EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DA __ VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CIDADE/ESTADO

⚠ ***Este modelo de petição é apenas uma base de referência, pois deve ser analisado e aplicado conforme o caso concreto do cliente.***

⚠ ***Em 13/05/2021, o STF confirmou a impossibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS a partir de 15/3/2017, data em que foi fixada a tese de repercussão geral (Tema 69) no julgamento do RE 574706.***

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Autor (a): EMPRESA XXXXX
Réu: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

EMPRESA XXXXX., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. XX.XXX.XXX/XXXX-XX, com sede na Rua XXXXXXXXXX, Nº. XXXXXXX, Bairro XXXXXX, Cidade/ESTADO, CEP: XX.XXX-XXX, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por meio de seus advogados que esta subscrevem, propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Em face de **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**, pessoa jurídica de direito público, na pessoa de seu representante legal, com endereço na Rua XXXXXXXXXX, Nº. XXXXXXX, Bairro XXXXXX, Cidade/ESTADO, CEP: XX.XXX-XXX, pelos motivos de fato e de direito adiante expostos, com seus respectivos requerimentos ao final.

I. DOS FATOS

O(a) autor(a) é uma empresa atuante no ramo de _____, conforme cópia do contrato social e do cartão de CNPJ em anexo.

Ademais, em razão de suas atividades, o (a) autor(a) é contribuinte de vários tributos, dentre eles o **ICMS** (Imposto sobre Circulação e Prestação de Serviços e Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), o **PIS** (Contribuição para o Programa de Integração Social) e a **COFINS** (Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, os quais foram regularmente recolhidos nos últimos ___ anos, conforme documentos em anexo.

É de notório saber que a **base de cálculo** das referidas contribuições citadas incidem sobre o **faturamento** alcançado pelo contribuinte ou sobre **totalidade das receitas** auferidas pela pessoa jurídica**.** Deste modo, do jeito que é ainda hoje, tanto o faturamento, quanto a totalidade das receitas auferidas, tem ligação direta com o patrimônio do contribuinte, servindo, portanto, como base de cálculo das contribuições.

Eis aí todo o cerne da questão que o (a) autor(a) pretende discutir, em que pese já existir o julgamento consolidado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n°. 574.706.

Ao examinar o conceito de receita bruta e de faturamento a rigor, pode-se concluir, tal como consagrado no direito comercial, que o ICMS não configura faturamento ou receita e, portanto, não deve e nem pode legalmente integrar a base de cálculo das contribuições sociais.

Só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa (que entra no caixa da empresa), o que não é o caso do ICMS que é repassado ao Tesouro.

Assim, na receita da empresa, não há como fazer integrar importância que apenas transitam por ela e que, quando do seu ingresso, já tem sua destinação definida (receita tributária da União ou do Estado-membro), sem qualquer acréscimo patrimonial para a empresa contribuinte

Acontece, Nobre Julgador, que a União vem há anos incluindo o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sujeitando o (a) autor(a) ao pagamento das contribuições em valores bem maiores do que deveriam ser.

Sendo assim, essa forma de recolhimento é absolutamente inconstitucional, em razão do fato de que os valores recolhidos pelo (a) autor(a) à título de ICMS são transferidos para os Estados em que atua, não devendo integrar seu faturamento e tampouco sua receita.

Por fim, com a exclusão do ICMS da base de cálculo das referidas contribuições, tem-se que a promovente efetuou pagamento a maior à ordem de **R$ XXX.XXX,XX**, conforme cálculos em anexo.

Desta forma, não resta dúvida que o (a) autor(a) faz jus à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento da contribuição para o PIS/COFINS com inclusão do ICMS na base de cálculo, bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

II. DO DIREITO

II. I - DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS – AFRONTA À ISONOMIA - TESE DEFENDIDA.

Primeiramente, destaca-se que a Constituição Federal, no art. art. 195, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, já determinava que a Seguridade Social seria financiada por toda a sociedade, mediante recursos provenientes das seguintes contribuições sociais:

> Art. 195. **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 das seguintes contribuições sociais**:
> I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o **faturamento e o lucro**;
> (…)

Outrossim, observa-se, também, que originariamente, quando da instituição do PIS e da COFINS , previstas nas Leis Complementares 07/70 e 70/91, tais contribuições incidiam **exclusivamente sobre o faturamento das empresas**.

