

Qual ICMS deve ser retirado da base de cálculo do Pis e Cofins?



Fernando Facury Scaff
Tributarista e professor

Tem alguns assuntos que, de modo surpreendente, não saem de pauta. Um

deles é o do ICMS na base de cálculo do Pis e da Cofins, que o Supremo Tribunal Federal vem julgando há mais de 20 anos — não é erro de digitação; são mesmo duas décadas. O assunto chegou àquela corte em 1998 e desde então vem empolgando torcidas. Uma primeira decisão foi proferida no RE 240.785, julgado em 2014, sendo que desde 2006 o STF já havia proclamado maioria em favor do contribuinte, como se vê do “extrato da Ata” do acórdão, onde constam seis votos (Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence) contra apenas um (Eros Grau), sendo que um ministro havia pedido vista (Gilmar Mendes), dois estavam ausentes (Celso de Mello e Joaquim Barbosa) e então havia uma vaga aberta.

O que ora se debate é o RE 574.706 (relatora ministra Cármen Lúcia), decidido em março de 2017, e que aguarda a modulação dos seus efeitos, requerido através de Embargos de Declaração propostos pela Fazenda Nacional. Já [comentei](#) anteriormente sobre a irresponsabilidade fiscal da União ao longo de todo esse procedimento.

Ocorre que, de modo ainda mais surpreendente, mesmo após o julgamento, a Fazenda Nacional levanta outro ponto de divergência no caso. Busca-se identificar qual ICMS será objeto de exclusão da base de cálculo dessas duas contribuições. Os contribuintes alegam que o ICMS a ser excluído da base de cálculo é aquele destacado na nota fiscal. O Fisco entende que é aquele apurado e recolhido.

Claro que o debate é relevante — não fosse, não ocuparia o tempo, espaço e energia de tantas pessoas. Nele ousou meter a colher.

Sugiro que a atenção seja centrada no seguinte aspecto: quando a base de cálculo do Pis e da Cofins foi efetivamente *inflada* pelo uso do ICMS? Esta é a operação que foi considerada inconstitucional pelo STF: a indevida majoração da base de cálculo das contribuições (federais) pelo uso do ICMS (estadual).



Se o ICMS foi ou não efetivamente *recolhido* aos cofres públicos estaduais é um aspecto absolutamente irrelevante para a análise do caso em apreço. Se ele foi ou não destacado nas Notas Fiscais é igualmente irrelevante. Também considero irrelevantes, para o deslinde deste aspecto, se foi uma hipótese de substituição tributária ou de antecipação, se gerou ou não crédito, se este foi ou não compensado, se decorreu de uma operação de exportação ou qualquer outra hipótese dentre as incontáveis que a imaginação possa criar no âmbito do ICMS, seja pelo lado fiscal, seja pelo do contribuinte. Como sabem, *há mais regimes especiais entre os Fiscos estaduais e os contribuintes do que possa imaginar nossa vã filosofia*, frase que Shakespeare teria escrito, se conhecesse o Brasil atual.

Qual o foco? Apenas buscar saber se o valor do Pis e da Cofins foi ou não *inflado* pelo uso do ICMS em sua base de cálculo. Só isso. É o ponto central do debate, e ocorre perante o Fisco federal, e não em face do estadual. Se a base de cálculo tiver sido *inflada*, deve ser *desinflada*, e o valor apurado deve ser devolvido ao contribuinte, com os acréscimos legais. Simples assim. Se outro problema surgir, seguramente não será de âmbito constitucional.

Minha *intuição* é que, nas diversas hipóteses possíveis, sempre terá havido majoração, pois os *sistemas de informática aplicados à contabilidade fiscal* usualmente incluíam o ICMS na base de cálculo do Pis e da Cofins, pois esta era a condição para a aprovação do sistema de TI pelos Fiscos. Porém se trata apenas de uma *intuição*, jamais uma certeza. Deixo a busca das certezas para os auditores e contadores, gente mais sábia nas contas.

Claro que haverá uma enorme batalha de números para efetivamente apurar o montante correto, em cada caso concreto, mas, no âmbito jurídico, a proclamação deve se cingir ao que acima está exposto. Se a empresa A, ou a auditoria B, fizerem o cálculo errado, o Fisco federal terá todo o direito de revisar e apresentar o cálculo que entende correto, e isso deverá ser debatido nas instâncias administrativas e judiciais pertinentes, mas o STF não terá mais nada a dizer além da singeleza e da obviedade de que: o ICMS deve ser retirado da base de cálculo do Pis e da Cofins. Nada além disso.

É hora de acabar com essa novela.

Tathiane Piscitelli [aponta](#) que o STF está absolutamente omissos em matéria tributária, o que gera desconforto e insegurança para todos. Não sei se faria uma afirmativa tão ampla, mas, seguramente ela está correta no que tange a este caso. É preciso encerrar esta discussão.

Date Created

18/11/2019