

## Opinião: Exclusão do ICMS do PIS/Cofins: reflexões para o dia 29

A Suprema Corte iniciará nesta quinta-feira (29/4) o julgamento dos embargos de declaração opostos pela União contra o acórdão publicado no RE nº 574706, no qual foi firmada a tese de repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins". Para além dos valores envolvidos na disputa, a questão que será efetivamente analisada se relaciona com a consagração (ou não) da segurança



Em resumo, a União argumentou em seus embargos que o

acórdão não teria enfrentado os artigos 187 da Lei nº 6404/1976 e 12 do Decreto-Lei nº 1598/1977, que não excluiria tributo da receita bruta, apenas de receita líquida; existiria dúvida sobre qual ICMS deveria ser excluído do cálculo do PIS e da Cofins: o líquido ou bruto; e a modulação de efeitos deve ser aplicada ao caso com base no impacto financeiro aos cofres públicos.

A expectativa em torno do julgamento decorre do atual cenário político e fiscal do país que sofreu grandes transformações de março de 2017 para cá, em razão do déficit nas contas públicas superior a R\$ 750 bilhões. Muitos diriam que, em razão desse cenário, esse não seria o melhor momento para o STF analisar um caso que pode agravar ainda mais as contas públicas e que o tamanho do impacto poderia influenciar o STF a julgar o caso favoravelmente aos interesses da União.

Porém, ao contrário do que se sustenta, talvez essa seja uma oportunidade para o STF provar que é, de fato, o guardião da Constituição e restaurar a sua confiança pública. Nesse sentido, são requisitos autorizadores da modulação de efeitos das decisões do STF a existência de "*interesse social*" e "*segurança jurídica*", além da "*alteração de jurisprudência dominante*" no âmbito do STF, nos termos dos artigos 27 da Lei nº 9868/1999 e 927, §3º do CPC.

Em relação aos termos "*interesse social*" e "*segurança jurídica*", o STF já se posicionou, durante o julgamento dos EDcl no RE nº 559937/RS, no sentido de que "*a mera alegação de perda de arrecadação não é (argumento) suficiente para comprovar a presença do excepcional interesse social a justificar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade na forma pretendida*". Ou seja, o impacto financeiro aos cofres públicos, por si só, não comprova a situação de grave risco irreversível à ordem social.

---

Quanto ao requisito de "*alteração de jurisprudência dominante*", o STF, historicamente, reconhece como tal o entendimento firmado pelo próprio Plenário da corte no qual tenha se operado o trânsito em julgado. Restam excluídos dessa delimitação os julgados proferidos por outros tribunais (ainda que sumulados ou firmados sob ritos especiais) ou aqueles sobre os quais não tenha se formado a coisa julgada.

Isso porque, recentemente, no Recurso Extraordinário nº 635688, o Plenário do STF rejeitou pedido de modulação de efeitos da decisão na qual se concluiu pela constitucionalidade da anulação proporcional de créditos de ICMS nas hipóteses de redução de base de cálculo. Na ocasião, compreendeu-se que a existência de precedente do Plenário do STF nesse mesmo sentido, firmado em março de 2005 e já transitado em julgado, elidiria a alegação de alteração de jurisprudência dominante, mesmo que, anteriormente àquele julgado, vigorasse na corte entendimento contrário.

Além disso, em circunstâncias semelhantes nas quais determinado tema vinha sendo decidido de forma contrária pelo STJ, como nos casos da revogação da isenção da Cofins para sociedades civis (RE 377457) e da vedação ao crédito de IPI nas entradas de insumos e matérias primas sujeitos à alíquota-zero, isentos ou não tributados (RREE 353657 e 370682), o STF entendeu não existir jurisprudência dominante, por compreender que somente seria relevante a jurisprudência oriunda do Plenário do STF, com trânsito em julgado.

Logo, analisando-se o histórico da tese da exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, observa-se que as manifestações em sentido contrário à exclusão limitam-se a julgados do STJ, inexistindo posicionamento do STF reconhecendo a constitucionalidade da tributação. Nesse cenário, não se fazem presentes os pressupostos de configuração da alteração de jurisprudência dominante no RE 574706, na medida em que os precedentes do STJ não se prestariam a esse fim.

Por último, a exclusão da diferença entre a nota fiscal e o ICMS líquido da base de cálculo do PIS e da Cofins implicaria em definição do aspecto quantitativo desprovido de certeza, o que é incompatível com a relação jurídico-tributária. Essa afirmação fica clara quando se narra a seguinte hipótese: suponha que determinado contribuinte tenha excluído o ICMS destacado do PIS e da Cofins no mês de abril de 2021 e a Receita Federal esteja diante dessa situação e precise autuar esse contribuinte. Qual seria o critério e o formato de autuação caso venha a prevalecer a diferença entre a nota e o ICMS líquido a ser excluído? A Receita irá levantar a escrita fiscal de ICMS naquele mês? E se o contribuinte tiver lançado de forma indevida no mês de abril? As incertezas decorrentes dos questionamentos acima evidenciam que não há elementos para que a Receita exclua o ICMS líquido da base do PIS e da Cofins.

Diante de tais considerações, espera-se que o STF afaste a aplicação de modulação de efeitos no RE 574706 e confirme a orientação jurisprudencial firmada ao longo dos últimos anos. Em outras palavras, espera-se que o STF exerça sua função constitucional para consagrar a segurança jurídica tão esperada em um cenário turbulento vivido pelo país nos tempos atuais.

**Date Created**

27/04/2021