



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
26ª Vara Federal do Rio de Janeiro

AVENIDA RIO BRANCO, 243, ANEXO II, 7º ANDAR - Bairro: CENTRO - CEP: 20040-009 - Fone: (21)3218-8264 -
Email: 26vf@jfrj.jus.br

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL Nº 5058002-97.2023.4.02.5101/RJ

IMPETRANTE: PRAXAIR DO BRASIL LTDA

IMPETRANTE: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA

IMPETRANTE: WHITE MARTINS PARTICIPACOES LTDA

IMPETRANTE: WHITE MARTINS STEEL GASES INDUSTRIAIS LTDA.

IMPETRADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO RIO DE JANEIRO II - UNIÃO - FAZENDA NACIONAL - RIO DE JANEIRO

SENTENÇA

Vistos etc.

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA., PRAXAIR DO BRASIL LTDA., WHITE MARTINS PARTICIPAÇÕES LTDA., WHITE MARTINS STEEL GASES INDUSTRIAIS LTDA., qualificadas na exordial, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato do **DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL NO RIO DE JANEIRO II – (DRF II)**, objetivando medida liminar “*para que seja assegurado às Impetrantes o direito à inclusão do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições na base de cálculo para fins de creditamento de PIS e COFINS no regime não-cumulativo, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, como sempre lhe foi garantido, afastando-se as disposições ilegais da MP 1.159/2023*”.

No mérito, requerem “*seja julgado procedente o pedido, concedendo-se a ordem pleiteada, com o conseqüente reconhecimento do direito líquido e certo das Impetrantes à inclusão do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições na base de cálculo para fins de creditamento de PIS e Cofins no regime não-cumulativo, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, como sempre lhe foi garantido, afastando-se as disposições ilegais da MP 1.159/2023*”.

Em consequência, solicitam “*a suspensão da exigibilidade da parcela das contribuições que deixar de ser recolhida em função da apropriação de créditos de PIS/COFINS com a inclusão do valor do ICMS destacado na base de cálculo, bem como que a Autoridade Coatora se abstenha da prática de atos indiretos de cobrança de ditos valores, tais como negativa de expedição de certidão de regularidade fiscal, inscrição em dívida ativa, protesto da certidão de dívida ativa, ajuizamento de execução, averbação pré-executória, apontamento no CADIN etc*”.

Alegam que “*são pessoas jurídicas que têm por objeto social a fabricação e comercialização de gases industriais e medicinais*” e, “*por isso, estão sujeitas à incidência não-cumulativa da Contribuição ao PIS e da Contribuição para o Financiamento da*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
26ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Seguridade Social - COFINS sobre a totalidade das receitas que auferir, tal como prevista nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente”.

Mencionam que “na sistemática não cumulativa trazida pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, o método adotado pelo legislador foi o denominado “subtrativo indireto”, o qual consiste, basicamente, na tributação da diferença encontrada a partir do confronto entre duas espécies de base de cálculo: totalidade das receitas tributáveis (base do débito) e totalidade dos descontos permitidos em lei (base dos créditos)”

No entanto, “em 12 de janeiro de 2023, o Poder Executivo editou a MP 1.159/2023, alterando a redação das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, visando, entre outras medidas, a exclusão do valor do ICMS destacado na nota fiscal de compra da base de cálculo dos créditos de PIS e Cofins, a partir de 1º de maio de 2023”.

Narram que tal medida foi promovida como uma espécie de resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal (“STF”) no Tema 69 da Repercussão Geral, em que ficou consignado o entendimento que o ICMS não compõe a base de cálculo das referidas contribuições. A ideia almejada pelo Poder Executivo era a de estabelecer um suposto alinhamento da apuração de débitos e créditos de PIS e Cofins”.

Aduzem que “a exposição de motivos que acompanhou a MP afirma que a alteração promovida na sistemática de creditamento é “decorrência lógica” de que “se o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal não está sujeito ao pagamento das contribuições, consequentemente não deveria dar direito ao crédito”.

Por fim, ressaltam que “a referida MP, ao assim fazê-lo, promove, dentre outras ilegalidades e inconstitucionalidades, uma verdadeira subversão da matriz constitucional da não cumulatividade das contribuições ao PIS e Cofins. Isso porque desconsidera que o instituto de creditamento previsto para essas contribuições não está atrelado aos débitos, mas sim às despesas e ao custo de aquisição”.

A peça vestibular veio acompanhada de procuração e documentos.

O pedido de liminar foi deferido, conforme decisão do evento 3.

Informações do impetrado (evento 24), pugnando pela denegação “diante da total ausência de direito líquido e certo no presente caso, visto que a decisão proferida pelo E. STF no RE 574.706 não trata da sistemática da não cumulatividade do PIS e da COFINS e tampouco assegura a possibilidade de se proceder ao recálculo de créditos de PIS/COFINS apurados nas operações de entrada, porque a questão não foi, nem poderia ter sido discutida no julgamento do Tema 69, já que não foi o objeto da ação, além de haver expressa vedação legal para o aproveitamento de crédito nesta hipótese”.

