como hipóteses de incidências tributárias de contribuições previdenciárias, a extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, o PIS, a COFINS e a Contribuição Social sobre o Lucro.

A partir do momento em que a própria Constituição Federal de 1988 distingue claramente cada uma dessas bases imponíveis, não pode o legislador infraconstitucional

⁵² Apelação Cível nº 08086676720154058300, proferida pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator: Rubens de Mendonça Canuto, Data do Julgamento em 29 de abril de 2016.

⁵³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Conceito de Receita como Hipótese de Incidência das Contribuições para a Seguridade Social (para Efeitos da COFINS e da Contribuição ao PIS), 1ª Quinzena de Janeiro de 2001 — nº 1/2001 — Caderno 1. São Paulo: IOB, p. 21.

pretender confundi-las, de modo a tributar receita como se lucro fosse ou o mero ingresso como se fosse receita ou faturamento.

Com efeito, o conceito de faturamento está restrito aos valores que ingressam nos cofres da empresa a título de contraprestação pela prestação de serviços. O ISS, por ser um tributo indireto, é acrescentado ao valor da prestação do serviço e repassado aos Municípios. Como não faz parte da remuneração da atividade da empresa, o ISS não integra o seu faturamento.

Contudo, não é só. A inclusão do “ISS” nas bases impositivas do PIS e da COFINS ofende frontalmente o Princípio da Imunidade Recíproca, insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, inciso IV, alínea “a”, conforme demonstrado a seguir.

4.2 O Artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988

O princípio da imunidade recíproca, previsto no artigo supramencionado da atual Constituição Federal impede a cobrança de tributo federal (PIS e COFINS) sobre tributo municipal (ISS), e vice-versa. Em sentido análogo julgou o Supremo Tribunal Federal, ao vedar a cobrança do ICMS (tributo estadual) sobre contribuições devidas aos extintos “IAA” - Instituto do Açúcar e do Alcool e “IBC” – Instituto Brasileiro do Café (tributos federais), nas saídas de açúcar e café, cabendo mencionar o voto então proferido pelo ilustre Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

Tenho para mim, em consequência, que assiste às empresas exportadoras de café em grão, nas operações efetuadas para o Exterior, o direito de pagarem o ICM, tomando-se como base de cálculo apenas o valor líquido faturado, dele excluído – por força do princípio constitucional da imunidade tributária recíproca – o quantum pertinente à quota da contribuição, devida e arrecadada pelo IBC. O Estado-membro, limitado constitucionalmente em sua competência impositiva, não pode exigir, para efeito do pagamento do ICM, a inclusão, em sua respectiva base de cálculo, do valor da quota de contribuição a que se refere o Decreto-Lei nº 2.295/86, pela relevante circunstância de que, constituindo, essa contribuição, receita da União Federal, restaria vulnerada, acaso atendida semelhante pretensão fiscal da Fazenda do Estado, a norma consubstanciada na Lei Fundamental que, consagrando o princípio da imunidade tributária recíproca, veda aos entes públicos a instituição de quaisquer impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros.⁵⁴ [Grifos não constam do original]

Nesse sentido, ainda, cabe destacar trecho de voto do Ilustre Ministro Paulo Brossard, proferido nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº

⁵⁴ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 136.228/SP, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 04 de outubro de 1991

136.878/SP, no qual a Fazenda do Estado de São Paulo se insurgia contra a exclusão da contribuição devida ao “IBC” da base de cálculo do ICMS:

Como renda da União, não pode servir de base de cálculo para outro tributo, cuja cobrança importaria em infração à regra da imunidade recíproca; o valor da quota da contribuição, devida é arrecadada pela União, é receita desta e desse modo não pode figurar na base de cálculo de imposto estadual e deve ser excluída do valor tributado. Segundo o saudoso Ministro SOARES MUÑOZ, **a Constituição não quer que as rendas dos entes públicos – União, Estados, Municípios – sirvam de base de cálculo a impostos** e quando excepciona este princípio o faz de maneira expressa.⁵⁵ [Grifos não constam do original]

Sendo assim, é forçoso concluir que a cobrança do PIS e da COFINS sobre receita tributária dos Estados e dos Municípios implica flagrante e manifesta violação ao artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, razão que reforça ainda mais o argumento para afastar a apuração, pelas empresas em geral, do PIS e da COFINS levando em conta os valores recebidos a título de ISS.

