*IMPORTANTE: Trata-se de modelo de petição com objetivo de servir como insumo para pesquisa acadêmica e processual na tese “Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS”.*

*Não há qualquer garantia de ganho de causa ou 100% de sucesso*.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE... - ESTADO...**

**Razão Social**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica número..., e-mail..., com sede na Rua..., Bairro...., Cidade...., Estado...., CEP:..., vem a presença de Vossa Excelência, por meio do seu advogado, procuração anexa, propor a AÇÃO DECLARATÓRIA DE MODO DE SER DA RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO, conforme os artigos 19, I do Código de Processo Civil, e Artigo 165, I do Código Tributário Nacional, em face da União..., pessoa jurídica de direito público, inscrito no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica número..., na pessoa do seu representante legal, com sede na..., pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

**I – FATOS**

O Autor pessoa jurídica atuante no ramo de **(INSERIR O RAMO DE ATIVIDADE PRINCIPAL DA EMPRESA)** localizada no endereço indicado acima, é contribuinte da contribuição social para o Programa de Integração Social – PIS e da COFINS – Contribuição para o Financiamento da Contribuição Social, ambas incidentes sobre o Faturamento da Pessoa Jurídica, conforme determina as leis 10.637/02 e 10.833/03, respectivamente.

Em razão da exploração comercial, é contribuinte também do ICMS, incidente sobre a circulação das mercadorias produzidas pela Pessoa Jurídica, de competência para sua cobrança do Estado de..., conforme preceitua a Lei Complementar 87/96.

A Receita Federal ao apurar o tributo devido de PIS e COFINS, considera como elemento integralizador do “faturamento”, os valores recolhidos a título de ICMS, sendo tal prática totalmente inconstitucional conforme já determinado pelo Supremo Tribunal Federal através de Recurso Extraordinário julgado sob a sistemática de recursos repetitivos.

Contudo, mesmo após o julgamento proferido pela Colenda Turma, a Ré insiste em considerar o imposto estadual no conceito de faturamento, razão pelo qual promove neste ato a presente ação, com o objetivo de se declarar o modo de ser dessa relação jurídica, bem como a devolução imediata dos valores já recolhidos indevidamente dos últimos 05 anos.

**II – FUNDAMENTOS DE DIREITO**

**A – DA INCLUSÃO INDEVIDA DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS**

A Constituição Federal preceitua no artigo 195, I, “b” determina que a Pessoa Jurídica nos termos da lei financiará a seguridade social, por meio da contribuição do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada por lei, que deverá incidir sobre o seu faturamento.

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

**b) a receita ou o faturamento;**

A lei reguladora nº 12.973/2014 buscou em seu artigo 12 conceituar para fins de tributação o significado do termo “faturamento”, e para tanto, passou a considerar não apenas a receita bruta da Pessoa Jurídica, mas sim, todo o produto da venda de bens ou serviços, incluindo também os valores recebidos a título de impostos incidentes sobre suas operações, que posteriormente serão repassados aos demais entes públicos competentes na arrecadação, conforme trecho a seguir:

Art. 12. A receita bruta compreende:

I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II - o preço da prestação de serviços em geral;

§ 5o Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4o.

Imperioso destacar que a Lei tributária pode se aproveitar de institutos do direito privado, com o objetivo de regular atos que possam desencadear em obrigações tributárias, contudo deverá respeitar as definições já reguladas, sem qualquer manobra ou tentativa de alargar ou restringir suas definições. Por isso o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) já prevendo tal intenção tratou de forma expressa a limitar a legislação tributária, que não poderá alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, para definir ou limitar competências.

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.

Se assim não fosse, os conceitos do mesmo instituto poderiam ter definições distintas, uma no direito privado e outra no direito público, o que não seria lógico e razoável. Os tribunais superiores inclusive, já enfrentaram tal cenário, e por bem rechaçaram qualquer possibilidade oposta nesse sentido. Em voto proferido pelo Ministro Luiz Galloti do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 71.758 salientou: “se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição”

Sabemos que o conceito de Faturamento é objeto de estudo da Legislação Contábil, e não tributária, e por isso, o legislador deverá preservar o conceito já definido, para não extrapolar os limites do seu poder de tributar. Ao analisarmos a legislação técnica contábil que tem o papel de definir tais conceitos, identificamos que a receita bruta compreende a “entrada bruta de benefícios econômicos durante o período que ocorre no curso das atividades ordinárias da empresa, quando tais entradas resultam em aumento do patrimônio líquido, excluídos aqueles decorrentes de contribuições dos proprietários, acionistas ou cotistas" (NPC 14 ; Resolução nº 1.187/00).

