



SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO DE JANEIRO
03ª Vara Federal do Rio de Janeiro
MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL/TRIBUTÁRIO
Processo nº 0102835-04.2017.4.02.5101 (2017.51.01.102835-8)
Impetrante : LUCASPAN COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA-ME.
Impetrados : DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO
- DRF I E OUTRO.

SENTENÇA TIPO B2 - SENTENÇA REPETITIVA (PADRONIZADA)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por : **LUCASPAN COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA-ME** contra ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO - DRF I**, objetivando a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir a inclusão dos valores do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos.

Como causa de pedir, afirmou ser contribuinte do ICMS, insurgindo-se contra a exigência do pagamento das contribuições do PIS e COFINS sem excluir da respectiva base de cálculo o montante relativo àquele tributo, sob alegação de que o ICMS não se inclui no conceito de faturamento nem de receita. Discorreu, ainda, sobre as legislações referentes à matéria, ressaltando que a inconstitucionalidade da apontada inclusão já foi reconhecida pelo STF no RE 240.785-MG.

Inicial acompanhada de procuração (**fl. 17**), documentos (**fls. 18/23**) e comprovante de recolhimento de custas (**fl. 24**).

Decisão a fls. 27/28, indeferindo a medida liminar.

Notificada, a autoridade coatora apresentou informações às **fls. 34/66**, alegando, em síntese e, preliminarmente, a inadequação da via mandamental em razão da ausência dos pressupostos de liquidez e certeza por não ter demonstrado a iminência de autuação fiscal. Assim, ausente o *periculum in mora*, a modalidade mandamental preventiva seria a apropriada. Ainda em sede de preliminar sustenta que as leis que disciplinam a base de cálculo do PIS e COFINS encontram-se vigentes a longa data, restando extrapolado o prazo de 120 dias para impetração. No mérito, aduz que o STF alterou drasticamente seu entendimento no julgamento do RE 574706, realizado antes da ADC 18, sem apreciar a questão da modulação. Faz referência ainda ao entendimento do STJ cristalizado através das Súmulas 68 e 94 no sentido da legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Argumenta que a legislação regente da apuração da PIS COFINS, seja na

sistemática de apuração cumulativa, seja na não cumulativa, prevê a incidência das referidas contribuições sobre a receita bruta, sem previsão de exclusão do ICMS. Afirma que a adoção da tese de que o faturamento representa contrapartida econômica auferida como riqueza própria, também deveriam ser excluídos da base de cálculo das contribuições o custo das mercadorias, ou o montante de salários pagos entre outros custos. Alega que a falta de uma definição quanto a modulação do efeitos da decisão do RE 574706 não há como inferir marco temporal para efeito de compensação. Além disso a compensação pressupõe o trânsito em julgado e não se aplica em relação aos demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. Pugna pela denegação.

A União manifestou seu interesse na presente demanda, de acordo com o teor do art. 7º, II, da Lei 12.016/2009. Sustenta ainda que em Incidente de Uniformização de Jurisprudência a 2ª Seção Especializada do E. TRF 2ª Região reafirmou o entendimento de que o ICMS deve compor a base de cálculo do PIS e COFINS (fl. 67/70).

Pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a medida liminar (fls. 74/86).

O Ministério Público Federal não vislumbrou interesse público que justificasse sua atuação na qualidade de *custos legis* (fls. 10/102).

É o relatório. Passo a decidir.

Rejeito a preliminar de decadência, pois, de acordo com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, "*O mandado de segurança objetivando o reconhecimento do direito à compensação tributária apresenta nítido caráter preventivo, não se voltando contra lesão a direito já ocorrido, e, sim, em face de possível autuação fiscal*" (REsp 927312 / SP, 1ª turma, rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 11.06.2007, p. 300, e TRF-2, AMS 200551010117655, APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 63205 Relator Desembargador Federal JOSE NEIVA/no afast. Relator TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU – Data: 07/01/2008).

Afasto também a preliminar de inadequação da via eleita, segundo consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado n. 213, de sua Súmula, na qual estabelecido que "*O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária*". Assim, é perfeitamente possível reclamar a declaração do direito, mostrando-se adequado o mandado de segurança para esse fim. Logo, não prospera a tese ventilada pelo ente público acerca da inadequação da via eleita.

Infere-se do relatório que a impetrante pretende afastar o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, isto porque, alegadamente, o ICMS não se insere na receita, na receita bruta ou no faturamento.

De início, o art. 195, I, da Constituição Federal, instituiu as contribuições sociais, que, conforme sua redação original seriam suportadas pelos

empregadores e incidiriam sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. De seu turno, a Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a COFINS, estabeleceu, em seu art. 2º:

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.

Parágrafo único. Não integra a receita de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal;
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.” (g.n.)

Em seguida, a Emenda Constitucional nº 20/98 incluiu a alínea “b” no inciso I do art. 195:

“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)

a) 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; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)” (g.n.)