Ademais, e não menos importante, ressalta-se que a atual forma de apuração das bases impositivas do PIS e da COFINS afronta, o Princípio da Capacidade Contributiva, presente no artigo 145, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, pelos seguintes motivos.

4.3 O Artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988

A inclusão do ISS no montante aferido a título de faturamento ou receita bruta pelas empresas em geral para efeito de cobrança do PIS e da COFINS viola, ainda, o princípio da capacidade contributiva, pois considera faturamento ou receita o que, em verdade, será destinado aos Municípios. Com isto, distorce a real aptidão dos contribuintes para contribuir, pois dimensiona de forma irreal seu faturamento, que ainda será diminuído pelo repasse do “ISS” aos cofres dos entes públicos municipais.

Com a finalidade de identificar tal capacidade, a Constituição Federal de 1988 traça, inclusive, parâmetros para que a Capacidade Contributiva seja realmente efetiva, é dizer, para que traduza a real aptidão da pessoa para contribuir. Não é outro o sentido do respeito aos “direitos individuais”, “patrimônio”, “rendimentos” e “atividades econômicas do contribuinte”, a que alude o parágrafo primeiro, do artigo 145, da Constituição Federal de

⁵⁵ Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 136.878/SP, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Ministro Paulo Brossard, julgado em 30 de março de 1992.

1988. Neste sentido, é a decisão proferida pela então Juíza Federal Regina Helena Costa, em caso semelhante, mas em tudo aplicável à hipótese ora debatida, *in verbis*:

(...) Não obstante o teor da Súmula nº 94 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, proferida na apreciação de tese semelhante a presente – inclusão do ICM na base de cálculo do FINSOCIAL – segundo a qual a parcela relativa àquele tributo integra a base de cálculo desta contribuição, ousou divergir desse entendimento.

Isto porque, como, logicamente, as empresas não faturam impostos, a base de cálculo da contribuição para o financiamento da seguridade social, instituída pela Lei Complementar nº 70/91, não pode ser por eles integrada, sob pena de, inclusive, vulnerar-se o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, C.R.).

Com efeito, um dos requisitos da capacidade contributiva do sujeito passivo a ser considerada é a efetividade; em outras palavras, a capacidade contributiva considerada na hipótese de incidência tributária deve ser real, concreta e não meramente presumida ou fictícia (Cf. grafei em ‘Princípio da Capacidade Contributiva’, 2ª ed., Malheiros Editores, 1996, p. 83).

Se assim é, incluir-se na base de cálculo elemento que não reflete a capacidade econômica do sujeito – no caso, valor de imposto – é distorcer a dimensão de sua efetiva aptidão para contribuir, inchando-a e acarretando, conseqüentemente, aumento indevido de carga tributária.

Distinguem-se, perfeitamente, a receita da empresa, da receita tributária e, desse modo, a mesma exação não pode ser qualificada como das duas naturezas.

Portanto, sendo inegável a natureza tributária da receita proveniente do ICMS, o montante correspondente a esse imposto não pode integrar o faturamento da empresa.

(...)

Lembre-se, por derradeiro, que o legislador tributário exclui, expressamente, da base de cálculo da contribuição em tela, a parcela correspondente ao Imposto sobre Produtos Industrializados (art. 2º, parágrafo único, alínea ‘a’, da LC nº 70/91).