Ora, ao prever a Legislação Tributária conceito oposto ao definido pela legislação técnica competente, estar por negar vigência da lei em questão, ou está extrapolando do seu direito de legislar? Nos cabe aqui, entender a segunda hipótese. O Congresso Nacional ao legislar sobre o conceito agiu de forma ilegal e inconstitucional buscando alargar o conceito utilizado pela constituição da expressão “faturamento”, inserindo de forma abusiva o ICMS, que apesar de arrecadado pela autora desta demanda judicial, não fará parte da sua “entrada resultando em aumento de patrimônio líquido”, mas sim faturamento do Ente Público Estadual, pois a ele compete os valores arrecadados. Como poderia então ser incluído no conceito técnico contábil de faturamento? Aqui há uma real intenção de desvirtuamento do objetivo arrecadatório e legítimo da autoridade, para uma cobrança ilegal de tributo sobre tributo.

Oportuno afirmar que assim como determina o Código Tributário Nacional, os termos e conceitos técnicos devem ser rigorosamente respeitados e a Lei 12.973/14 ao incluir o ICMS sobre a chamada receita bruta violou o objetivo constitucional, negando a supremacia do texto constitucional que é quem deve delimitar as competências. Houve também total invasão de competência ao tentar modificar o conceito já exposto.

Em tempo o consagrado jurista e doutrinador Roque Antonio Carrazza em seu livro determinou:

‘Faturamento ‘ não é um simples ‘rótulo’. Tampouco, ‘vênia concessa’, é uma ‘caixa vazia’, dentro da qual o legislador, o intérprete ou o aplicador podem colocar o que bem lhes aprouver. Pelo contrário, ‘faturamento’, no contexto do art. 195, I, da CF (que menciona este instituto próprio do Direito Comercial), tem uma acepção técnica precisa, da qual o Direito Tributário não pode afastar-se [...]”.

Corroborando a flagrante inconstitucionalidade o Supremo Tribunal Federal já trabalhou por duas vezes a questão através do julgamento dos Recursos Extraordinários números: 240.785/MG e 574.706/PR este último sob repercussão geral ratificando a tese ora exposta:

“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”

Na oportunidade o STF atribuiu ao ICMS como “um valor estranho ao conceito de faturamento ou Receita”. A relatoria brilhante da Ministra Carmen Lúcia assentou em seu voto que o ICMS é destinado integralmente ao Estado e/ou Distrito Federal não aderindo ao patrimônio do contribuinte. Alinhado a este conceito o Ministro Marco Aurélio destacou que “as empresas não faturam ICMS, pelo contrário revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo da empresa”.

No julgamento do Recurso Extraordinário 240.785/MG o Ministro Marco Aurélio determinou em seu voto: “**A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento**, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. **O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias** ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. **Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS**. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo.”

Colaciono também algumas decisões jurisprudenciais que já esgotaram de forma sedimentada o entendimento que a autora expõe:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. 1. Segundo jurisprudência do egrégio STF, é inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, por violação ao art. 195, inc. I, alínea "b", da Constituição Federal, uma vez que tal montante não têm natureza de faturamento ou receita. O mesmo entendimento aplica-se, por simetria, à contribuição ao PIS. 2. Sentença mantida. (TRF4, APELREEX 5064623-88.2014.404.7100, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Otávio Roberto Pamplona, juntado aos autos em 05/03/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte. II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final. III -Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762). V - Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015).

