

Opinião: A exclusão do ISS do cálculo do PIS e da Cofins

O mês de agosto iniciou-se com a volta da "tese do século" à pauta do Pleno — que trata sobre a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e de Comunicação (ICMS) no cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) —, mais especificamente do debate de uma de suas "teses filhotes", em que se discute a constitucionalidade, ou não, da inclusão do Imposto Sobre Serviço (ISS) na base de cálculo do PIS e da Cofins.



Será discutida a exclusão da base de cálculo das contribuições referentes ao PIS e à Cofins do valor arrecadado a título de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), em recurso extraordinário (RE 591.616) à luz dos artigos 1º; 18; 60. §4º; 145, §1º; 146-A; 151; 170, IV; 195, I, "b", da Constituição Federal.

Para entender melhor a análise do tema, mister fazer uma regressão do momento que originou a discussão no ordenamento jurídico brasileiro.

As discussões quanto ao tema, no âmbito jurídico, originaram-se no ano de 1988, por meio do recurso extraordinário (RE 240.785) da empresa Auto Americano Distribuidor de Peças contra uma decisão proferida pelo TRT-3 que julgou pela constitucionalidade do ICMS na base de cálculo da Cofins. No ano de 2006 o processo foi levado ao STF, no qual sete ministros se manifestaram sobre o tema, sendo que seis deles votaram pela inconstitucionalidade da cobrança e um por sua constitucionalidade.

Em 2007, após ter sido aparentemente decidido sobre a inconstitucionalidade, pelo resultado de 6 a 1, entra nova ação (ACD 18) de mesmo assunto, mas agora com outro relator — dessa vez, o então novo ministro Menezes Direito, que havia substituído o ministro Sepúlveda Pertence após sua aposentadoria.

No ano seguinte, em 2008, o tema foi tratado como repercussão geral, agora com relatoria da ministra Cármen Lúcia no RE 574.706. Nesse mesmo ano, o STF, por fim, colocou em pauta tanto o primeiro recurso extraordinário quanto a ADC. Resolveram deferir a liminar na ADC 18, suspendendo os processos em tramitação na Justiça que versassem sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins, até que o mérito da ação fosse julgado pelo presidente da República.

Em 2014, após a solicitação do ministro Marco Aurélio para a continuidade do feito, o pedido foi aceito e, em 8/10, julgou, por maioria entre os ministros, que o ICMS não compõe a base de cálculo da Cofins. Contudo, a decisão beneficiaria exclusivamente a empresa parte no recurso, dado que não possuía efeito *erga omnes*.

O entendimento foi reiterado no julgamento do segundo recurso, cuja relatoria foi atribuída à ministra Cármen Lúcia, no mês de março de 2017. No ano seguinte, à luz do resultado do ano anterior, o ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, julgou prejudicada a ADC diante da perda do objeto.

Em maio deste ano, em julgamento do RE 574.706, o STF resolveu que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins é o destacado no documento fiscal, e não o ICMS recolhido efetivamente como defendia o Fisco.

A referida decisão do STF a partir do ano de 2017 pode representar uma perda de R\$ 120,1 bilhões para a União ainda em 2021. O cálculo foi feito pela Instituição Fiscal Independente (IFI), órgão vinculado ao Senado, divulgado em nota técnica. Em outras palavras, isso significa uma queda do potencial de arrecadação da União, além da assunção de perdas referentes ao passado.

O cálculo representa uma perda de arrecadação maior que a avaliada pelo governo no Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para 2020 (Lei 13.898, de 2019), conforme análise feita pelo diretor-executivo do IFI, o economista Felipe Salto. A estimativa do governo foi que a retirada do ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins teria impacto de R\$ 229 bilhões para um período de cinco anos, e de R\$ 45,8 bilhões em um ano.

Por outro lado, a IFI calcula que a perda de arrecadação da União no período de cinco anos seria de R\$ 275,1 bilhões. Ademais, existem os R\$ 72,4 bilhões esperados no intervalo de 2017 a 2020. O valor líquido das perdas seria, de acordo com a instituição, de R\$ 162,9 bilhões, ou 2% do PIB de 2021. A perda média de arrecadação até o ano de 2030 chegaria a R\$ 97,299 bilhões.

Para o consumidor, a decisão do STF, em tese, diminuirá o que atualmente é pago pelas empresas em PIS e Cofins e significa uma queda de arrecadação da União. De outra forma, a decisão de redução da base do PIS e da Cofins poderá resultar na transferência de renda para o setor privado, e não necessariamente para o consumidor. O custo do tributo recai sobre o consumidor final, em maior ou menor grau, a depender da chamada "elasticidade-preço" da demanda pelo bem ou serviço tributado.

Dito tudo isso, o entendimento da exclusão do ISS do cálculo do PIS e da Cofins fica de fácil entendimento.

A modulação no STF a respeito da exclusão do ISS no cálculo é semelhante à aplicada ao caso do ICMS, explicado anteriormente. Se seguir os mesmos moldes da decisão do ICMS, as empresas que não ajuizarem ações anteriores à decisão do Pleno perderão o direito à restituição dos cinco anos anteriores ao processo.

A exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da Cofins poderá custar R\$ 6,1 bilhões à União de acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Esse valor pode alcançar os R\$ 32,3 bilhões caso o governo federal tenha que restituir os valores pagos pelos contribuintes nos últimos cinco anos.

O ministro Celso de Mello afirma que *"o valor arrecadado a título de ISS, por não se incorporar, definitivamente, ao patrimônio do contribuinte, não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à Cofins, notadamente porque a parcela correspondente ao recolhimento do ISS não se reverte nem tem natureza de receita ou de faturamento, qualificando-se, ao contrário, como simples ingresso financeiro que meramente transita pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte"*.

A demora do STF para julgar o tema em relação ao modo com que tem formulado suas teses causam insegurança jurídica para os contribuintes, o que acarreta em uma procura antecipada pelo Judiciário.

Isso reflete na advocacia de modo que, ao concluírem a "tese do século", no início deste ano, os ministros decidiram pela restrição da devolução dos valores que foram pagos a mais ao governo no passado. Apenas empresas que tinham ações em curso em março de 2017 foram beneficiadas.

Date Created

30/08/2021