Ora, inexistente justificativa para a existência de tratamento distinto para esses impostos, no tocante à base de cálculo da contribuição instituída pela Lei Complementar nº 70/91, pois ambos são tributos de estrutura semelhante, indiretos, não integrando o faturamento ou as receitas das empresas.

Destarte, entendendo incabível a inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS.⁵⁶ [Grifos não constam do original]

Assim, incluir na base de cálculo das contribuições (COFINS ou do PIS) elementos (ISS) que não refletem a capacidade econômica do sujeito passivo, pois que destinados a terceiros (Municípios), constitui aumento indevido da carga tributária, refletindo em nítida prática de ato coator e o ferimento explícito ao princípio da capacidade contributiva.

Por fim, e não menos importante, a tese de inconstitucionalidade defendida no presente trabalho viola diversos outros artigos da atual Constituição Federal que, juntos, formam os princípios constitucionais do Pacto Federativo (artigos 150, parágrafo 6º e 151, inciso III) e da Uniformidade Tributária (artigo 151, inciso I).

⁵⁶ Mandado de Segurança nº 95.0046457-8, proferida pela 14ª Vara Federal Cível da Capital – SP, Impetrante: Cartonagem Flor de Maio S/A e Impetrado: Delegado da Receita Federal em São Paulo – Sul; julgado em 12 de janeiro de 1999.

4.4 A afronta ao princípio do pacto federativo e da uniformidade tributária

Como se não bastasse todo o exposto, a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS é também inconstitucional por afrontar os princípios constitucionais do Pacto Federativo e da Uniformidade Tributária⁵⁷.

Isto porque os artigos 153, 155 e 156 todos da atual Constituição Federal repartem as competências tributárias entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, fazendo com que, salvo expressas exceções, nenhum ente federado possa interferir na competência tributária do outro, sob pena de violação da autonomia financeira. Tal proibição está prevista no parágrafo 6º⁵⁸, em conjunto com o artigo 151, inciso III⁵⁹, ambos da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, caso o ISS integrasse a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS, os Estados e os Municípios estariam interferindo na incidência de tais contribuições sociais, que, por força do artigo 149 da atual Lei Maior, são de competência exclusiva da União. Bastaria a alteração da alíquota do ISS, ou mesmo a concessão de isenção ou diferimento, para que houvesse alteração nos valores da Contribuição do “PIS” e da COFINS devidos.

A inclusão do ISS na base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS ainda ofende o princípio constitucional da uniformidade tributária. Ao permitir que os referidos impostos integrem a base de cálculo das citadas contribuições sociais, o montante a ser recolhido a título da Contribuição para o PIS e da COFINS estaria subordinado à alíquota de um tributo municipal fazendo com que duas empresas idênticas instaladas em Municípios diferentes recolhessem essas contribuições sociais em montantes divergentes, o que contrariaria o artigo 151, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

É necessário ressaltar que o princípio da Uniformidade Tributária também tem como fundamento os mencionados princípios da Igualdade (artigo 150, inciso II, da Constituição Federal de 1988) e da Capacidade Contributiva (artigo 145, parágrafo 1º, da

⁵⁷ ALMEIDA, Dayse Coelho O Pacto Federativo brasileiro. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº 61. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=187>> Acesso em: 3 set. 2007.

⁵⁸ Art.150. (...) §6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual, ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, §2º, XII.

⁵⁹ Art. 151. É vedado à União: (...) III- instituir isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. (...)."

Constituição Federal de 1988), que têm por objetivo evitar que contribuintes em situação equivalente tenham tratamento desigual em relação aos tributos federais.

Por fim, faz-se necessário ainda observar que o fato de um tributo integrar a base de cálculo de outro tributo é uma exceção, cujas hipóteses devem sempre estar expressamente previstas na Constituição Federal, como é o caso das hipóteses do “ICMS” integrar a sua própria base de cálculo (artigo 155, §2º, inciso XII, alínea "i", da Constituição Federal de 1988) e do “IPI” integrar a base de cálculo do “ICMS” (artigo 155, §2º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988).

