



PODER JUDICIÁRIO  
**JUSTIÇA FEDERAL**  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO

JFRJ  
Fls 98

**4ª VARA FEDERAL/RJ**  
**PROCESSO: 0102796-07.2017.4.02.5101 (2017.51.01.102796-2)**  
**AUTOR: POSTO DE ABASTECIMENTO E LUBRIFICACAO AGUA GRANDE LTDA**  
**REU: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO - DRF I**

**SENTENÇA B2 - SENTENÇA REPETITIVA (PADRONIZADA)**

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **POSTO DE ABASTECIMENTO E LUBRIFICAÇÃO AGUA GRANDE LTDA** contra ato do **DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO**.

Nas suas razões, afirmou não ser devida a inclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, notadamente após o julgamento do RE 574.706 pelo STF, que reputou ser inconstitucional referida inclusão. Requereu, por isso, que se “assegur[e] à impetrante a) o direito líquido e certo de apurar e recolher o PIS e COFINS sem a indevida inclusão do ICMS na base de cálculo destas contribuições; b) o direito líquido e certo de efetuar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos nos últimos cinco anos (e eventualmente no curso da demanda); c) determinando-se que a autoridade impetrada se abstenha de obstar o exercício dos direitos em tela, bem como de promover, por qualquer meio – administrativo ou judicial -, a cobrança ou exigência dos valores em debate”.

Inicial acompanhada de guia de recolhimento (fl. 26), procuração (fl. 17) e documentos (fls. 18/25).

Indeferiu-se o pedido liminar na decisão de fls. 29/32 e o pedido de reconsideração na decisão de fl. 56.

Notificada, a autoridade impetrada prestou suas informações às fls. 57/59.

Intimados, a União informou possuir interesse no processo (fl. 34) e o MPF não se manifestou sobre o mérito da ação (fls. 94/96).

**É o relatório. Passo a decidir.**

Reitere-se que a impetrante, neste processo, discute a adequação da inclusão do ICMS na base imponible do PIS/PASEP e da COFINS.

Este juízo, neste e noutros processos similares, indeferiu pedidos de liminar por razão *inter alia* da ausência de risco de demora e por reputar não obrigatório, de imediato, o precedente do STF sedimentado no RE 574.706. Entretanto, o Eg. TRF2, no julgamento do recurso de agravo instrumento nº 0003895-78.2017.4.02.0000, afastou ambas as premissas do juízo, de modo que, havendo sido demonstrado pelo impetrante o pagamento indevido do tributo (fls. 52/53 – *códigos de receita* 5856 – COFINS NÃO CUMULATIVA & 6912 – PIS NÃO CUMULATIVO), impõe-se o deferimento da ordem, pelas razões indicadas abaixo.

JFRJ  
Fls 99

De início, o art. 195, I, “b”, da Constituição Federal (incluído pela EC 20/90), dispõe que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes... das... contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a receita ou o faturamento”. No mesmo sentido dispõem as Leis nº 10.637/03 e 10.833/03, que regulam o PIS e a COFINS:

Lei nº 10.637/03 (PIS/PASEP):

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep 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 para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

Lei nº 10.833/03 (Cofins)

“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.

Ressalte-se que havia orientação jurisprudencial dominante no sentido de que “não há previsão legal de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e a COFINS, quer na sistemática da Lei nº 9.718/98, quer na das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03” (TRF2, Quarta Turma, AP 2009.51.01.017939-3, Rel. Des. Fed. LUIZ ANTONIO SOARES, DJe 13/03/2017).

Todavia, sobreveio o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 240785 (acórdão publicado em 16/12/2014) pelo STF, que afirmou “não se inclui[r] na base de cálculo da contribuição, considerado o faturamento, o valor correspondente ao ICMS”:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. 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. (STF, Pleno, RE 240785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 16-12-2014)

Neste julgado, a propósito, o STF afirmou que:

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.

Em seguida, para imunizar de dúvidas o alcance desta orientação, o Eg. STF julgou o RE 574.706, reconhecendo, sob a sistemática da repercussão geral, que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, de replicação obrigatória (art. 1.036 e seguintes, NCPC).

Portanto, depreende-se que a inclusão do ICMS na base de incidência da COFINS (e do PIS) desvirtua, pela orientação atualmente prevalecente, “os conceitos jurídico-tributários de faturamento, isto porque o ICMS apenas circula pelos livros fiscais da empresa, não representando receitas suas, e sim, receita do ente estatal que tem a competência de cobrá-lo” (KEPPLER, Roberto Carlos; DIAS, Roberto Moreira. “Da

inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins".  
**Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 75, 2001, pp. 172-173.

Posto isso, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, na forma do art. 487, I, do NCPC e **CONCEDO A SEGURANÇA** para (i) declarar indevida a inclusão do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICMS na base imponible do PIS e da COFINS e, por decorrência, determinar à autoridade impetrada que observe o referido provimento nos próximos lançamentos; (ii) bem assim para declarar o direito de a impetrante restituir/compensar o montante decorrente desse reconhecimento, recolhido a partir do quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação.

JFRJ  
Fls 102

Esta compensação deverá ser feita com débitos próprios, vencidos ou vincendos, administrados pela Receita Federal do Brasil, excetuadas as contribuições anteriormente sujeitas à Secretaria da Receita Previdenciária (Lei 11.457, artigos 2º, 26 e 27), atualizando-se os seus créditos com base na Taxa SELIC, desde cada recolhimento indevido ou a maior, até a efetiva compensação, nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96.

Deverá a União reembolsar as custas antecipadas pelo impetrante. Sem honorários (art. 25, da Lei nº 12.016/2009).

Sentença não sujeita a reexame necessário (art. 496, §4º, II, NCPC)

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2017.

**ANGELINA DE SIQUEIRA COSTA**

Juíza Federal Titular da 4ª Vara Federal/RJ

Assinado eletronicamente de acordo com a Lei nº 11.419/2006

JRJGZR