



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE GOIÁS
9ª VARA**

=====

1013504-32.2021.4.01.3500

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

IMPETRANTE: -----

**IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GOIANIA, UNIAO FEDERAL
(FAZENDA NACIONAL)**

DECISÃO

----- impetrou mandado de segurança em face de ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM GOIÂNIA/GO**, com pedido de liminar, para afastar a exigibilidade do ICMS incidente sobre a base de cálculo do PIS/COFINS, bem como afastar os óbices à emissão de certidão de regularidade fiscal ou à apropriação destes créditos e, por fim, impedir que o impetrado inclua o nome da empresa no CADIN, na Lista de Devedores da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ou em quaisquer órgãos de proteção ao crédito, tais como Serasa, SPC, etc.

Juntou procuração e documentos, e promoveu o recolhimento das custas judiciais.

DECIDO.

O pedido liminar tem efeito de tutela de urgência de natureza antecipada, e como tal será apreciado (art. 7º, III, da Lei 12.016/09 c/c o art. 300 do CPC/2015).

Presente a comprovação dos elementos da probabilidade do direito alegado na petição inicial, pelos fundamentos que se seguem.

A questão da inconstitucionalidade do cômputo do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS restou pacificada pelo STF, nos termos do decidido no RE 240785/MG, e julgada como recurso repetitivo pelo RE 574.706, que transcrevo:

EMENTA: 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. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017) original sem destaque.*

Definida a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, há necessidade de esclarecimento da forma de operacionalização desta exclusão.

A UNIÃO (PFN) tem se manifestado, em ações análogas, pela necessidade de limitação desta exclusão ao montante do tributo a pagar pelo sujeito beneficiário da ordem judicial (ao que efetivamente pagar o beneficiário, por competência, após as compensações dos créditos das exações pagas nas operações anteriores) e pela aplicabilidade da exclusão do ICMS a creditar na hipótese de regime de tributação não-cumulativa do PIS e da COFINS (exclusão do ICMS a creditar embutido nos custos e despesas, quando dos cálculos dos créditos descontáveis do PIS e da COFINS não-cumulativos, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003).

A impressão que se tem é que o novo posicionamento do STF representará dificuldades interpretativas equivalentes às verificadas quando da edição da Súmula 146 (prescrição retroativa em matéria criminal) ou aplicação do índice de 84,32% ao reajuste dos servidores públicos federais civis.

Haverá, certamente, dificuldades em sua aplicação concreta, especialmente porque a nova posição do STF implica rompimento abrupto com o regime anterior, então sumulado pelas instâncias anteriores (ex-TFR e STJ).

Os embargos de declaração, interpostos em face do acórdão do STF, possibilitarão discussões mais amplas a esse respeito e a prolação de provimentos mais precisos.

Contudo, diante da consolidação da tese e a urgência da situação, os entendimentos jurisprudenciais das demais instâncias têm dado aplicação imediata às teses afirmadas pelo STF, mediante a utilização de todo o valor destacado do ICMS e ISS, a fim de evitar deliberações inúteis, já que será o próprio STF quem definirá a extensão de sua inovadora tese.

Nesse contexto, parece mais adequada (razoável, proporcional e justa) a aplicação, imediata e provisória, da tese adotada pelo STF, como foi apresentada na discussão plenária, possibilitando-se às partes (em ações individuais ou coletivas) deduzir, da base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor total destacado do ICMS na nota fiscal de venda ou prestação de serviço da entidade beneficiária pela ordem judicial (autora das ações individuais ou os substituídos processuais nas ações coletivas).

Conforme se tem verificado em feitos de mesma natureza, a pretensão da UNIÃO de obter, em provimento judicial, restrições à extensão da exclusão da base de cálculo tributária do PIS e COFINS (para o "ICMS a pagar" ou "ICMS a creditar", esta última hipótese no regime de tributação não-cumulativa do PIS e da COFINS) apresenta-se precipitada, porque poderá implicar a prática de operações contábeis que podem se tornar inúteis (na hipótese do STF dar amplitude



à exclusão tributária para o valor total do ICMS destacado na nota fiscal ou adotar outro critério sequer descrito nos presentes autos).

Por outro lado, não há comprovação segura de que o acolhimento da tese restritiva apresentada pela UNIÃO naqueles autos possa ser aplicada, efetiva e desembaraçadamente, pelos beneficiários da ordem judicial (a parte autora das ações individuais ou os substituídos processuais nas ações coletivas) sem que tenham que, obrigatoriamente, acessar a contabilidade de outras pessoas jurídicas (antecessora ou sucessora do processo produtivo), abrangidas por sigilo fiscal.

É sabido que, no âmbito tributário, o sujeito passivo (contribuinte ou substituto tributário) não possui os mesmos poderes do sujeito ativo, mesmo em face de terceiros com quem tenha contratado. Assim, poderá se tornar inviável, do ponto de vista prático, a redução da base de cálculo de determinada exação em favor de determinado sujeito passivo, caso esse dependa de conduta probatória de outro sujeito passivo tributário (antecedente ou sucessivo) da cadeia econômica ou produtiva (que não está obrigado atender ao pedido daquele).

Nesse contexto, enquanto o STF não restringir o âmbito de sua tese, a mesma deverá ser aplicada, pelas demais instâncias judiciais, sob a posição processual que assegure sua aplicação mais imediata, ampla e desembaraçada.

O valor do destaque do ICMS, em campo próprio da nota fiscal de venda ou serviço do próprio beneficiário da ordem judicial (a parte em ação individual ou o substituído processual em ação coletiva), apresenta-se como a expressão econômica mais adequada para concretizar, no atual momento, a tese acolhida pelo STF.