Esta composição da base de cálculo é reiterada nas 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 o conceito de faturamento é controverso, pois ora considerado como a receita advinda da venda de produtos e da prestação de serviços, ora como toda e qualquer receita, salvo as situações excepcionadas pela lei, estando a questão pendente de julgamento pelo pretório excelso.

Isso porque a ADC nº 18, que tem como objetivo legitimar a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos ou serviços, desde que não se trate de substituição tributária”, ainda não foi julgada, tendo se expirado (em 21/09/2010) a prorrogação do prazo da medida cautelar que sobrestava todos os julgamentos sobre o tema.

Todavia, foi concluído o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 240785 (acórdão publicado em 16/12/2014), no qual se discutia a constitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Nos termos do voto do relator, Min. Marco Aurélio, o STF deu provimento “[ao] recurso extraordinário... para... 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”:

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, ruiaria 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.

Esta decisão estende-se à base de cálculo do PIS, porque, afinal, idêntica à base de cálculo da Cofins, pois ambas utilizam, na definição da base de cálculo, o “faturamento”.

Por fim, ainda que essencial, em decisão recente, o E.STF, por maioria, nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, ao apreciar o tema 69 da repercussão geral, fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (RE 574706).

Nesse sentido, confirmam-se as recentes decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

JFRJ
Fls 110

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCLUSÃO DO ICMS. PRECEDENTE DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. 1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional sentença que declarou a inexistência de relação jurídica que obrigue a impetrante a recolher a COFINS e a contribuição para o PIS sobre valores correspondentes ao ICMS. 2. A matéria já foi amplamente debatida nessa Corte Regional, tanto no âmbito da 4ª Turma Especializada quanto na 2ª Seção Especializada, que, inclusive, decidiu incidente de uniformização de jurisprudência nº 0010664-86.2007.4.02.5001, firmando a tese de que deveria prevalecer o entendimento consolidado no âmbito do E. STJ, segundo o qual, o ICMS integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. Diante disso, e somado ao fato de o Superior Tribunal de Justiça também ter firmado entendimento nesse sentido, em acórdão publicado em 02/12/2016, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 313), vinha proferindo decisões adotando a jurisprudência dessa Corte, bem como o entendimento vinculante do Tribunal da Cidadania, no sentido de que a parcela relativa ao ICMS compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. 3. **Passando-se ao caso concreto, nota-se que se trata exatamente da hipótese resolvida pela Suprema Corte, ou seja, mandado de segurança no qual o impetrante objetiva a concessão de segurança que o autorize a excluir da base de cálculo do PIS/COFINS valores referentes ao ICMS, tendo o magistrado de origem deferido liminar para suspender a exigibilidade dos créditos tributários relativos à inclusão do ICMS na base de cálculo das mencionadas contribuições.** 4. Não há qualquer distinção nos autos que admita o afastamento do entendimento proferido pela Suprema Corte, que, em sua função típica, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao fundamento de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. 5. Recurso desprovido. (TRF/2ª Região – AC 0162781-29.2016.4.02.5104 – Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, 4ª Turma Especializada, e-DJe 23/06/2017) (negrito não original)

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS NA BASE DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE - RE Nº 240785/MG. REPERCUSSÃO GERAL RE Nº 574.706-PR .

JUÍZO DE RETRATAÇÃO ART. 1030, II CPC/15. **1. O STF no julgamento do RE Nº 240785/MG e em sede de repercussão geral no julgamento do RE nº nº 574.706-PR , decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS. 2. Modifica-se o acórdão de fls. 528/529, para dar provimento à apelação do contribuinte, a fim de aplicar ao caso concreto o leading case acima, julgado pelo STF.** (TRF/2ª Região – AC 0013788-77.2007.4.02.5001 – Rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, 3ª Turma Especializada, e-DJe 23/05/2017) (negrito não original)

Por conseguinte, a concessão da segurança é a solução que se impõe.

Diante do exposto, nos termos da fundamentação, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, na forma do art. 487, I, do CPC e **CONCEDO A SEGURANÇA** para declarar indevida a inclusão do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e, conseqüentemente, determinar que a autoridade coatora observe o referido provimento nas exações futuras, bem como declarar o direito de a impetrante compensar os créditos decorrentes de tal reconhecimento, **desde que não atingidos pela prescrição quinquenal**, sem que acarrete quaisquer restrições ou recusas de expedição de Certidão Negativa de Débitos, na ausência de outros fatos impeditivos.

Esta compensação deverá ser feita, após o trânsito em julgado, 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.

Custas pela União (reembolso). Sem honorários, nos termos do artigo 25, da Lei nº 12.016/2009.

Dispensada a ciência do Ministério Público Federal, por não ter demonstrado interesse em intervir no feito.

Sentença não sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 496, § 4º, II, do CPC).

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

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 2018.

ASSINADO DIGITALMENTE
MAURICIO MAGALHAES LAMHA
Juiz(a) Federal em auxílio

Processo nº 0102835-04.2017.4.02.5101 (2017.51.01.102835-8)
JRJZAU