Acontece que com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, àquele referido artigo constitucional, passou a eleger como base de cálculo da nova contribuição patronal a **RECEITA BRUTA**, sem conceituar ou delimitar o termo, vejamos:

> Art. 195. **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 das seguintes contribuições sociais**:
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) (...)
> b) a **receita ou o faturamento**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A partir de então, ante a omissão da legislação sobre o termo “receita bruta” e da falta de uniformidade de sua interpretação, passou a integrar a base de cálculo dos PIS e da COFINS toda e qualquer receita bruta, entendida além do conceito de faturamento, tais como receitas advindas de aluguéis, impostos não-cumulativos, receitas não-operacionais, juros, receitas financeiras, etc., isto é, qualquer ingresso financeiro que transitasse pela contabilidade das empresas, independentemente da denominação e escrituração contábil.

Ocorre que o lato termo “receita”, gera interpretações antagônicas e inclusive viola frontalmente o art. 110, do CTN, o qual dispõe que a lei tributária não pode alterar ou alargar conceitos de direito privado, tais como o de faturamento e receita bruta, vejamos:

> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

É fato que o ICMS, PIS e COFINS não representam receita da pessoa jurídica. As normas que direcionam as atividades contábeis excluem do conceito de receita bruta esses tributos, justamente por essa razão, evitando que se incorra em bis in idem.

As pessoas jurídicas contribuintes se prestam ao exclusivo papel de arrecadar os valores dos tributos e repassá-los aos cofres públicos.

Convém assinalar que após muitos anos de discussão e cobranças indevidas, aos 15/03/20217, no julgamento do Recurso Extraordinário n°. 574.706, o Supremo Tribunal Federal definiu de uma vez por todas, em sede de repercussão geral (tema 69)**,** que **o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS**. Eis a ementa do referido acórdão, da lavra da Min. Carmen Lúcia:

> EMENTA: 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. 3. 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. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): CÁRMEN

> LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ademais, no último dia 13/05/2021, o STF julgou os Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, modulando os efeitos da decisão proferida em 15/03/2017, e destacando que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é aquele destacado na nota fiscal, senão vejamos:

> **Decisão:** O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, **para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017** - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "**O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS**" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os Ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da Relatora. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Como se percebe, Excelência, e a atual decisão prolatada pelo STF impõe ao contribuinte **o direito de excluir o ICMS da base de cálculo de PIS/COFINS**, sendo que tal tributo a ser excluído é o ICMS destacado na nota fiscal e mais, o **direito de reaver, a partir de 15/3/2017, os valores pagos indevidamente**.

Diante disso, constatada a pacificação das referidas questões jurídicas sob o regime da repercussão geral (art. 1.036 e seguintes do CPC), cabe a este juízo, em face desse cenário, já nesta primeira oportunidade, impor a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária para excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores recolhidos a maior conforme a seguir será exposto.

II.II DA COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A MAIOR

Em razão da inclusão indevida do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS e da COFINS, a empresa autora efetuou um pagamento a maior à ordem de R$ XXX.XXX,XX, conforme demonstra o cálculo em anexo.

Inquestionável, portanto, o direito do (a) autor(a) de requerer a devolução dos valores pagos indevidamente e do dever da Fazenda Pública de restituí-los integralmente.

Outrossim, é oportuno destacar que tais direitos de restituição e compensação estão expressamente previstos no art. 165, I e art. 170, ambos do CTN, in verbis:

> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4° do artigo 162, nos seguintes casos:
> I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
> [...]
> Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Logo, o **direito à compensação**, nestes casos, deve vir **corrigido pela SELIC**, e que a referida compensação possa ocorrer com quaisquer tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme dispõe a Lei nº 8.383/1991, em seu art. 66 e Lei nº 9.430/1996, art. 74 (*alterado pela Lei n. 10.637/2002*).

Assim, diante da ilegalidade das cobranças do ICMS, já incontestável e explorada na presente ação, deve o réu restituir ao (a) autor(a), por meio de compensação, a quantia paga a maior pela empresa, atualmente calculada em de **R$ XXX.XXX,XX**.

Assim, requer que Vossa Excelência condene a parte ré a restituir os valores indevidamente recolhidos, atualmente calculados em R$ **XXX.XXX,XX**, e que sejam atualizados pela incidência da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, pela via da compensação com tributos destinados à Receita Federal do Brasil - RFB ou mediante repetição do indébito, o que melhor lhe aprouver ao (a) autor(a).

III. DA TUTELA DE URGÊNCIA

A concessão da tutela antecipada, com fundamento no previsto no art. 300, do Código de Processo Civil, justifica-se por tornar-se imprescindível para evitar a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Consoante o exposto nos articulados anteriores, passa o (a) autor(a) a demonstrar a presença de todos os requisitos para deferimento da **tutela de urgência** *inaudita altera pars*.

