
No Supremo, Toffoli não poderá votar sobre ICMS na base da Cofins

Foi confirmada a nomeação do ministro José Antonio Dias Toffoli, advogado-geral da União, para integrar o Supremo Tribunal Federal, ocupando a vaga aberta em razão do recente falecimento do ministro Menezes Direito. Porém, Toffoli fica impossibilitado de votar nas causas em que tenha atuado como procurador da União, em razão de regra de impedimento contida no regimento daquele tribunal.

Uma delas de relevante interesse para a União, cujo julgamento encontra-se suspenso desde 14 de maio de 2008, é aquela na qual pretende-se que as empresas suportem a incidência da Cofins e da contribuição ao PIS sobre os valores correspondentes ao ICMS embutido no preço das mercadorias que comercializam. O assunto foi debatido judicialmente desde a ordem constitucional anterior à Constituição Federal de 1988, a partir da instituição, pela Lei Complementar 7/70, da contribuição ao PIS incidente sobre o faturamento das empresas comerciais e industriais.

Na vigência da Carta Política de 1969, o extinto Tribunal Federal de Recursos chegou a editar uma Súmula, de número 258, pacificando entendimento favorável ao fisco, no sentido de que o antigo ICM devia integrar à base de cálculo da contribuição ao PIS.

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, o debate acerca dos limites do conceito de faturamento (base de cálculo não só daquela contribuição ao PIS, mas também da Cofins criada em dezembro de 1991 para suceder a extinta contribuição para o Finsocial) ganhou destaque. Isso dado o peso sentido pelo contribuinte que vê onerada a somatória de seus ingressos, antes mesmo do cômputo de gastos essenciais à manutenção do empreendimento (folha de pagamentos e seus respectivos encargos sociais, tributos, insumos para a produção, investimentos etc).

Pela mesma razão, o fisco sempre buscou ampliar, o máximo possível, o conceito de faturamento, assegurando níveis elevados de arrecadação tributária.

Desse embate surgiu, já em dezembro de 1992, decisão do Supremo Tribunal Federal conceituando o faturamento como a receita bruta das vendas de mercadorias e de serviços, quando do julgamento da extinta Contribuição para o Finsocial (Recurso Extraordinário 150.764-1).

Em novembro de 2005, o STF voltou ao exame dos limites conceituais do faturamento, em razão de nova tentativa governamental de ampliação da incidência da Cofins, trazida pela Lei 9.718/98, que pretendeu onerar a totalidade das receitas das pessoas jurídicas.

Na ocasião, mais uma vez, aquele Supremo Tribunal explicitou que faturamento e receita bruta são expressões sinônimas, vinculadas ao resultado da venda de mercadorias e de serviços (REx 390.840-5). Logo em seguida, o STF admitiu examinar, em julgamento iniciado em agosto de 2006, o tema da integração do ICMS (ICM, na antiga ordem constitucional) na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS, submetendo a julgamento o REx 240.785-2.

Na sessão de julgamento então havida, os contribuintes levavam larga vantagem, com votos de seis dos onze ministros daquele Tribunal, no sentido de que os valores correspondentes ao ICMS que integra os

preços de vendas de mercadorias deve ser excluído da base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS. Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, hoje aposentado. Apenas o voto do ministro Eros Grau foi favorável ao entendimento fiscalista de inclusão do ICMS nas bases de cálculo de ambas as contribuições, tendo sido interrompida a sessão mediante pedido de vista do ministro Gilmar Mendes. Assim, com seis votos contra um, na ocasião, o tema mostrava-se definido em favor dos contribuintes, qualquer que fosse o conteúdo dos votos remanescentes.

Nesse cenário é que, na qualidade de advogado-geral da União, o ministro José Antonio Dias Toffoli ajuizou a Ação Direta de Constitucionalidade 18, requerendo ao Supremo Tribunal Federal que, em um primeiro momento, suspendesse o julgamento de todos os processos em tramitação sobre o objeto da ação e, por fim, declarasse a constitucionalidade da inclusão dos valores correspondentes ao ICMS nas bases de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS.

A primeira vitória obtida pela União por meio desse expediente concretizou-se em maio de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que, apesar de já iniciado o julgamento do tema no RE 240.785-2, deveria dar preferência à análise da nova Ação Direta de Constitucionalidade, cuja decisão produziria efeitos sobre a totalidade dos processos envolvendo o mesmo tema, sendo assim de maior relevância para a sociedade.

Nessa mesma sessão de julgamento outra vitória foi computada à União, que viu afastada, por ampla maioria de votos, uma questão preliminar de não conhecimento da própria Ação Direta de Constitucionalidade.

O julgamento do mérito da ação, todavia, ficou postergado em razão de pedido de vistas pelo ministro Marco Aurélio, inexistindo ainda data definida para o prosseguimento do julgamento.

Quando se der o exame do mérito dessa Ação Direta de Constitucionalidade, todavia, o Supremo Tribunal Federal terá sofrido alterações na composição dos ministros que haviam começado a explicitar seu entendimento sobre a matéria, quando do início do julgamento do RE 240.785-2. É que, desde então, o ministro Sepúlveda Pertence aposentou-se, sendo sucedido pelo ministro Carlos Alberto Menezes Direito, recentemente falecido e agora substituído pelo até então advogado-geral da União, José Antonio Dias Toffoli.

Confirmando-se essa nomeação, o desfecho da tese da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS volta a ficar nebulosa. Desde que todos os ministros que já proferiram seus votos por ocasião do julgamento do RE 240.785-2 mantenham suas posições ao apreciar a Ação Direta de Constitucionalidade 18, a solução favorável aos contribuintes contará com cinco votos, em um universo de dez ministros votantes, sendo ainda desconhecidos os posicionamentos de Gilmar Mendes (presidente do Supremo Tribunal Federal), Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

Essa situação poderá levar ao impasse no julgamento, diante de previsão, contida no artigo 23 da Lei 9.868/99, que exige ao menos seis votos para que o STF decida pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade da norma.

Caso ocorra o impasse, com cinco votos para cada lado, o voto que vier a ser proferido pelo presidente do Tribunal, o ministro Gilmar Mendes, poderá ganhar especial relevo, tendo em vista a recente adoção, pelo Supremo, de entendimento segundo o qual, na ocorrência de impasse, prevalece o direcionamento decisório adotado pelo voto da presidência, tal como ocorreu no exame da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46, na qual se debatia o monopólio dos Correios.

Resta acompanhar, assim, com especial atenção, o voto a ser proferido pelo ministro Gilmar Mendes, presidente do STF, onde ingressou em junho de 2002, tendo ocupado, antes disso, a função de advogado-geral da União, tal como ocorre com o agora indicado ministro José Antonio Dias Toffoli.

Date Created

10/10/2009