



Número: **5005828-53.2021.4.03.6104**

Classe: **PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL**

Órgão julgador: **4ª Vara Federal de Santos**

Última distribuição : **04/10/2021**

Valor da causa: **R\$ 78.316,65**

Assuntos: **Suspensão da Exigibilidade, Compensação, Repetição de indébito, Exclusão - ICMS, Cofins, PIS**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
MULTIPORTOS TRANSPORTES E SERVICOS LTDA (AUTOR)		GUSTAVO MENDES DE ANDRADE (ADVOGADO)	
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL (REU)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
24637 9790	18/04/2022 19:20	Sentença	Sentença

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7) Nº 5005828-53.2021.4.03.6104 / 4ª Vara Federal de Santos
AUTOR: MULTIPORTOS TRANSPORTES E SERVICOS LTDA
Advogado do(a) AUTOR: GUSTAVO MENDES DE ANDRADE - SP424492
REU: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

SENTENÇA

Cuida-se de ação de conhecimento, com pedido de tutela de evidência, objetivando provimento judicial declaratório que assegure a exclusão do **ICMS** destacado nas DACTE's/CTE's/Notas Fiscais da base de cálculo do **PIS** e da **COFINS**.

Postula-se a condenação da ré a restituir o montante indevidamente recolhido, a partir de 15/03/2017, incluindo os valores que vierem a ser recolhidos indevidamente no decorrer da presente ação judicial, acrescido da aplicação da Taxa SELIC, a partir do pagamento indevido até o mês anterior ao da restituição ou compensação, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada, conforme art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

Em apertada síntese, sustenta a autora que o **ICMS** não representa receita ou faturamento de uma empresa, e por isso devem ser afastados os dispositivos legais que determinam a **inclusão desse tributo na base de cálculo do PIS e da COFINS**, por afronta ao que prescreve o artigo 195, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal.

A pretensão encontra-se fundamentada em precedente em repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, na ocasião do julgamento do RE nº 574.706.

Juntou documentos.



A parte autora promoveu a regularização da inicial, recolhendo as custas de distribuição (id. 123416588).

A tutela de evidência foi deferida (id. 123752673).

Citada, a União ofertou resposta reconhecendo a procedência do pedido (id. 170515990). As partes não se interessaram pela produção de provas.

É o relatório. Fundamento e DECIDO.

Passo ao julgamento da lide na forma do artigo 355, inciso I, do CPC/2015.

No caso, a parte autora sustenta que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, deve ser excluído da base de cálculo das contribuições sociais por não representar receita ou faturamento de uma empresa (art. 195, I, b, CF).

Na hipótese, conforme relatado, o contribuinte propõe a presente ação, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar ou de ver restituídos os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a autora postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos. Assim, à luz do entendimento firmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa **(REsp nº 1715294/SP)**.

Pois bem. É fato que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (6x4), em sessão realizada no dia 15/03/2017, decidiu, no bojo do RE nº 574.706 com repercussão geral reconhecida, que o ICMS não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), sob o entendimento que o valor arrecadado a título de ICMS não incorpora o patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições.

Merece transcrição a ementa do v. acórdão:

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.

(STF - RE 574706/PR - Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA - PUBLIC 02-10-2017)

A inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, já se encontrava reconhecida no julgamento do RE 240.785, realizado no exercício do controle difuso de constitucionalidade, com eficácia restrita às partes, assim ementado:

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.

(RE 240785 / MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJe 15-12-2014).

A força da r. decisão proferida no RE nº 574.706 merece prestígio no sistema jurídico nacional, especialmente no regime processual instituído pelo NCPC, razão pela qual verifico que a controvérsia não requer maiores digressões.

Nesse passo, o tema encontra-se inserido no novo regime processual de formação de precedente obrigatório, nos moldes do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil/2015. Nos termos do artigo 985, I, c/c o artigo 1.040, III, ambos do Código de Processo Civil, definida a tese jurídica no julgamento de casos repetitivos ela deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos pendentes que versem sobre a matéria (**TRF3 - Ap 303306/SP – Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI - e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/05/2018**).



Destaco que a Eg. Corte Suprema decidiu os embargos declaratórios pendentes, modulando os efeitos do julgado (DJE nº 92, divulgado em 13/05/2021):

“**Decisão:** O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).”.

Enfim, a União Federal não contestou e requereu a homologação do reconhecimento do pedido. Esclareceu que *“(...) com a aprovação do Parecer SEI nº 7698/2021/ME, aprovado pelo DESPACHO nº 246/2021/PGFN-ME, de 24 de maio de 2021, os Procuradores da Fazenda Nacional foram autorizados a deixar de contestar e de recorrer em relação aos julgados que apliquem o referido entendimento, consoante art. 2º, §3º, da Portaria PGFN nº 502/2016.*

Assim sendo, na hipótese de pagamento a maior, tem o contribuinte direito à restituição/compensação do indébito (art. 168, Código Tributário Nacional - CTN). A parte autora, portanto, poderá compensar/restituir o montante indevidamente recolhido a partir de 15/03/2017, acrescido da taxa SELIC, acumulada mensalmente, desde o 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, observada a Resolução CJF nº 658/2020, manejando a compensação com créditos de tributos administrados pela RFB. Diante do contido no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, incluído pela LC nº 104, de 10/01/2001, é impossível iniciar a compensação anteriormente ao trânsito em julgado da presente sentença, que, aliás, corresponderia a uma compensação em face de um título judicial provisório.

Por fim, ausente a condenação em honorários advocatícios, diante da falta de resistência da União, nos termos do disposto no artigo 19, § 1º, I da Lei 10.522/02.

Diante do exposto, resolvo o mérito do processo, nos termos do art. 487, inciso III, alínea “a”, do CPC, e **HOMOLOGO** o reconhecimento da procedência do pedido para, nos termos da fundamentação supra, declarar o direito à exclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços- ICMS destacado na nota fiscal da base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), em razão da inconstitucionalidade da referida incidência. Por consequência,



condeno a União Federal a restituir à parte autora os valores recolhidos a partir de 15/03/2017, mediante simples repetição do indébito ou compensação tributária, após o trânsito em julgado (CTN, art. 170-A), com parcelas de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal (artigo 74 e parágrafos, da Lei nº 9.430/96).

O montante indevido apurado deverá ser atualizado monetariamente a partir da retenção até a efetiva restituição, aplicando-se quanto à correção monetária e aos juros de mora, os termos da Resolução CJF nº 658/2020, ou outra que venha a substituí-la ou alterá-la.

Sem condenação em honorários advocatícios (art. 19, § 1º, inciso I, da Lei nº 10.522/2002). Custas na forma da lei.

Sentença não sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496, § 4º, II, do CPC.

P. I.

SANTOS, 21 de março de 2022.

