

Empresa se livra de pagar Cofins em cima de ICMS

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se manifesta sobre a constitucionalidade ou não da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, as empresas vão conseguindo liminares em primeira instância contra a cobrança. Desta vez, a Formil Química Ltda. obteve a liminar.

A juíza Mônica Autran Machado Nobre, da 4ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo, baseou sua decisão no placar do Supremo. Seis ministros já votaram pela exclusão do ICMS da base da Cofins. Apenas Eros Grau votou em sentido contrário. Interrompida por um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, a expectativa é de que a solução seja dada ainda este ano.

O que o Supremo deve definir é o conceito de faturamento, ou seja, tudo aquilo passível de tributação. Para alguns especialistas, se o tribunal entender que ICMS não integra a base de calcula da Cofins, outros impostos, como o ISS, podem ser excluídos também do cálculo.

A juíza Mônica acompanha o entendimento que, por hora, prevalece no Supremo. Para ela, faturamento é receita. “ICMS tem natureza eminentemente tributária, na medida em que os valores retidos são repassados aos estados, não se confundindo com faturamento ou receita, já que representa um ônus ao contribuinte.”

A Formil Química Ltda. foi defendida pelo advogado Marcelo Franco do Amaral Milani, do Correia da Silva Advogados.

Veja a decisão

Vistos, etc.

Recebo as petições de fls. 81/92 e 95/96 como aditamento à inicial.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Formil Química Ltda em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando a autora, qualificada na inicial, a concessão de tutela antecipada que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, afastando a exigência do pagamento da COFINS, nos moldes das Leis nº 10.833/2003 e nº 9.718/98, mantendo-se o disposto na Lei Complementar nº 70/1991.

Para tanto argumenta com a inconstitucionalidade das alterações promovidas pelas referidas leis.

Para a concessão da tutela pretendida, devem estar presentes os requisitos insculpidos no artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Assiste razão em parte à autora.

Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 01-DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves, ficou assentado que: “... a Lei Complementar nº 70/91, ao considerar o faturamento como “a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza”, nada mais fez do

que lhe dar a conceituação de faturamento para efeitos fiscais, como bem assinalou o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no voto que proferiu no RE 150.764, ao acentuar que o conceito de receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços “coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, foi sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei 187/36) “

Logo, e definido o conceito corrente de faturamento, não poderia a Lei 9178/98 ampliá-lo para englobar a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, conforme preceituado em seu § 1º, art 3º ampliando, assim, a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ressalte-se ainda que a edição posterior da EC nº 20/98 não tem o condão de constitucionalizar atos legislativos anteriores à sua promulgação.

Quanto à questão da incidência do ICMS na base anteriormente adotado.

As contribuições à COFINS são calculadas sobre o faturamento. Já o ICMS tem natureza eminentemente tributária, na medida em que os valores retidos são repassados aos Estados, não se confundindo com faturamento ou receita, já que representa um ônus para o contribuinte. É que a sistemática adotada para sua cobrança, com a retenção dos valores e futuro repasse aos cofres públicos, pode levar a crer que seus valores integram o conceito de faturamento.

Todavia, e ao menos em juízo de cognição sumária, os tributos em comento, ao que parece, estão incidindo sobre outro tributo e não apenas sobre o faturamento e/ou recata, pois o ônus representado pelo ICMS não pode ser entendido como tal.

De onde se conclui que à aferição da base de cálculo das referidas contribuições não pode levar em conta o valor referente ao ICMS.

Esse é o entendimento para o qual caminha o E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785/MG, ainda em curso, eis que sinaliza no sentido do reconhecimento da impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Presente, também, o dano de difícil reparação consubstanciado seja na exigência de tributo a maior, seja no fato de que, caso vencedora a final, a autora ficaria sujeita à notoriamente lenta via da repetição do indébito.

Contudo, quanto à alíquota, mudando entendimento anteriormente tomado, entendo ser constitucional sua alteração, curvando-me ao posicionamento do STF adotado em várias decisões, tais como a ADC 1-DF supramencionada, no sentido de que as modificações legislativas relativas às contribuições sociais e previstas no art. 195, I, da CF/88, como é o caso da COFINS não são reservadas à lei complementar.

Ademais, à primeira vista, não há que se considerar inconstitucional a fixação de forma de tributação distinta (alíquota diferenciada) àqueles que se enquadram em situações desiguais perante o Fisco Sendo assim, entendo que a Lei nº 10.833/03, ao menos quanto a isso, guarda estreita compatibilidade com a

ordem Constitucional vigente.

Isto posto, **DEFIRO PARCIALMENTE** a tutela antecipada tão somente para assegurar à autora, até o julgamento final ou ulterior deliberação deste Juízo; o direito de recolher a COFINS com a base de cálculo prevista pela Lei Complementar nº 70/91, excluindo-se os valores relativos ao ICMS, abstendo-se a ré de praticar quaisquer medidas coercitivas em razão do ora decidido, permanecendo, contudo, exigível o recolhimento da COFINS à alíquota prevista na Lei nº 10853/2003.

Cite-se. Int.

São Paulo, 04 de dezembro de 2006.

Mônica Autran Machado Nobre

Juíza Federal

Date Created

29/01/2007