



Número: **5001361-70.2023.4.03.6133**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL**

Órgão julgador: **2ª Vara Federal de Mogi das Cruzes**

Última distribuição : **16/05/2023**

Valor da causa: **R\$ 1.000.000,00**

Assuntos: **DIREITO TRIBUTÁRIO, ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

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

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
FIDALGO GOUVEIA E CIA LTDA (IMPETRANTE)		FERNANDO ANDRADE VIEIRA (ADVOGADO) FELIPE MANO MONTEIRO DO PACO (ADVOGADO)	
DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS//SP (IMPETRADO)			
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL (IMPETRADO)			
Ministério Público Federal (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
28839 1525	24/05/2023 14:53	<a href="#">Decisão</a>	Decisão

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5001361-70.2023.4.03.6133 / 2ª Vara Federal de Mogi das Cruzes  
IMPETRANTE: FIDALGO GOUVEIA E CIA LTDA  
Advogados do(a) IMPETRANTE: FELIPE MANO MONTEIRO DO PACO - SP419642, FERNANDO ANDRADE VIEIRA - SP320825  
IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS//SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

## DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **FIDALGO GOUVEIA E CIA LTDA**, em face do ato coator supostamente praticado pelo **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS**, na qual pretende ordem judicial que seja reconhecido o seu direito à apropriação de créditos de PIS e COFINS sobre o valor de ICMS incidente na operação de aquisição de bens adquiridos e serviços tomados, afastando, assim, os efeitos da MP n.º 1159/2023 e a exigibilidade do referido crédito tributário que deixar de ser recolhido e obstando-se a prática de quaisquer atos tendentes à exigência desses valores por parte da D. Autoridade Coatora, ao cumprimento de obrigações acessórias correlatas e à imposição de penalidades pelo não pagamento.

Para tanto alega que é pessoa jurídica de direito privado que desenvolve atividades de compra, venda, distribuição e comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios, no território paulista e por ser optante do lucro real, a Impetrante é contribuinte das contribuições sociais ao PIS e à COFINS, na modalidade não cumulativa, que incidem sobre o valor mensal de seu faturamento na forma dos artigos 195, inc. I e 239 da CF/88, Lei Complementar nº 07/70 e Lei Complementar nº 70/91.

Impetrou o mandado de segurança, que tramitou junto à 1ª Vara Federal de Mogi das Cruzes, autos n. 5001641-75.2022.403.6133, o qual já transitou em julgado, que concedeu parcialmente a ordem para reconhecer como indevida a



inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS/COFINS, apenas em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 16/03/2017.

Porém foi editada a Medida Provisória n. 1.159/2023, que incluiu o inciso III no §2º, art. 3º, das Leis n 10.637/02 e 10.833/03, para novamente limitar, a partir de 01/05/2023, o direito dos contribuintes à parcela do ICMS da base de crédito do PIS e da COFINS.

O impetrante aduz que se for submetido aos efeitos da MP 1.159/2023 implica em violação à coisa julgada e que a alteração nas Leis n. 10.637/02 e 10.833/03 deveria ter sido feita por meio de lei complementar e não por Medida Provisória.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Custas recolhidas, ID 287642391.

A União Federal manifestou-se no ID 287783899, no qual requereu seu ingresso no feito, bem como alegou que não estão presentes os requisitos para a concessão da medida liminar. Requereu o indeferimento da mesma e a denegação da segurança.

Autos conclusos.

**É o relatório.**

**Decido.**

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, “Conceder-se-á mandado de segurança para **proteger direito líquido e certo**, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Pelo enunciativo da Lei de Mandado de Segurança é patente que ele se destina a preservar o impetrante contra injustiças que sofra, ou corra o risco de sofrer, por parte de autoridade, desde que relativo a **direito líquido e certo de que já seja titular**.

Em juízo sumário de cognição, compatível com o atual estágio processual, entendo presentes os requisitos para a concessão da liminar pleiteada.

Conforme disposto no art. 195, “caput”, da Constituição Federal:



*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 contribuições sociais,*

A Seguridade Social será financiada mediante contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a receita ou faturamento, nos termos expressamente previstos no citado art. 195, inciso I, alínea “b”, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/98.

Essas contribuições sociais foram instituídas pelas Leis Complementares 7 e 8/70 (PIS e PASEP) e 70/91 (COFINS). Após muitas alterações legislativas, para o regime de apuração cumulativa, tanto a contribuição para o PIS/PASEP quanto a COFINS são regidas pela Lei 9.718/98; já para o regime de apuração não cumulativa, a primeira é regida pela Lei 10.637/02 e a segunda pela Lei 10.833/03.

O fato gerador do PIS e da COFINS fixado pela Lei 9.718/98 é o faturamento das pessoas jurídicas de direito privado, este compreendido como sua receita bruta, com as deduções taxativamente previstas (arts. 2º e 3º, §2º, incisos I a VI). Enquanto as Leis 10.637/02 e 10.833/03, estabeleceram como fato gerador do PIS e da COFINS o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil (art. 1º de ambas as leis, na redação dada pela Lei 12.973/14). Valores que não constituam faturamento ou receita não podem, portanto, ser inseridos na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, verbis:

*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.*

*4. 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.*

*5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

A decisão proferida no RE nº 574.706/PR em nenhum momento trata da base de cálculo dos créditos do PIS/COFINS, muito menos em relação à inclusão do ICMS em tal base de cálculo. O julgamento pela Suprema Corte em nada alterou a forma de apuração dos créditos, permanecendo incólume a legislação que trata do tema.

Na verdade, o crédito no PIS/COFINS não levava em consideração o efetivo valor pago na tributação. Assim, não existe uma correlação necessária entre a exclusão do ICMS da base de cálculo PIS/COFINS e a sua inclusão no direito de crédito. O ICMS pago na aquisição de insumos continua sendo um tributo não recuperável. Com o que se verifica, ao menos nesta cognição sumária, que a exclusão do ICMS da base de crédito do PIS/COFINS viola a não cumulatividade.

Posto isso, **DEFIRO A LIMINAR** formulada pela impetrante para que seja reconhecido o direito da Impetrante à apropriação de créditos de PIS e COFINS sobre o valor de ICMS incidente na operação de aquisição de bens adquiridos e serviços tomados, afastando, assim, os efeitos da MP n.º 1159/2023.

Defiro o ingresso da União Federal no feito.

Notifique-se a autoridade apontada na inicial para apresentação das informações, no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 7º, I, da Lei 12.016/2009.

Posteriormente, ao Ministério Público Federal para que se manifeste no prazo de 10 (dez) dias.

A seguir, tornem os autos conclusos para prolação de sentença, ocasião em que o pedido de liminar também será reapreciado, uma vez que, não obstante a relevância do fundamento da demanda, não estão presentes motivos que possam tornar ineficaz o provimento final.



Intimem-se. Cumpra-se.

Mogi das Cruzes, data registrada no sistema.

**PAULO BUENO DE AZEVEDO**

**Juiz Federal**