Por todo o acima exposto, é imperioso concluir que englobar o valor do ISS nas apurações do PIS e da COFINS é flagrantemente inconstitucional e deve ser repellido – assim como foi em diversos julgamentos⁶⁰ do Supremo Tribunal Federal com relação ao ICMS – quando ocorrer o julgamento do *leading case* na Suprema Corte – o Recurso Extraordinário nº 592.616/RS (tema 118).

⁶⁰ Com destaque para o recente julgado do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (tema 69), onde se definiu a tese de que o “ICMS” não compõe a base de cálculo do “PIS” e da “COFINS”.

5 O EMBATE ENTRE FISCO E CONTRIBUINTES – O TEMA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS

5.1 Jurisprudência e atual posicionamento acerca da inclusão do “ISS” na base de cálculo do “PIS” e da “COFINS”

O Superior Tribunal de Justiça há tempos já firmou seu entendimento em sede de Recurso de Repetitivo (REsp 1330737/SP) por meio do qual aduz que o ISS deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que integra o conceito de receita bruta ou faturamento.

Todavia, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha seu entendimento consolidado, o juiz dos mais diversos tribunais tem entendido que o ISS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que, conforme já visto através deste trabalho monográfico os conceitos de receita bruta e faturamento mudaram, e portanto, incluir o imposto na base de cálculo dessas contribuições vai totalmente de afronta a Constituição Federal.

Ademais, além de coibir a inclusão do referido imposto na base de cálculo das parcelas referentes ao PIS e a COFINS os juízes têm permitido a compensação dos valores pagos a mais nos últimos cinco anos.

Isso porque, após o julgamento do RE nº 574706 perante o Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo das Contribuições referentes ao PIS e a COFINS os tribunais têm aplicado o mesmo entendimento por analogia enquanto aguarda-se o julgamento do RE nº 592.616 perante o Supremo Tribunal Federal, onde de fato, existe há discussão sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo das referidas contribuições sociais.

O Argumento utilizado pelos Tribunais gira em torno do conceito de faturamento discutido no RE nº 574706 – ou seja, é necessário que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de transitar pela contabilidade da empresa, somente corresponde a um mero ingresso, todavia, esse ingresso não é faturamento da empresa, uma vez que o valor será destinado aos cofres públicos.

Dessa forma, a aposta dos contribuintes pela declaração da inconstitucionalidade do ISS na base de cálculos das contribuições do PIS e da COFINS é esperada com grande expectativa.

Conforme já fora aqui mencionado, cumpre demonstrar trecho do julgamento proferido no dia 15 de março de 2017, quando o Supremo Tribunal Federal encerrou a discussão sobre o assunto ao julgar, em sede de Repercussão Geral, o mencionado RE nº 574.706⁶¹, no qual restou definido, que o ICMS, de fato, não deve compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

Nessa esteira, os Tribunais Regionais Federais vêm usando a aplicação análoga ao ISS enquanto ainda se encontra pendente de julgamento o RE 592.616 perante o Supremo Tribunal Federal. Veja:

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PLENO C. STF. RE 574.506 - TEMA 69. REPERCUSSÃO GERAL. IDENTIDADE DE RAZÕES. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTRIÇÃO EM RELAÇÃO AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ART. 11 DA LEI 8.212 /90. 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. **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.** 3. **Reconhecido o direito da apelada ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ISS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação.** 4. O presente mandamus foi impetrado após as alterações introduzidas pela Lei 10.637/02 e 11.457/07, portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pela inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto com as

⁶¹ 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, conquanto 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.

contribuições sociais de natureza previdenciária, previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212 /90, observada a prescrição quinquenal dos créditos e o art. 170-A do CTN, que determina a efetivação da compensação somente após o trânsito em julgado do feito. 5. Pela sistemática vigente, são dispensáveis a intervenção judicial e procedimento administrativo prévios, ficando a iniciativa e realização da compensação sob responsabilidade do contribuinte, sujeito a controle posterior pelo Fisco. 6. A compensação tributária extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco (...)⁶².

