

**SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO PUBLICAÇÕES JUDICIAIS
I - INTERIOR SP E MS SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS 3ª VARA DE
SANTOS**

Autos nº 5004207-60.2017.4.03.6104 - MANDADO DE SEGURANÇA (120)
IMPETRANTE: Advogado do(a) IMPETRANTE: **NELSON LACERDA DA SILVA** -
RS39797 IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SANTOS, UNIAO
FEDERAL - FAZENDA NACIONAL SENTENÇA TIPO B SENTENÇA: impetrou o
presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do DELEGADO
DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SANTOS, objetivando a edição de
provimento judicial para afastar o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.
Pretende ainda seja reconhecido seu direito à compensação dos valores
recolhidos indevidamente a tal título nos 05 anos anteriores à impetração,
corrigidos pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da
Receita Federal do Brasil, ou a repetição de tais valores via precatório, com opção
por uma ou outra forma na fase de liquidação de sentença. Ancora-se a parte em
precedente do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade
da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, na ocasião do
julgamento do RE nº 574.706/PR (Tema nº 69 de Repercussão Geral). A análise
da medida liminar foi diferida para após a vinda das informações. A União tomou
ciência do feito. Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.
Preliminarmente, sustentou a necessidade de sobrestamento do feito até o
trânsito em julgado do RE nº 574.706 ou eventual modulação dos efeitos de sua
decisão por parte do STF, com fundamento no art. 1.040 do CPC. No mérito,
sustentou, em suma, que concorda com o entendimento do STJ, expresso nas
súmulas 68 e 94, bem como no REsp nº 1.144.469/PR, quanto à legalidade da
inclusão do ICMS na bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como que o
julgado do STF não é aplicável às empresas optantes do Simples Nacional. Foi
deferido o pedido liminar, para reconhecer o direito da impetrante de realizar o
recolhimento da COFINS e das contribuições sociais ao PIS/PASEP sem inclusão
do ICMS na base de cálculo, devendo a impetrada abster-se de inscrever a
impetrante no CADIN ou promover qualquer ato de cobrança relativo aos valores
ora suspensos. Ciente, o MPF não se manifestou quanto ao mérito, em face da
ausência de interesse institucional que o justifique. É o relatório. DECIDO.
Inicialmente, afasto a preliminar suscitada pela autoridade impetrada, tendo em
vista que a pendência de publicação do acórdão prolatado no RE nº 574.706 não
traduz impedimento legal à análise do mérito da presente ação. Eventual
modulação dos efeitos da decisão proferida em controle concentrado deve ser
apreciada se e quando houver determinação com esse teor. Não havendo outras
questões preliminares, passo à análise do mérito da ação. O mandado de
segurança é remédio constitucional adequado para proteção de direito líquido e
certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável
pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa
jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF/88).
Porém, na via eleita, torna-se inarredável a existência de prova pré-constituída
das alegações, tendo em vista a impossibilidade processual de dilação probatória.
Na hipótese em tela, a impetrante pretende afastar a inclusão do ICMS da base
de cálculo do PIS e da COFINS. Nessa matéria, havia firmado o entendimento de
que não há razão para exclusão do valor do ICMS da base de cálculo das
contribuições sociais (PIS e COFINS), já que a parcelas recolhidas a tais títulos
integram o conceito de faturamento e de receita. Tal conclusão decorre do fato
dos chamados tributos indiretos, do qual são exemplos o ICMS e o ISS, serem
devidos pelo contribuinte em razão da realização de operações de circulação de
mercadorias ou de prestação de serviços, tendo como base de cálculo o valor da
operação ou preço do serviço, respectivamente (art. 2º, DL 406/69; art. 7º LC
116/03). Referidos tributos integram o valor da operação de circulação de
mercadorias ou de prestação de serviços, de modo que não constituem um

adicional acrescido à transação. Portanto, ao menos no sistema tributário nacional, o contribuinte de direito do ICMS e do ISS é o empresário, que não pode ser qualificado como mero responsável pela arrecadação desses tributos. De outro lado, a noção de receita de uma empresa, albergada pelo texto constitucional como fundamento para a instituição de contribuições sociais, compreende a soma de todas as rendas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante a atividade exercida ou a classificação contábil em que for enquadrada. Por sua vez, o conceito de faturamento está inserido no de receita, iguala-se ao de receita bruta, ou seja, ao conjunto de receitas auferidas com a venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços, para fins de definição da base de cálculo de incidência do PIS e da COFINS, nos termos da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal (entre outros, confira-se o RE 683.334-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe de 13/8/2012). Comunguei, assim, do entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, que editou as Súmulas nº 68 e 94, segundo as quais ?a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS? e a ?a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL?. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, incidentalmente, por maioria, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, no julgamento do RE 240.785, assim ementado: TRIBUTOS ? 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. (RE 240785 / MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJe 15-12-2014). E mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no papel de uniformizador da interpretação da Constituição Federal, ao apreciar o Tema 69 de repercussão geral, fixou a tese de que ?O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS? (RE nº 574.706, j. 15/03/2017). Nesse passo, não obstante a pendência de publicação do acórdão do referido recurso extraordinário, em homenagem aos princípios da igualdade, da segurança jurídica e da economia processual, há que prevalecer o posicionamento do STF. Nestes termos, ressalvado meu posicionamento pessoal, reconheço o direito pleiteado, para o fim de determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Passo a apreciar a existência de indébito e o direito de opção pela compensação ou restituição via precatório, tal como pleiteado na inicial. No caso, comprova a impetrante o recolhimento das contribuições previdenciárias em discussão (id. 3743686 a 3743692), razão pela qual é evidente a existência de indébito relativo ao período demonstrado documentalmente nos autos. Reconhecido o indébito tributário, aplica-se o artigo 74 da Lei nº 9.430/96, que autoriza o sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, a utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão. Permanece, todavia, à vista do contido no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, incluído pela LC nº 104, de 10.1.2001, a impossibilidade de restituição administrativa ou de início da compensação anteriormente ao trânsito em julgado da presente sentença. Todavia, ?a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito? (Súmula 271 ? STF), de modo que, caso não haja interesse na compensação, eventual pedido de restituição deverá ser processado administrativamente ou por meio de ação judicial própria. O valor a ser compensado será acrescido da aplicação da Taxa SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido até o mês anterior ao da compensação e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada, conforme contido no artigo 39, § 4º da Lei

nº 9.250/95. À vista de todo o exposto, resolvo o mérito do processo, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, confirmo a liminar e **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para reconhecer o direito líquido e certo do impetrante de não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Respeitado o período demonstrado documentalmente nos autos, reconheço o direito da impetrante de efetuar a compensação do valor do indébito apurado, após o trânsito em julgado da presente, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, observando-se a atualização pela Taxa SELIC, desde os recolhimentos indevidos. Ressalvo à administração tributária o direito de fiscalizar e averiguar a existência de créditos compensáveis, observados os parâmetros contidos na presente sentença. Custas a cargo da União. Sem honorários, a teor do art. 25 da Lei 12.016/09 e da Súmula nº 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 14, parágrafo 1º, da Lei 12.016/09). P. R. I. O. C. Santos, 12/01/2018. DÉCIO GABRIEL GIMENEZ Juiz Federal