



PODER JUDICIÁRIO  
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL  
22ª VARA

**SENTENÇA Nº : 786 /2008-B**  
**PROCESSO Nº : 2007.34.00.032261-6**  
**CLASSE : 2100 – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**  
**IMPETRANTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONCESSIONÁRIOS DE AUTOMÓVEIS FIAT - ABRACAF**  
**IMPETRADO : SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**

**SENTENÇA**

Trata-se de ação mandamental interposta pela **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONCESSIONÁRIOS DE AUTOMÓVEIS FIAT - ABRACAF**, objetivando seja declarado o direito de suas associadas deduzir o valor referente ao ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, com a conseqüente restituição dos valores indevidamente pagos a título das mencionadas contribuições, mediante compensação.

2. Liminar deferida em parte, fls. 71/72.
3. A Fazenda Nacional interpôs agravo de instrumento (fls. 75/89).
4. Informações da autoridade coatora, fls. 94/113, alegando, preliminarmente, mandado de segurança contra lei em tese, ilegitimidade passiva *ad causam* e a prescrição quinquenal. No mérito, defende a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das parcelas referentes ao PIS e à COFINS e requer a improcedência dos pedidos formulados pela impetrante.
5. O Ministério Público Federal afirma inexistência de interesse social ou individual indisponível que justifique o seu pronunciamento na hipótese (fls. 117/22).
6. Relatei. Decido.
7. Preliminar. Igualmente, não merecem ser acolhidas as preliminares de inadequação da via eleita e impossibilidade jurídica do pedido. A impetração do *writ* dirige-se contra a inclusão do ICMS na base de cálculo das parcelas referentes ao PIS e à COFINS, que vem sendo efetuada em face dos seus associados. Tal fato consubstancia ato de efeito concreto. Não há que se falar, portanto, em impetração contra lei em tese.

8. Não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo impetrado, pois a autoridade que não se limita a alegar sua ilegitimidade, pronunciando-se acerca do mérito da ação, defendendo o ato impugnado, torna-se legítima de acordo com a teoria da encampação. Nesse diapasão, confira-se o seguinte aresto, **litteris**:

*“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ENCAMPAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO-CARACTERIZADA.*

**1. O STJ assentou o entendimento de que, se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a argüir sua ilegitimidade passiva, defendendo o ato impugnado, aplica-se a teoria da encampação e a autoridade indicada passa a ter legitimidade para a causa.**

*2. Recurso ordinário provido.”* (grifos nossos)

*(RMS 17802/PE, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 20.3.2006).*

9. Prejudicial. Ao contrário do que a Ré defende, perdura direito de requerer restituição do indébito tributário, conforme entendimento assentado no Superior Tribunal de Justiça (STJ):

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LIMITES. LEIS 9.032/95 E 9.129/95. SELIC.*

*Ação ajuizada antes da vigência da LC 118/05. Observância do entendimento esposado no EREsp 327.043/DF.*

*A Primeira Seção, em 24.03.04, no julgamento dos Embargos de Divergência 435.835/SC (cf. Informativo de Jurisprudência do STJ nº 203), decidiu que a "sistemática dos cinco mais cinco" também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo que tenha havido resolução do Senado nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.*

*Nos créditos advindos de recolhimento de contribuição declarada inconstitucional pela Suprema Corte, ficam afastadas as limitações impostas pelas Leis 9.032/95 e 9.129/95 à compensação tributária. Com a declaração de inconstitucionalidade, surge o direito à restituição in totum, ante a ineficácia plena da lei que instituiu o tributo.*

*Na repetição de indébito ou na compensação, incide a Taxa Selic a partir do recolhimento indevido ou, se este for anterior à Lei 9.250/95, a partir de 1º.01.96.*

*Recurso especial da contribuinte provido em parte. Recurso especial do INSS provido.”* (STJ, Segunda Turma, RECURSO ESPECIAL – 889185/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 16/03/2007)

10. Assim, há que se falar em decadência, ou prescrição, apenas além dos 10 (dez) anos antes do ajuizamento da ação.

11. Mérito. Com razão a impetrante.

12. O cerne da questão debatida aos autos cinge-se à questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

13. Sobre o tema, a Colenda Superior Corte de Justiça Nacional pacificou o entendimento de que se inclui na base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ICMS.

14. Contudo, filio-me ao voto proferido pelo Ministro Relator Marco Aurélio Mello por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, que afastou o ICMS da base de cálculo da COFINS, conforme noticia o Informativo nº 437 (21 a 25 de agosto de 2006) do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

*“O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da LC 70/91 — v. Informativo 161. Na sessão plenária de 22.3.2006, deliberara-se, diante do tempo decorrido e da nova composição da Corte, a renovação do julgamento. Nesta assentada, o Tribunal, por maioria, conheceu do recurso. Vencidos, no ponto, os Ministros Cármen Lúcia e Eros Grau que dele não conheciam por considerarem ser o conceito de faturamento matéria infraconstitucional. Quanto ao mérito, o Min. Marco Aurélio, relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Entendeu estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento (“Art. 195. A seguridade social será financiada... mediante recursos provenientes... das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:... b) a receita ou faturamento.”). O Min. Eros Grau, em divergência, negou provimento ao recurso por considerar que o montante do ICMS integra a base de cálculo da COFINS, porque está incluído no faturamento, haja vista que é imposto indireto que se agrega ao preço da mercadoria. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. RE 240785/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 24.8.2006. (RE-240785)”*

15. A inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS representa desvirtuamento do conceito de faturamento (ou receita) a que alude o art.195, inciso I, da Constituição Federal/88, já que o ICMS é na verdade receita de competência dos Estados e do Distrito Federal e, portanto, não pode ser considerado faturamento da empresa. Da forma

atual de cobrança, decorre a incidência de contribuição sobre um tributo (ônus fiscal) e não sobre o faturamento.

16. De outra parte, ressalto que, em Direito Tributário, a compensação não se opera automaticamente. Somente se verifica mediante autorização de lei ou da autoridade fiscal competente, nos termos do art. 170 do Código Tributário Nacional.

17. Com efeito, em função da edição da Medida Provisória nº 66, de 29/08/2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30 de dezembro do mesmo ano, pretendeu o legislador autorizar a compensação de quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (SRF), independentemente de prévio requerimento a ela dirigido.

18. Por fim, consoante os termos do posicionamento adotado pela 1ª Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 126.751/SC, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 28.08.2000, é devida a incidência de juros de mora à Taxa SELIC, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, na hipótese de compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação. Não pode, no entanto, ser cumulado com juros moratórios ou qualquer outro índice, por já contê-los.

19. Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** a fim de, observada a prescrição decenal, declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre os representados pela impetrante e a União, relativamente aos créditos tributários oriundos do recolhimento a maior do PIS e da COFINS, decorrentes da inclusão da parcela relativa ao ICMS na respectiva base de cálculo. Declaro, ainda, o direito de efetuarem a compensação dos referidos valores.

20. Os créditos apurados deverão ser corrigidos pela taxa SELIC, apenas.

21. Fica assegurada à Administração Pública a fiscalização e o controle do procedimento efetivo da compensação.

22. Custas deverão ser ressarcidas à impetrante. Sem honorários.

23. Sentença sujeita ao reexame necessário.

P.R.I.

Brasília/DF, de agosto de 2008.

**ENIO LAERCIO CHAPPUIS**  
**Juiz Federal Substituto da 22ª Vara/DF**