



Juiz tira ISS da base da Cofins e determina restituição

A provável decisão do Supremo Tribunal Federal de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins já começa a refletir em outros impostos nas instâncias inferiores. Na Justiça Federal em São Paulo, um contribuinte conseguiu o direito de não pagar mais a Cofins em cima do ISS e de receber o valor pago nos últimos 10 anos.

A [decisão](#) da Justiça paulista sinaliza o efeito cascata que pode ter o julgamento do STF. Lá, seis ministros já votaram para que o ICMS não integre a base de cálculo da Cofins. Apenas um votou contra. O que os ministros definem é o conceito de faturamento. Se ficar decidido que o faturamento é a receita da empresa, o que não inclui nenhum imposto, os contribuintes também poderão pedir a exclusão do ISS.

O Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário calcula que, se o ICMS for retirado da base da Cofins, o governo deixará de arrecadar R\$ 6,8 bilhões por ano. Já a Advocacia-Geral da União é mais otimista. Calcula que a perda na arrecadação será de R\$ 2 bilhões por ano. Esse valor aumenta se for considerado que o entendimento vale para o ISS.

Os prejuízos para os cofres públicos aumentam ainda se o Supremo permitir o efeito retroativo da sua decisão, ou seja, *ex tunc*. Segundo cálculos da AGU, se o STF entender que o ICMS não integra a base de cálculo da Cofins e der caráter retroativo à sua decisão, R\$ 60 bilhões, referentes à cobrança nos últimos cinco anos, sairão dos cofres públicos.

O juiz Wilson Zauhy Filho, da 13ª Vara Federal de São Paulo, foi além disso. Ele permitiu que o contribuinte recebesse o valor pago com o cálculo da Cofins em cima do ISS nos últimos 10 anos.

Neste ponto, entra outra discussão palpitante na Justiça: se a homologação tácita vale para tributos pagos antes de 2005. A discussão, que já passou pelo Superior Tribunal de Justiça e está no STF, é saber se a Lei Complementar 118/05 retroage ou não. A norma criou a homologação tácita dos tributos, o que significa que, uma vez pago, há apenas cinco anos para que ele seja contestado na Justiça, seja pelo contribuinte ou pela Receita. Antes, a homologação ocorria em cinco anos e havia outros cinco para a contestação do tributo. No STJ, a 2ª Turma considerou que a regra não retroage e, portanto, só vale para tributos pagos a partir de 2005, já sob sua vigência.

A matéria está em discussão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que vai ter de definir se a Lei Complementar 118/05 alterou as regras da homologação ou apenas deu uma nova interpretação. Neste caso, ela pode retroagir.

Em São Paulo, o juiz Wilson Zauhy Filho se valeu do entendimento firmado no STJ. Ele entendeu que a lei inovou o ordenamento jurídico e, por isso, não pode retroagir. Por esse entendimento, contribuinte e União têm 10 anos para contestar o tributo. Daí a obrigação de devolver ao contribuinte autor da ação o valor da Cofins pago em cima do ISS nos últimos 10 anos. Se prevalecer o entendimento de que a homologação tácita só vale a partir de 2005 e, antes disso, o prazo para restituição era de 10 anos, a União pode perder o dobro dos R\$ 60 bilhões estimados.



Por fim, o juiz federal paulista considerou que não há motivo algum para liberar a restituição apenas depois do trânsito em julgado da decisão, como determina o artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Para ele, o pedido de Mandado de Segurança pode sim ser executado provisoriamente.

“Se por um lado a vedação de concessão de liminares possa, em tese, em algumas circunstâncias ser tida como admissível, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório, de igual quilate da garantia constitucional do Mandado de Segurança, não se afigura razoável que igual restrição seja dada à sentença proferida nesse remédio constitucional, posto que nesse momento todo o contraditório já se concretizou.” O contribuinte foi defendido pelo advogado Eduardo Diamantino, do Diamantino Advogados Associados.

Temor

Temendo decisões como a do juiz Wilson Zauhy Filho é que a União ajuizou no Supremo Ação Declaratória de Constitucionalidade. A idéia é fazer com que a Corte declare, definitivamente, que a inclusão do ICMS na base da Cofins é constitucional. O posicionamento do STF deverá colocar fim a entendimentos diversos dos diferentes tribunais. De acordo com dados da Receita Federal, em 2006, ingressaram na Justiça de todo o país 784 pedidos de Mandado de Segurança sobre o tema. Em 2007, o número subiu para 2.072.

Ainda que a chance de reverter a posição no sentido da qual caminha o STF seja pequena, a AGU aposta no bom senso do tribunal e na sua cautela ao rever jurisprudência que o governo considera pacificada na corte. Esta jurisprudência diz respeito à cobrança por dentro do ICMS nas contas de água, por exemplo (o imposto é calculado em cima do consumo mais o imposto). Para o governo, esse entendimento indica que o STF permite a inclusão de imposto na base de cálculo de outro imposto.

O Recurso Extraordinário e a Ação Declaratória de Constitucionalidade que tratam do tema estavam pautados para o dia 11 de fevereiro. Por um reajuste de pauta, os processos foram retirados da ordem do dia e não há previsão para que retornem ao Plenário.

No julgamento, a Corte pode optar em começar do zero a discussão do tema na ADC e abandonar o julgamento já iniciado no RE. Se isso for feito, os contribuintes perdem o voto favorável do ministro Sepúlveda Pertence, que se aposentou no ano passado.

Date Created

02/03/2008