A **probabilidade do direito** com relação ao pedido ficou perfeitamente demonstrada, tendo em vista que foi plenamente comprovado o alargamento dos conceitos de faturamento e receita admitidos na Constituição Federal, razão pela qual a União, de forma equivocada, passou a incluir na base de cálculo do PIS/PASEP e da COFINS o valor do ICMS das operações.

Ademais, resta ainda mais demonstrada a probabilidade do direito quando, no julgamento do Recurso Extraordinário n°. 574.706, o Supremo Tribunal Federal pronunciou, em sede de repercussão geral, no voto de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, por maioria de votos, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Além disso, aos 13/05/2021 foi finalizado o julgamento do recurso da União contra o acórdão do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (tema nº 69 de repercussão), nos termos da certidão de julgamento, ora já reproduzida nesta inicial.

Quanto à necessidade de demonstrar o **perigo na demora**, sequer há o que se discutir, uma vez que a o (a) autor(a), caso não seja deferida a tutela de urgência, continuará recolhendo a maior a parcela do PIS e da COFINS com o acréscimo do ICMS na base de cálculo, onerando ainda mais sua carga tributária já elevada.

Ora, Excelência, a União Federal indubitavelmente continuará cobrando a contribuição em tela, além de impedir a empresa de efetuar a compensação pretendida, seja porque não reconhece o crédito em tela, seja porque estipula indevidas restrições ao exercício da compensação.

Desse modo, ante a presença dos requisitos que autorizam a concessão de medida liminar, **forçosa a ilação de que ela deve ser deferida de pronto,** em caráter de tutela de urgência.

IV. DO PEDIDO

Finalmente, ante os fatos narrados e perante os dispositivos legais que a amparam, requer a parte autora que se Vossa Excelência se digne a:

I. Receber a presente petição, bem como dos documentos que a instruem;

II. Determinar que todas as intimações e notificações expedidas através do Diário Oficial sejam feitas em nome do(a) advogado(a) _____ (OAB/UF ___), com endereço eletrônico: _____ e, por sua vez, profissional na _____, sob pena de nulidade, nos precisos termos do art. 272, §5º, do NCPC;

III. Citar a ré, para que ofereça contestação, se assim desejar, sob pena de revelia e confissão;

IV. Deferir, em sede de tutela de urgência de caráter liminar, a possibilidade de o (a) autor(a) excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor do ICMS destacado na nota fiscal nas apurações futuras a partir do deferimento do pleito antecipatório, ordenando que a União se abstenha de lançar, autuar ou inscrever o (a) autor(a) em seu Cadastro de Inadimplentes e em Dívida Ativa, devendo os recolhimentos de tais contribuições serem realizados, daí para

frente, com a base de cálculo sem o cômputo do ICMS referido até a decisão definitiva do feito;

V. Concedida às tutelas de urgência, requer desde já, que seja declarada, em sede de sentença, a impossibilidade da inclusão do ICMS destacado na nota fiscal na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que o mesmo não se enquadra no conceito de receita ou faturamento, nos termos da legislação tributária e do julgamento do Recurso Extraordinário n°. 574.706 no Supremo Tribunal Federal em sede de recurso repetitivo;

VI. Ratificar as tutelas de urgência deferidas para declarar válido o crédito tributário apurado nos cálculos colacionados, no valor de **R$ XXX.XXX,XX**, devidamente atualizados pela SELIC, diante do pagamento a maior de contribuições sociais nos períodos de XXXX a XXXX;

VII. Ao final, condenar a ré a ao pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §3º, do Código de Processo Civil;

Para provar o alegado, requer-se à Vossa Excelência sejam concedidos todos os meios de prova em Direito admitidos, principalmente no que remete à juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos representantes legais das requeridas, sob pena de confissão, e inquirição de testemunhas, caso se faça necessário.

Atribui-se à causa o valor de **R$ XXX.XXX,XX** (.....), para efeitos fiscais e legais.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Cidade, (dia) de (mês) de (ano).

Advogado XXXXXXX
OAB nº xxxx

Rol de documentos:

[Especifique todos os documentos, na ordem indicada na petição, de preferência indicando as páginas]

01. Procuração

02. Atos Constitutivos

03. Cartão de inscrição do CNPJ

04. Comprovante de recolhimento das custas judiciais

05. Comprovante de pagamento de PIS/COFINS e ICMS do período requerido

06. Cálculo dos valores a serem restituídos