Petição da União Federal/Fazenda Nacional (evento 26), solicitando seu ingresso no feito, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009 e, em consequência, requereu sua intimação para todos os atos praticados.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
26ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Sustenta, preliminarmente, inadequação da via eleita pela impossibilidade de impetrar mandado de segurança contra lei em tese, uma vez que *“da leitura da peça inicial do presente mandado de segurança, constata-se que se está a impugnar ato administrativo abstrato, pois não existem sequer indícios de ato ilegal ou abusivo na iminência de ser praticado pela autoridade coatora (incidência da Súmula 266, do STF)”*.

No mérito, requer a denegação da segurança e *“na remota eventualidade de se conceder a ordem, requer que a devolução dos valores pagos se dê nos limites delineados nesta peça, especialmente com vedação à restituição administrativa”*.

O Ministério Público Federal (evento 30) tomo ciência dos autos e os devolveu sem se manifestar sobre o mérito, requerendo o prosseguimento do feito por não vislumbrar a existência de interesse a justificar sua intervenção.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Afasto a preliminar de inadequação da via eleita pela impossibilidade de impetrar mandado de segurança contra lei em tese. No presente caso, não se está discutindo lei em tese, mas a efetiva aplicação das disposições da MP 1.159/2023 que tem potencial de causar um prejuízo real ao contribuinte.

Ultrapassada tal questão, passo a analisar o *meritum causae*.

O artigo 2º da MP n. 1.159 de 12/01/2023 acrescentou o inciso III ao § 2º do Art. 3º da Lei n. 10.833/2003, que passou a dispor que *“não dará direito a crédito, na apuração do PIS e da COFINS, o valor “do ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição”*.

Extrai-se da leitura da norma supratranscrita que houve minoração do crédito das contribuições a partir de 01 de maio de 2023, fato que aumenta de modo relevante e substancial, a carga tributária do contribuinte.

A prevalecer a sistemática estabelecida pela aludida MP, haveria alteração no próprio valor de faturamento, vez que o custo respectivo com a tributação de ICMS não poderia ser abatido.

E a aplicação da sistemática da não-cumulatividade às contribuições sociais foi evidenciada no art. 192 § 2º da Constituição Federal de 1988, incluído no texto constitucional pela EC n. 42/2003, com a finalidade de frear a tributação em efeito cascata (evitar incidência quanto a produto já tributado na fase anterior de circulação).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
26ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Some-se a isso, que o STF se posicionou, inúmeras vezes, no sentido de que o método de apuração do PIS e da COFINS se diferencia daquele de apuração do IPI e do ICMS, e que haveria autorização, em razão da não-cumulatividade, para inclusão dos custos e despesas na aquisição de mercadorias, onde estaria neste conceito incluída a despesa advinda com o ICMS na aquisição da mercadoria, para a aferição da base de cálculo de tais contribuições.

Por conseguinte, não obstante reputar que a matéria não é, necessariamente, reservada à lei complementar, depreende-se que a nova sistemática tratada pela respectiva MP praticamente anula o objetivo da tributação não cumulativa, vez que, em um primeiro momento, gera maior arrecadação ao Tesouro, mas, no médio e longo prazos, afigura-se danosa à economia, por onerar o impacto referente à tributação.

Portanto, a concessão da ordem é medida que se impõe.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados no presente *mandamus* e, em consequência, **CONCEDO A SEGURANÇA** pleiteada para reconhecer o direito das Impetrantes à inclusão do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisições na base de cálculo para fins de creditamento de PIS e COFINS no regime não-cumulativo, nos termos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, afastando-se as disposições ilegais da MP 1.159/2023.

Custas *ex lege*.

Indevidos honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 25 da Lei n. 12.016/09.

Interposta apelação, dê-se vista à parte contrária para contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias, e, posteriormente, encaminhem-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Caso suscitadas, em contrarrazões, as questões previstas no art. 1.009, § 1º, do CPC, intime-se a parte contrária para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifeste a respeito, antes de se proceder a remessa ao TRF.

O mesmo procedimento deverá ser adotado caso, em conjunto com as contrarrazões, seja interposta apelação adesiva (art. 1.010, § 2º, CPC).

Comunique-se o teor da presente ao relator do Agravo de Instrumento n. 5007277-81.2023.4.02.0000/RJ.

P.R.I.C.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
26ª Vara Federal do Rio de Janeiro

Documento eletrônico assinado por **FRANA ELIZABETH MENDES, Juíza Federal na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510010816640v4** e do código CRC **64c5beb2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): FRANA ELIZABETH MENDES

Data e Hora: 5/7/2023, às 11:50:14

5058002-97.2023.4.02.5101

510010816640.V4