

## Samara do Vale: ICMS na base de cálculo de PIS/Cofins

Não é de hoje que o tema "exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins" é debatido. Desde meados de 1992 os contribuintes levam ao Judiciário essa discussão. Porém, apenas em 2017 o STF julgou a tese favorável aos contribuintes, fixando que o "ICMS não compõe a base de cálculo para



Apesar dessa tese permear por longos anos em discussão, as

notícias a respeito desse tema ainda geram dúvidas e criam grandes expectativas para quem ainda não "entrou nessa onda".

Isso porque recentemente circulou que uma grande empresa do ramo varejista noticiou que venceu ação na Justiça Federal ligada à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, em que o valor apurado para recuperação foi de R\$ 1,357 bilhão (não é de hoje que empresas de grande porte noticiam suas vitórias sobre esse enunciado).

Diante dessa matéria publicada, muitos contribuintes que ainda não haviam pensado no assunto, ou que ainda tinham algum tipo de dúvida, cresceram os olhos na famosa tese. Mas, é importante que todos saibamos dos caminhos que uma empresa precisa percorrer para chegar na tão sonhada recuperação de crédito tributário, bem como dos riscos, é claro.

Inicialmente, importa esclarecer o que é uma tese tributária.

Basicamente, é a dedicação dos operadores do Direito Tributário perante as normas tributárias, concluindo que determinado argumento jurídico do fisco ou a aplicação de determinada norma contraria um direito do contribuinte.

Assim, a tese tributária pode ser classificada como um estudo destinado a rever cobranças indevidas dos tributos. Com a formação da tese tributária, o Judiciário então se torna o principal eixo em que os contribuintes podem buscar o reconhecimento do seu direito.



A tese em evidência neste artigo é questão incontroversa, sendo certo de que o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins. No entanto, pode-se dizer que a segurança jurídica ainda está desequilibrada em relação a definição da tese. Isso porque esse assunto ainda não atingiu seu fim.

Explica-se.

Sabe-se que depois de longas datas de discussão, o STF concluiu pela vitória dos contribuintes. No entanto, diante da decisão favorável aos contribuintes, a PGFN (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) apresentou uma peça (embargos de declaração) levantando alguns questionamentos que podem transformar o cenário, conforme for o julgamento desses embargos.

Um dos pontos de questionamento foi acerca de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo: o destacado na nota fiscal ou o efetivamente recolhido? Outro ponto é sobre a modulação dos efeitos do julgamento.

Significa dizer que a PGFN pretende restringir a eficácia temporal da decisão do STF frente à tese, ou seja, pretende a PGFN que a eficácia da decisão somente produza efeitos exclusivamente futuros, sem que o contribuinte possa se valer da recuperação do crédito tributário (a famosa "recuperação de cinco anos para trás").

Esse argumento foi fundamentado no potencial impacto negativo financeiro das contas públicas e dificuldades operacionais para aplicação retroativa do entendimento.

Frisa-se que os embargos de declaração ainda não foi apreciado, portanto, pendente de julgamento.

Assim, soma-se ao direito reconhecido dos contribuintes de não recolherem o PIS e a Cofins com o ICMS embutido na base de cálculo a incerteza frente a essa nova forma de apurar as contribuições, tendo em vista que as consequências de uma possível modulação de efeitos, tal como pretende a PGFN, podem representar flagrante violação ao interesse público, pois, caso prevaleça esse entendimento fazendário, milhares de contribuintes que ingressaram com as ações e obtiveram decisões favoráveis serão prejudicados, pois muitos contribuintes já buscaram a recuperação de cinco anos pagos indevidamente e também muitos estão retirando da base de cálculo das referidas contribuições o valor destacado na nota fiscal (entendimento contrário ao Fisco).

Ou seja, a depender de como serão julgados os embargos, aqueles contribuintes que já estão se valendo das decisões favoráveis, alterariam sua posição de credor e passariam a figurar como devedores frente às autoridades fiscais.

Vale dizer que inclusive as grandes empresas que estão noticiando suas vitórias fiscais de altos valores recuperados até então precisam ficar atentas ao próximo capítulo dessa novela, pois, a depender da interpretação e da decisão da corte frente ao embargos da Fazenda, o cenário para o contribuinte pode mudar drasticamente.



Assim, a conclusão que se chega frente à grande tese do "ICMS x PIS/Cofins" é de que o contribuinte precisa tomar cuidado e, enquanto não esgotado o assunto, não tomar a segurança jurídica como verdade real neste momento, pois ainda não se sabe ao certo como terminará essa história.

Novamente, é fato incontroverso que o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins o tributo ICMS está sedimentado, portanto, inquestionável o reconhecimento da inconstitucionalidade acerca do tema, no entanto, ainda não está estabilizada a forma de exclusão (ICMS destacado em nota fiscal ou ICMS declarado) e os efeitos da decisão (efeitos futuros ou retroativos).

Vale concluir que a restrição à aplicação dos efeitos da decisão proferida pelo STF da tese é nitidamente contornada pela PGFN e choca com o princípio da segurança jurídica.

Ademais, repousando os olhos para os entendimentos dos ministros ao longo de todos esses anos de discussão em relação a esse caso, ainda restam esperanças de que os contribuintes terão uma segunda vitória declarada dentro dessa tese.

**Date Created**

27/07/2020