A Receita Federal em oportunidade editou uma solução de Consulta número 6.012/2017 onde admite que continuará em suas atribuições de fiscalização e apuração, considerando o imposto como parte do seu faturamento, ou seja, não resguardará o direito do contribuinte não aplicando a decisão proferida pela Suprema Corte, conforme se vê abaixo:

EMENTA: BASE DE CÁLCULO. CUMULATIVIDADE. ICMS. EXCLUSÃO. OPERAÇÕES INTERNAS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DEFINITIVA DE MÉRITO. O ICMS devido pela pessoa jurídica na condição de contribuinte do imposto (em virtude de operações ou prestações próprias) compõe o seu faturamento, não havendo previsão legal que possibilite a sua exclusão da base de cálculo cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep devida nas operações realizadas no mercado interno. A edição de ato declaratório pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos do art. 19, II, da Lei n° 10.522, de 19 de julho de 2002, sobre matéria objeto de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, vincula a Administração tributária, sendo vedado à Secretaria da Receita Federal do Brasil a constituição dos respectivos créditos tributários. Entretanto, inexiste ato declaratório que trate sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente nas operações internas. A matéria, atualmente objeto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, encontra-se aguardando decisão definitiva de mérito, que seja vinculante para a Administração Pública.

Em razão disso, não se tem outra alternativa a não ser propor a presente demanda para que a relação jurídica seja preservada e cobrada conforme determinou a Corte.

**C – DO DIRETO A REPETIÇÃO DE INDÉBITO**

Conforme determina o artigo 168, I do CTN:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Como demonstrado o contribuinte paga a maior o PIS e COFINS incidente sobre o seu faturamento, pois está a incluir o ICMS, e por isso, possui o direito de pleitear a restituição dos últimos 05 (cinco) anos, contados a partir do seu pagamento.

Lícito afirmar que tais devoluções devem seguir a determinação do artigo 167, § único do Código Tributário Nacional que determina:

Art. 167 [...] Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Os valores indevidamente recolhidos devem incidir correção monetária que, por se tratar de mecanismo de recomposição do valor de compra da moeda e não de um acréscimo na dívida, deve ser plena, "sob pena de desafiar a proibição constitucional ao confisco, previsto no artigo 150, inciso IV, da CF" (REsp 475.917/SC, 23 Turma, Min. Franciulli Neto, DJ de 29/03/2004). No mesmo sentido, os julgados REsp 587.052/SC, 13 Turma, Min. José Delgado, DJ de 15/03/2004 e REsp 468.395/SC, 23 Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 7402/06/2003. Assim, deve ser aplicada a UFIR. nos moldes estabelecidos pelos artigos 1° e 66, §3°, ambos da Lei n° 8.383/91, bem como juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir de cada recolhimento indevido e taxa SELIC a partir de 1° de janeiro de 1996, conforme o artigo 39, § 4° da Lei n° 9.250/95.

**III – DOS PEDIDOS**

EM face do exposto, o Autor requer a Vossa Excelência:

1 – Dispensa da audiência de conciliação, em conformidade com o Artigo 334, §4º, II do CPC, por se inadmitir a autocomposição em Direito Tributário em virtude de ausência de lei que autorize, conforme requisito exposto no artigo 171 do Código Tributário Nacional.

2 – Citação da União Federal na pessoa do seu representante legal, para, querendo, contestar os argumentos da presente ação no prazo legal, sob pena de confissão;

3 – Procedência da ação, para os fins de declarar o modo de ser da relação jurídico tributária entre o Autor e o Réu reconhecendo a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, por não ser Faturamento, e por se tratar de questão unicamente de direito o julgamento antecipado da lide, conforme dispõe o artigo 330, I do Código de Processo Civil, bem como a procedência da ação, para restituição de todos os valores pagos indevidamente dos últimos 05 anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda, acrescidos de correção monetária e juros de mora, que por opção do contribuinte conforme autoriza a Sumula 461 do STJ, deverá ser realizada através da modalidade de compensação tributária com débitos próprios vencidos ou vincendos relativos a quaisquer tributos federais ou contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

4 – Condenar o Réu, União Federal para assumir integralmente as custas processuais e honorários advocatícios.

5 – O Protesto por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a pericial para se demonstrar os valores a serem devolvidos.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (...).

Pede deferimento.

Local e data.

ADVOGADO

OAB/UF