



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA FEDERAL  
**Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais**  
15ª Vara Federal Cível da SJMG

---

PROCESSO: 1011339-19.2020.4.01.3800 CLASSE: PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7) AUTOR: \_\_\_\_\_,  
\_\_\_\_\_, Advogados do(a) AUTOR: ALVARO HENRIQUE MARRA DA SILVA - MG166568, ALEXANDRE PIMENTA  
DA ROCHA DE CARVALHO - MG75476 Advogados do(a) AUTOR: ALVARO HENRIQUE MARRA DA SILVA -  
MG166568, ALEXANDRE PIMENTA DA ROCHA DE CARVALHO - MG75476

RÉU: UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

### DECISÃO

Cuida-se de Ação de rito ordinário, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ em face da **UNIÃO**, pretendendo provimento jurisdicional que lhes assegure decotar os valores relativos ao **ICMS** da base de cálculo das contribuições do **PIS** e da **COFINS**, incidentes nas contas de energia elétrica, confirmando-se, ao final, a tutela de urgência com a sentença de mérito. Requerem, ainda, subsidiariamente, o direito a efetuar o depósito judicial das parcelas questionadas nestes autos e, ao final, que lhes seja declarado o direito à compensação ou restituição.

Informam que, em face de suas atividades, submetem-se à tributação pelo ICMS, PIS e COFINS, possuindo, ainda, gastos significativos com energia elétrica.

Afirmam que a Fazenda Nacional vem interpretando, equivocadamente, a legislação, incluindo na base de cálculo do PIS e da COFINS o valor correspondente ao ICMS.

Sustentam que a União lhes vem exigindo, quando da apuração da base de cálculo das Contribuições PIS e COFINS, incidentes em suas faturas de energia elétrica, incluir os valores relativos ao ICMS, o que afirmam inconstitucional, ao argumento e que as referidas contribuições, tal como as prevê o artigo 195-I da CRFB, incidem sobre a



receita ou o faturamento, expressões que sustentam não abrangerem o ICMS, que cobrado destacadamente nas Faturas/Notas Fiscais, não ingressa no patrimônio da empresa, mas somente transita pela contabilidade desta e é transferido ao ente estadual, respectivamente, que é o titular desta receita.

Fazem um escorço da legislação que tratou o tema, a partir das Leis Complementares n.ºs 7/70 e 70/91, referindo-se à posição da jurisprudência que tem afastado a inclusão de impostos no cálculo de outro imposto, chamando à colação julgamentos do STF e do TRF1 que assim decidiram.

E, ressaltando a natureza vinculada da Ação Administrativa, que impõe ao Fisco exigir o tributo de conformidade com a lei vigente; bem assim o “periculum in mora” que se expressa na possibilidade de sofrerem restrições por parte do fisco, se não recolherem o tributo exigido, pedem lhes seja deferida a tutela de urgência, com a confirmação em sentença de mérito.

Com a inicial, procuração e documentos. Custas recolhidas (*id* 208424852).

**É relatório.**

**DECIDO.**

O Instituto da tutela antecipada, como prevê o art. 300 do CPC, tem como pressupostos a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito da parte, bem assim o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Compulsando os autos, parece-me, num primeiro juízo, revelarem eles a presença dos dois requisitos acima apontados.

Na legislação anterior à Lei 12.973/14, já enfrentei o tema, para afastar, sob o entendimento de inconstitucionalidade dos diplomas normativos que assim exigiam, a inclusão do ICMS na base de cálculo das exações em abordagem, assim como o fiz com relação ao ISSQN.

Esta posição encontrou reforço na abalizada jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que em sua composição plenária, no julgamento do RE nº 240.785 em 22/03/2006, decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Insta destacar que tal questão foi reconhecida como de repercussão geral, em duas oportunidades, em 24/04/2008 e 01/07/2010 (**RE 574.706/RG /PR – DJ-e: 16/05/2008 e RE 606.107 RG/RS – DJ-e: 20/08/2010**). **E, finalmente, na Sessão Plenária do dia 15.03.2017**, a Corte Suprema retomou o julgamento do mérito do tema, quando prevaleceu o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia sobre a questão, que acatado, pela maioria, pôs uma pá de cal nas discussões, afastando o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS ao argumento maior que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, conseqüentemente, não pode integrar a base de cálculo dessas exações, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Merece conferir a ementa:



*"Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017. (Ata do Julgamento foi Publicada no DJE n. 53, divulgado em 17.03.2017).*

Tal precedente confere amparo à súplica das Autoras, pois embora inexista previsão expressa sobre o efeito vinculante, nenhum posicionamento contrário pode prosperar, tanto assim que o reconhecimento da repercussão geral provocará a suspensão de todos os recursos pendentes e uma vez sumulado o entendimento pelo STF, será este embasamento válido para que se julgue liminarmente improcedente o pedido que o contrarie, a teor do artigo 332, inciso IV do CPC.