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

(...) Nas atividades de prestação de serviço, o conceito de receita e faturamento para fins de incidência do PIS e da COFINS deve levar em consideração o valor auferido pelo prestador do serviço, ou seja, valor desembolsado pelo beneficiário da prestação; e não o fato de o prestador do serviço utilizar parte do valor recebido pela prestação do serviço para pagar o ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Isso por uma razão muito simples: o consumidor (beneficiário do serviço) não é contribuinte do ISSQN. 4. O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial. 5. Admitir essa tese seria o mesmo que considerar o consumidor como sujeito passivo de direito do tributo (contribuinte de direito) e a sociedade empresária, por sua vez, apenas uma simples espécie de "substituto tributário", cuja responsabilidade consistiria unicamente em recolher aos cofres públicos a exação devida por terceiro, no caso o consumidor. Não é isso que se tem sob o ponto de vista jurídico, pois o consumidor não é contribuinte (sujeito passivo de direito da relação jurídico-tributária). 6. O consumidor acaba suportando o valor do tributo em razão de uma política do sistema tributário nacional que permite a repercussão do ônus tributário ao beneficiário do serviço, e não porque aquele (consumidor) figura no polo passivo da relação jurídico-tributária como sujeito passivo de direito. 7. A hipótese dos autos não se confunde com aquela em que se tem a chamada responsabilidade tributária por substituição, em que determinada entidade, por força de lei, figura no polo passivo de uma relação jurídico-tributária obrigacional, cuja prestação (o dever) consiste em reter o tributo devido pelo substituído para, posteriormente, repassar a quantia correspondente aos cofres públicos. Se fosse essa a hipótese (substituição tributária), é certo que a quantia recebida pelo contribuinte do PIS e da COFINS a título de ISSQN não integraria o conceito de faturamento. No mesmo sentido se o ônus referente ao ISSQN não fosse transferido ao consumidor do serviço. Nesse caso, não haveria dúvida de que o valor referente ao ISSQN não corresponderia a receita ou faturamento, já que faticamente suportado pelo contribuinte de direito, qual seja, o prestador do serviço. 8. Inexistência, portanto, de ofensa aos arts. 109 e 110 do CTN, na medida em que a consideração do valor correspondente ao ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS não desnatura a definição de receita ou faturamento para fins de incidência de referidas contribuições. 9. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1330737/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/06/2015, publicado em DJe 14/04/2016) Nesse contexto, à primeira vista, não está configurada a relevância dos fundamentos da parte autora/agravante, nem tampouco o risco de ineficácia da medida, já que ele

⁶²Recurso de Apelação nº 00115045520164035100, proferida pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida – Sul; julgado em 24 de maio de 2018.

não se confunde com eventuais prejuízos financeiros. Ante o exposto, indefiro o pedido de atribuição de antecipação da tutela recursal. Intimem-se, sendo que a parte agravada para, querendo, apresentar resposta no prazo legal. Após, com ou sem contrarrazões, voltem os autos conclusos para julgamento.⁶³

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REMESSA NECESSÁRIA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO APRECIADA NO RE 574706/PR EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. RACIOCÍNIO ANÁLOGO AO ISS. OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADAS. 1- O voto condutor do acórdão, parte integrante do julgado, abordou, com clareza e sem omissão, contradição ou obscuridade, as questões postas em juízo, declarando a inexistência fr relação jurídico-tributária que obrigue a Impetrante ao recolhimento do PIS e da COFINS calculados com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo. Consequentemente, foi declarado o direito à compensação, após o trânsito em julgado, dos recolhimentos efetuados indevidamente a esse título, no período de cinco anos anteriores à data da propositura da presente demanda, com outras contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, administrados pela SRF, mediante a aplicação da taxa SELIC. 2- Verifica-se das razões apresentadas que a Embargante apresenta mero inconformismo com a decisão proferida, visando apenas rediscutir o mérito, buscando para si um resultado favorável, o que se demonstra manifestamente incabível. 3- Em sede de embargos de declaração, descabe a rediscussão das matérias apreciadas no julgado, uma vez que não se coaduna com a sua natureza integrativa. 4- Embargos de declaração desprovidos.⁶⁴

