

Roberto Moraes: Ainda se pode excluir ICMS do cálculo da Cofins

O STF, enfim, publicou a ementa do julgado do RE 574.706, que decidiu sobre a exclusão dos valores pagos a título de ICMS na base de cálculo do Cofins e do PIS.

A disputa sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins foi considerada de "repercussão geral" pelo STF, podendo ser objeto de súmula vinculante. Se sumulado com efeito vinculante, nesse caso, o Judiciário e a Receita Federal do Brasil ficarão obrigados a seguir o novo entendimento da súmula sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Entenda o caso

O julgamento pelo Plenário do STF ocorrido em março deste ano, com decisão favorável aos contribuintes, com o seguinte teor, *verbis*:

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.

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 paraincidência do PIS e da COFINS.

4. 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.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

DJE do STF, de 29/09/2017, pgs 34 e 35.

A demora do julgamento já trouxe prejuízo aos contribuintes que ainda não ajuizaram ações visando obter exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Porque excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins?

A questão é de fácil entendimento: Já que o ICMS, como tributo estadual, é considerado despesa do sujeito passivo da Cofins e, concomitantemente, receita do Erário estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência desta Cofins e do PIS. A inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS resulta em tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte. Neste caso, o contribuinte, ao arcar com a obrigação tributária em comento, suporta uma carga tributária além do que está legalmente definido para o regular exercício da sua atividade econômica e aquém do que permite a Constituição Federal.

Ora, “se o ICMS é despesa do sujeito passivo da Cofins e receita do Erário estadual, é injurídico tentar englobá-lo na hipótese de incidência desta exação. A inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS resulta em tributação de riqueza que não pertence ao contribuinte. Este, ao arcar com obrigação de tal ordem, suporta carga tributária além do que legalmente definido para o regular exercício da sua atividade econômica e além do que permite a Constituição Federal.” (Palavras da desembargadora relatora do AMS 2007.38.03.002648-0, decisão em 13/11/2007, TRF-1).

O mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins se aplica ao PIS e, também, é cabível para excluir o ISS da base de cálculo das duas contribuições, pois referidos impostos correspondem às despesas do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, da Constituição e, em hipótese alguma, receitas das empresas; entendimento que alcança também o PIS, pleito que é, por legislação, idêntico à Cofins.

Como ocorre com o ICMS, o ISS não será apropriado como receita, pois pertence ao ente tributante credor, as prefeituras municipais. O princípio é o mesmo, ou seja, ninguém fatura ou comercializa tributo: Apenas o retém na fonte (idêntico ao IRF dos assalariados etc.).

Veja-se que os tribunais superiores vêm, de há muito, depurando base de cálculo dos tributos.

Nesse sentido o TRF-1 julgou que o ISS também não deve compor a base de cálculo da Cofins e do PIS. “O mesmo raciocínio aplicado à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, também, é cabível para excluir o ISS da base de cálculo destes dois tributos, pois referido imposto estadual corresponde a despesa do sujeito passivo das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, da Constituição e, em hipótese alguma, receita; entendimento que alcança também o PIS, pleito que é, por legislação, idêntico à Cofins.” (AG 2007.01.00.010340-9/DF). Assim como ocorre com o ICMS, o ISS não será apropriado como receita, pois é pertencente ao ente tributante credor, as prefeituras municipais. O princípio é o mesmo, ou seja, ninguém fatura ou comercializa tributo.

Outras exclusões do ICMS sobre base de cálculo de tributos e contribuições poderão ter suas teses vitoriosas no futuro, com base no que já foi decidido no RE 574.706, tais como: a) exclusão do ICMS da base de cálculo do faturamento para fins de cálculo do lucro presumido; b) igualmente, para a CRPB: c) exclusão do ISS da base de cálculo da Cofins e do PIS.

É necessário, entretanto, que os contribuintes que se sentirem prejudicados com essa aberração tributária recorram ao único poder que nos dá esperança de que o Brasil ainda é um estado democrático de Direito: o Poder Judiciário.

Conclusão

Acreditamos que continua viável ajuizamento de ação judicial pelos contribuintes do ICMS – enquanto não modulado o julgamento objeto da ementa acima colecionada – com o objetivo de ver reconhecido o direito de exclusão, da base de cálculo da Cofins e PIS, como também de continuarem pleiteando a repetição e/ou compensação dos valores relativos ao referido imposto estadual, sem prejuízo da dos valores indevidamente pagos à União a título das contribuições da Cofins e do PIS

Date Created

08/10/2017