

## Cinthia Benvenuto: STF deve pacificar conflito ICMS em PIS/Cofins

As controvérsias e o cenário de insegurança jurídica que cercam a questão relacionada à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins podem finalmente ter um desfecho, a depender do entendimento que o Supremo Tribunal Federal adotar em breve sobre o assunto. A corte pautou para o dia 5 de dezembro o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, nos quais a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional requer, entre outras questões, a definição de qual parcela do ICMS deve ser suprimida da base de cálculo das referidas contribuições sociais e a modulação dos efeitos da decisão.

Recapitulando o cerne deste debate, em março de 2017 o STF concluiu o julgamento do RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, fixando a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins. De acordo com a Suprema Corte, uma vez que o ICMS não integra a receita do contribuinte, por pertencer aos cofres públicos estaduais, não pode ser incluído na base de cálculo destas contribuições, já que incidentes justamente sobre o faturamento/receita das empresas. Tendo em vista os referidos embargos de declaração opostos pela União não possuem efeito suspensivo, a partir desse julgamento passaram a transitar em julgado as ações propostas pelos contribuintes autorizando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Na sequência, a Receita Federal apresentou a Solução de Consulta Interna Cosit 13/2018, manifestando seu entendimento no sentido de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins é o efetivamente recolhido, e não o destacado na nota fiscal. E, no último dia 15 de outubro, tal determinação passou a constar na Instrução Normativa 1.911/2019, que disciplinou no parágrafo único, inciso I, do seu artigo 27, que “o montante a ser excluído da base de cálculo mensal das contribuições é o valor mensal do ICMS a recolher” para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado.

As resoluções da Receita instauram cenário de insegurança jurídica, uma vez que contrariam o entendimento firmado pelo Plenário da corte no próprio julgamento do RE 574.706, claramente favorável no sentido de que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo é a destacada na nota fiscal. Para se ter uma ideia, nas 227 páginas do acórdão proferido em razão do julgamento, a expressão “ICMS destacado” aparece mais de 10 vezes.

Entre os trechos que deixam claro qual parcela do ICMS foi considerada pela Suprema Corte, valem destaque:

1) Ementa: “Se o artigo 3º, parágrafo 2º, inciso I, *in fine*, da Lei 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”;

2) Voto do ministro Edson Fachin: “Firma-se convicção no sentido de que o faturamento, espécie do gênero receita bruta, engloba a totalidade do valor auferido com a venda de mercadorias e a prestação de serviços, inclusive o *quantum* de ICMS destacado na nota fiscal”.

O próprio STF, após o julgamento do RE 574.706, se manifestou quanto à parcela de ICMS que deve ser excluída. Em recente decisão monocrática, o ministro Gilmar Mendes destacou que “naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacado nas notas fiscais não constitui receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da Cofins” (RE 954.262).

A partir da análise das citadas manifestações, a expectativa é que o Supremo Tribunal Federal mantenha a linha de raciocínio e coerência que vem adotando até então, deixando claro no julgamento dos embargos de declaração pautados para o próximo dia 5 de dezembro que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins é o destacado na nota fiscal, já que é esta a parcela do imposto efetivamente incluída no cálculo das referidas contribuições devidas pelos contribuintes.

Enquanto o tão esperado julgamento não ocorre, é lícito que os contribuintes com decisão judicial transitada em julgado se valham, desde já, do direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, já que, desta forma, estarão tão somente exercendo direito reconhecido pela Suprema Corte. Já para aqueles que não queiram correr o risco de questionamentos por parte da Receita Federal, boa alternativa é proceder à habilitação do crédito com base nos valores de ICMS destacados na nota fiscal, e aguardar o julgamento dos embargos de declaração, a fim de que a efetiva compensação da integralidade dos créditos habilitados esteja acompanhada de maior segurança jurídica.

**Date Created**

28/11/2019