Ora, os trechos acima colacionados demonstram que os tributais pátrios apesar da decisão consolidada do Superior Tribunal de Justiça têm corroborado com a visão dos contribuintes de que o ISS não deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS por analogia ao ICMS e que se os Municípios continuarem com esta exação é uma clara afronta a constituição Federal.

⁶³ Agravo de Instrumento nº 5020835-42.2018.4.04.0000, acórdão proferido pela segunda turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

⁶⁴ Reexame necessário nº 0081279-68.2016.4.02.5104, acórdão proferido pela 3ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região Desembargador Relator Marcus Abraham., julgado em 14 de maio de 2018.

6. CONCLUSÃO

Em conclusão ao presente trabalho monográfico, ratifica-se a tese que foi defendida ao longo dos capítulos anteriores, qual seja, acerca da evidente inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Por mais que a União Federal busque ampliar o âmbito de incidência das contribuições sociais, dado seu atual caráter de viés muito mais arrecadatório do que efetivamente social, limites não de ser impostos pela legislação e judiciário, seja no plano fático ou jurídico.

As contribuições sociais, em especial o PIS e a COFINS, se mostraram, ao longo de sua recente história, como o maior mecanismo de financiamento da União Federal. A desobrigação da mesma em ter que partilhá-las com os demais entes da federação, tal como realiza com os impostos que arrecada, tornam as contribuições sociais figuras recorrentes de alterações legislativas que buscam majorá-las e, por conseguinte, de embates judiciais.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à extensão dos conceitos de faturamento e receita – base de cálculo do PIS e da COFINS – é fundamental para se constatar que a parcela do ISS jamais poderia ser incluída na base impositiva das referidas contribuições, sob pena de frontal violação aos mais diversos artigos da Constituição Federal de 1988.

Atribuir ao conceito de faturamento/receita o valor relativo ao recolhimento do ISS é violentar a realidade econômica do empresariado brasileiro, bem como deprevar conceitos relativos ao campo do direito civil, do empresarial e do financeiro, tributando como faturamento aquilo que na realidade sabe não o ser.

Para se entender um novo aporte como faturamento/receita, o mesmo deve compor o patrimônio do contribuinte, acrescendo-o. Veja-se que o valor do ISS é tido como mero ingresso, pois possui caráter de transitoriedade no balanço contábil da empresa, não agregando ao seu patrimônio, conferindo ao empresário, contribuinte de direito da exação, o dever de “retenção” e repasse aos fiscos municipais.

Entender na esteira do fisco, significa confundir o fato gerador e a base de cálculo do tributo, e promover uma leitura da constituição federal, que limita os conceitos de receita/faturamento, a partir da legislação infraconstitucional, conferindo guarida a todo tipo de abuso interpretativo que possa ser ocasionado. Ou seja, significa subverter a ordem jurídica, interpretando as Leis da base para o topo da pirâmide normativa brasileira.

Caso a tese da inconstitucionalidade da inclusão do ISS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS venha a prevalecer perante o Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.616/RS, significaria, em última instância, uma reafirmação do princípio basilar da segurança jurídica, haja vista que os antigos posicionamentos sobre a matéria sempre foram de ampla discussão, ainda mais sob a égide da nova constituição federal.