Da inaplicabilidade da desoneração do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS no período de vigência da opção pelo Simples Nacional

Durante a vigência do regime de opção tributária pelo Simples Nacional, o sujeito passivo da obrigação tributária não tem direito de exclusão do ICMS da base de cálculo das exações referidas nos itens anteriores em razão dos efeitos de sua opção, aplicação do princípio da boa-fé e do disposto na legislação de regência (art. 24 da LC 123/2006 e dispositivos legais conexos).

Aplica-se o entendimento jurisprudencial a seguir transcrito:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS E COFINS. BASES DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS. IMPOSSIBILIDADE. SIMPLES NACIONAL. LC 123/2006. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS. VALOR PASSÍVEL DE EXCLUSÃO. IMPORTÂNCIA DESTACADA NA NOTA FISCAL DE SAÍDA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ENCONTRO DE DÉBITOS E CRÉDITOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. APELAÇÃO DA AUTORA NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO (FN) E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. 1. Válida a aplicação do prazo prescricional de 5 (cinco) anos da Lei Complementar 118/2005 às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005 (RE 566.621/RS, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, repercussão geral, maioria, DJe 11/10/2011). 2. O STF, sob a sistemática de repercussão geral, no julgamento do RE 574.706/PR, firmou o entendimento no sentido de que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar as bases de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, que são destinadas ao financiamento da seguridade social. 3. **Consoante entendimento desta Oitava Turma, as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal (LC 123/2006, art. 24), não podendo, por isso, sendo a adesão a ele facultativa, pretender alterar suas regras para excluir das bases de cálculo do PIS e da COFINS os valores relativos ao ICMS**(AC 000071287.2008.4.01.3801/MG, TRF1, Oitava Turma, Rel. Juiz Federal convocado José Airton de Aguiar Portela, DJF1 18/10/2018). 4. Depreende-se do entendimento fixado pela Suprema Corte que o ICMS passível de exclusão das bases de cálculo do PIS e da COFINS é aquele incidente sobre a operação, ou seja, o destacado na nota fiscal de saída, e não o efetivamente recolhido pelo contribuinte. Precedente do TRF2. 5. A compensação deve ser realizada conforme a legislação vigente na data do encontro de contas e após o trânsito em julgado,



tendo em vista o disposto no art. 170-A do CTN (REsp 1.164.452/MG, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC/1973).

6. Atualização monetária do indébito nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. 7. Apelação da autora não provida. Apelação da União (FN) e remessa oficial parcialmente providas. (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 0005430-79.2016.4.01.3500/GO, Rel. Des. Marcos Augusto de Sousa, 8ª Turma do TRF da 1ª Região, julgado em 19/11/2019). Original sem negrito.

Presente o perigo de dano, porque o recolhimento indevido onera desnecessariamente o sujeito passivo da obrigação tributária, sujeitando-o à imediata descapitalização e ao demorado procedimento de restituição do indébito.

O sujeito passivo beneficiado pela ordem judicial deverá cumprir as obrigações acessórias e as limitações legais pertinentes à exclusão ou extinção tributária, como, por exemplo, o lançamento da informação específica do crédito tributário suspenso ou excluído por decisão judicial.

ISSO POSTO, DEFIRO, em parte, o pedido liminar, para determinar as seguintes providências judiciais, apenas durante o período em que não se encontre em vigência o regime tributário de opção pelo Simples Nacional:

1) assegurar à IMPETRANTE a apuração e o recolhimento do PIS e da COFINS com a exclusão do ICMS destacados sobre as notas fiscais (o total de ICMS destacado na nota fiscal do próprio beneficiário da ordem judicial, das competências supervenientes ao mês da propositura desta ação judicial);

2) determinar à Autoridade Impetrada que: **a)** suspenda a exigibilidade de eventuais obrigações acessórias ou de outra natureza estipuladas pela UNIÃO relacionadas à questão debatida nos autos; **b)** se abstenha de considerar os referidos créditos tributários como óbices à emissão de certidão de regularidade fiscal; **c)** se abstenha de realizar qualquer ato de constrição patrimonial e cobrança relativos aos débitos aqui debatidos; **d)** se abstenha de incluir o nome da empresa impetrante nos órgãos de controle (CADIN ou protesto) com relação aos débitos aqui discutidos.

Para o exercício do direito reconhecido na presente decisão, a parte impetrante deverá cumprir as obrigações acessórias de seu encargo (especialmente o lançamento das informações sobre as parcelas ou valores de PIS e COFINS de exigibilidade suspensa, por decisão judicial do presente processo, em cada competência declarada ou declarável), **facultando-se a fiscalização pela administração tributária competente**.

Notifique-se a Autoridade Impetrada, ou quem suas vezes fizer, para cumprir a presente decisão e apresentar informações no prazo legal.

Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que, querendo, ingresse no feito (art. 7º, inc. II, Lei 12.016/2009). Oportunamente,

ao MPF

I.

Goiânia, *(data e assinatura digital adiante)*.

(assinatura digital)

Euler de Almeida Silva Júnior



JUIZ FEDERAL

MS DRF ICMS excluir base PIS e COFINS 1013504-32 2021 dgamp

Assinado eletronicamente por: EULER DE ALMEIDA SILVA JUNIOR - 29/04/2021 14:32:08

Num. 521134866 - Pág. 5

<http://pje1g.trf1.jus.br:80/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=21042914320373200000515415053>

Número do documento: 21042914320373200000515415053

