



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

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

S E N T E N Ç A

1. RELATÓRIO

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, inciso I e 239 da CF/88, Lei Complementar n.º 07/1970 e Lei Complementar n.º 70/1991.

Impetrou o mandado de segurança, que tramitou junto à 1ª Vara Federal de Mogi das Cruzes, autos n.º 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.º 1.159/2023, que incluiu o inciso III no §2º, art. 3º, das Leis n.º 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 n.º 1.159/2023 implica em violação à coisa julgada e que a alteração nas Leis n.º 10.637/2002 e 10.833/2003 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.

Deferida a medida liminar 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”, bem como deferido o ingresso da União Federal no feito (ID 288391525).

Manifestação da parte impetrante no ID 288829935, pede a decretação do sigilo em relação à petição inicial e todos os documentos a ela anexados.

Deferido parcialmente o sigilo requerido em relação aos documentos do ID 287456376, conforme decisão ID 288880113.

Informações prestadas no ID 289793988, alega que o Poder Executivo no uso de suas prerrogativas constitucionais, editou a MP n.º 1.159/2023 para dar novos contornos à não cumulatividade do PIS e da Cofins, estando dentro do princípio da legalidade.

Parecer do Ministério Público Federal – MPF no ID 291215013, pugna pelo prosseguimento do feito.

Juntada de comprovante da interposição de Agravo de Instrumento n.º 5018411-78.2023.4.03.0000 (ID 293385765).

Manifestação da impetrante no ID 293716093, aduz fato novo ante a perda de eficácia da MP n.º 1.159/2023, entretanto, informa os dispositivos veiculados na referida MP foram transferidos como “emenda” à MP n.º 1.147/2023, a qual foi convertida na Lei n.º 14.592/2023. Alega vício formal em razão da ausência de pertinência temática entre as MP’s e afronta à Lei Complementar n.º 95/1998, art. 7º, inciso II.

Comunicação de decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 5018411-78.2023.4.03.0000, que deferiu o efeito suspensivo da decisão liminar (ID 294425096).

Vieram os autos conclusos para sentença.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Nos termos do artigo 1º da Lei n.º 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**.

No presente feito, é o caso de confirmação da liminar e concessão da segurança. 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 7/1970 e 8/1970 (PIS e PASEP) e 70/1991 (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 n.º 9.718/1998; já para o regime de apuração não cumulativa, a primeira é regida pela Lei n.º 10.637/2002 e a segunda pela Lei n.º 10.833/2003.

O fato gerador do PIS e da COFINS fixado pela Lei n.º 9.718/1998 é o faturamento das pessoas jurídicas de direito privado, este compreendido como sua receita bruta, com as deduções taxativamente previstas (artigos 2º e 3º, §2º, incisos I a VI). Enquanto as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, 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 n.º 12.973/2014). 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 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 que a exclusão do ICMS da base de crédito do PIS/COFINS viola a não cumulatividade.

Por fim, verifica-se que a MP n.º 1.159/2023 perdeu a sua eficácia em decorrência do término do prazo para votação pelo Congresso Nacional. Entretanto, seus dispositivos foram incluídos como emenda à MP n.º 1.147/2022, a qual foi convertida na Lei n.º 14.592/2023, com seus artigos 6º e 7º, alterando as Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003.

Em análise a ementa da MP n.º 1.147/2022 verifica-se que se tratava do Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos – PERSE, não havendo nenhuma relação com a questão da exclusão do ICMS da incidência da base de cálculo do PIS/Cofins. Vê-se a completa ausência de pertinência temática, atuando o Congresso no que o Supremo Tribunal Federal chamou de “contrabando legislativo” com a introdução de matéria estranha em medida provisória inicialmente promulgada com outra temática.

De fato, cumpre transcrever trecho de magnífico voto da Ministra Rosa Weber, Relatora da ADI 5.127/DF (destaques em negrito no original):

*14. O que tem sido chamado de **contrabando legislativo**, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente **antidemocrático**, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade. Com efeito,*

*“Nas democracias constitucionais contemporâneas apenas as normas postas pelos representantes do povo construídas por meio de um processo específico podem obrigar ou proibir uma ação ou omissão, como consta, p. ex. no art. 5º, II, da Constituição Federal. Isso significa que a soberania popular deve ser exercida nos limites determinados pela ordem jurídica, cujas **normas apenas são válidas se criadas nos marcos constitucionais do devido processo legislativo** . Nessa linha, doutrina e jurisprudência reconhecem que **o devido processo legislativo é uma garantia, do parlamentar e do cidadão , inscrita na cláusula do substantive due process of law (art. 5º, LIV, da CF/88), envolvendo a correta e regular elaboração das leis** . Para além da tramitação formal, a dimensão substantiva da due process of law impõe que o processo legal seja justo e adequado, o que deve ser preservado já na fase de produção das leis.” (MARRAFON, Marco Aurélio e ROBL FILHO, Ilton Norberto. “Controle de constitucionalidade no projeto de lei de conversão de medida provisória em face dos ‘contrabandos legislativos’: salvaguarda do Estado Democrático de Direito” In FELLET, André e NOVELINO, Marcelo (Orgs). *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: JusPodivm: 2013, p. 236-7, destaquei).*

Nota-se, portanto, que a expressão, bastante forte do ponto de vista retórico, foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, com o intuito de inibir tal prática pelo Executivo e pelo Legislativo. Como não houve a observância de tal importantíssimo precedente do Supremo Tribunal Federal, reconheço a inconstitucionalidade, neste particular, da Lei 14.592/2023, a qual, a propósito, também ofendeu o art. 7º, inciso II, da Lei Complementar 95/1995, por tratar de matéria estranha a seu objeto.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** requerida, para reconhecer 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 1.159/2023 e dos artigos 6º e 7º da Lei n.º 14.592/2023, bem como extingo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Também fica autorizada a compensação administrativa, na forma do art. 74 da Lei n.º 9.430/1996, com aplicação da Taxa Selic, mediante fiscalização da autoriade impetrada. Confirmo a medida liminar deferida na decisão ID 288391525.

Consigno que **a liminar encontra-se suspensa** em razão da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 5018411-78.2023.4.03.0000. Sem prejuízo, comunique-se a prolação da presente sentença à Excelentíssima Desembargadora Federal Relatora do agravo.

Descabem honorários advocatícios, nos termos do art. 25, da Lei nº 12.016/2009.

Sem custas, a teor do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.

Sentença sujeita à remessa necessária, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Sobrevindo o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo com as cautelas de praxe.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se, inclusive o Ministério Público Federal.

Mogi das Cruzes, 19 de julho de 2023.

Paulo Bueno de Azevedo

Juiz Federal

Assinado eletronicamente por: PAULO BUENO DE AZEVEDO

19/07/2023 16:18:10

<https://pje1g.trf3.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

ID do documento: 294888571



2307191618108390000028518506.

IMPRIMIR

GERAR PDF