Por fim, a confirmação dessa inconstitucionalidade pela Suprema Corte brasileira reforçaria, ainda mais, a confiança dos contribuintes no Poder Judiciário nacional, o que é fundamental para a manutenção do pacto federativo como um todo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Dayse Coelho *O Pacto Federativo brasileiro*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº 61. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=187> > Acesso em: 3 set. 2007.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. ISS e base impositiva. In: Estudos e pareceres de direito tributário. São Paulo: RT, 1978, p. 91.

BARRETO, Aires F. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 556.664*, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, Julgado em 12 jul. 2008.

BRASIL. *Ação Rescisória nº 1605*, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Eros Roberto Grau, Julgado em 26 mar. 2009.

BRASIL. *Lei Complementar nº 70/91*. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em 01 nov. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 07 nov. 2017.

BRASIL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1/DF*, Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 1 de dezembro de 1993.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 357.950/RS*, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 09 nov. 2005.

BRASIL. *Lei nº 10.637/02*. Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10637.htm>. Acesso em 02 nov. 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 116/03*. Presidência da República. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em 15 nov. 2017.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 107.392/RS*, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Neri da Silveira, publicado no Diário da Justiça em 13 dez. 1991.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 1.021.180/SC*, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Edson Fachin, publicado no Diário de Justiça em 09 mar. 2017.

BRASIL. *Apelação Cível nº 0001548-39.2012.4.03.6105/SP*, Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relator: Juiz Federal convocado Ciro Brandani, publicado no Diário da Justiça em 30 jul. 2014.

BRASIL. *Recurso Extraordinário nº 103.924/SP*, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Aldir Passarinho, publicado no Diário da Justiça em 06 dez. 1985.

BRASIL. *Apelação em Mandado de Segurança nº 0039077-25.2012.4.01.3300/SP*, Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, publicado no Diário da Justiça em 17 jul. 2015.

BRASIL. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 136.228/SP*, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 04 out. 1991.

BRASIL. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 136.878/SP*, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Paulo Brossard, julgado em 30 mar. 1992.

BRASIL. *Agravo de Instrumento nº 0003841-22.2016.4.03.0000*, proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Relator: Juiz Federal convocado Leonel Ferreira, publicado no Diário da Justiça em 13 de maio de 2016.

BRASIL. *Apelação Cível nº 08086676720154058300*, proferida pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, julgado em 29 abr. 2016.

BRASIL. *Agravo Retido em Apelação Cível nº 0020567-09.2013.4.01.3500*, proferida pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão, publicado no Diário da Justiça em 27 de maio de 2016.

BRASIL. *Apelação Cível nº 08042346320144058200*, proferida pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Relator: Rubens de Mendonça Canuto, julgado em 17 mar. 2016.

BRASIL. *Mandado de Segurança nº 95.0046457-8*, 14ª Vara Federal Cível da Capital – SP, Impetrante: Cartonagem Flor de Maio S/A e Impetrado: Delegado da Receita Federal em São Paulo – Sul; julgado em 12 jan. 1999.

FERRAREZI, Renata Soares Leal; CARLETO, Benedita Bernardes Nepomuceno. *Cofins e PIS/Pasep: Modalidades de Contribuição e Aspectos Práticos dessas Incidências*. São Paulo: Lex Editora, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, Contribuições Sociais “Gerais” e a Integridade Do Sistema Tributário Brasileiro. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário* – v. 6. São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Conceito de Receita como Hipótese de Incidência das Contribuições para a Seguridade Social* (para Efeitos da COFINS e da Contribuição ao PIS), 1ª Quinzena de Janeiro de 2001 — nº 1/2001 — Caderno 1. São Paulo: IOB, p. 21.

PAULSEN, Leandro. *Contribuições e Custeio da Seguridade Social*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

TORRES. Ricardo Lobo. *A Não-Cumulatividade no PIS/COFINS*. In: FISCHER, Otávio Campo; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *PIS – COFINS – Questões Atuais e Polêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.