Neste sentido, inclusive, também antes do advento da Lei 12.973/14, decidi o TRF 1ª Região, como se confere dos julgados que vale trazer à colação:

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E PERIGO DE DANO DEMONSTRADOS.**

1. No julgamento, não concluído, do Recurso Extraordinário 240.785-2/MG (Informativo 437, do STF), o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso, por entender violado o art. 195, I, da CF, por estar incluído na base de cálculo da COFINS, como faturamento, o ICMS.
2. O entendimento alcança também a contribuição para o PIS, visto que o raciocínio que se utiliza para justificar a não-inclusão do ICMS na base da COFINS autoriza, também, a exegese para sua não-utilização na base de cálculo do PIS.
3. **Entendo que o mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é cabível para excluir o ISS.**
4. O periculum in mora, por sua vez, reside no desequilíbrio financeiro gerado ao contribuinte, ao realizar o pagamento do tributo, nos termos em que está sendo cobrado, redundando em risco às suas atividades operacionais, ou, em caso de inadimplência, em penalidades, oriundas da exigibilidade do crédito tributário, como a negativa de obter certidões negativas de débitos e inscrição do seu nome no CADIN.
5. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF1, AG 2008.01.00.018290-1/DF, 8ª T., DJ: 18/07/08) Grifo nosso.

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DO ISSQN E OUTRAS RECEITAS FINANCEIRAS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E PERIGO DE DANO DEMONSTRADOS.**



1. No julgamento, não concluído, do Recurso Extraordinário 240.785-2/MG (Informativo 437, do STF), o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, deu provimento ao recurso, por entender violado o art. 195, I, da CF, por estar incluído na base de cálculo da COFINS, como faturamento, o ICMS.
2. O entendimento alcança também a contribuição para o PIS, visto que o raciocínio que se utiliza para justificar a não-inclusão do ICMS na base da COFINS autoriza, também, a exegese para sua não-utilização na base de cálculo do PIS.
3. **Entendo que o mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é cabível para excluir o ISSQN.**
4. O *periculum in mora*, por sua vez, reside no desequilíbrio financeiro gerado ao contribuinte, ao realizar o pagamento do tributo, nos termos em que está sendo cobrado, redundando em risco às suas atividades operacionais, ou, em caso de inadimplência, em penalidades, oriundas da exigibilidade do crédito tributário, como a negativa de seu direito em obter certidões negativas de débitos e inscrição do seu nome no CADIN.
5. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF1, AG 2007.01.00.043766-3/MT, 8ª T., DJ: 30/05/08) Grifo nosso.

E advindo a nova norma, em nada se modifica o entendimento esposado nas jurisprudências transcritas, que mereceram e merecem minha adesão, pois que o conceito de faturamento\receita não pode ser transmudado ao sabor do legislador infraconstitucional, para cobrar tributo com alteração da base de cálculo contemplada no texto constitucional, no qual encontra limite a sua competência.

Se o ICMS, embora destacado na fatura\nota fiscal não incorpora ao patrimônio da empresa que o arrecada, mas é repassado ao respectivo ente estatal, constituindo receita deste, não há embasamento válido para incluí-lo na base de cálculo das Contribuições PIS/COFINS.

Forçoso reconhecer, também, o “*periculum in mora*” já que se não lhe socorrer a tutela de urgência ficarão vulneráveis as Autopistas aos consectários do inadimplemento, sendo certo que submetê-las ao “*solve et repete*” é de todo irrazoável, não só porque subtrai recursos úteis às suas atividades, mas também pelos percalços que esta via apresenta.

ANTE O EXPOSTO, **DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA** para assegurar às Autoras, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_, excluir o **ICMS** da base de cálculo do **PIS** e da **COFINS**, incidentes em suas faturas de energia elétrica, determinando, ainda, que a União abstenha-se da prática de quaisquer atos atinentes à cobrança dos valores relativos a estas exações, ou inscrever as Autoras em dívida ativa, até ulterior deliberação desta juíza.

No tocante ao pedido de depósito, trata-se de direito subjetivo da parte que questiona o tributo em juízo, conforme artigo 151, II, do CTN e deve ser efetuado por conta e risco das Autoras, independente de autorização judicial, inclusive no que se refere à extração de guias, nos termos do Provimento COGER nº 129/2016 do TRF1, e observado o disposto no art. 151, II, do CTN.

Intime-se a União da presente decisão.



P. Intimem-se. Cite-se.

Belo Horizonte/MG, data da assinatura.

*(assinado eletronicamente)*

**MARIA EDNA FAGUNDES VELOSO**

*Juíza Federal da 15ª Vara*

