



POLÍTICA

O ICMS NÃO DEVE COMPOR A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS: MAS, AFINAL, QUAL ICMS DEVE SER EXCLUÍDO?

Por Breno Amaral Santini – 23/04/2021

O presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, marcou para o dia 29 de abril o julgamento dos embargos de declaração do recurso extraordinário que trata do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo do PIS e da COFINS (RE 574706).

Esta discussão vem se arrastando há bastante tempo, mas só em 2017 o plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema tendo em vista a enorme quantidade de processos e discussões que se apresentavam. Inclusive, foi nesta ocasião que reconheceram que o ICMS não integra a base de cálculo das duas contribuições, destinadas ao financiamento da segurança social.

Tendo em vista o grande impacto econômico que esta decisão causou aos cofres públicos, a Advocacia Geral da União (AGU) opôs Embargos de Declaração, requebrando a “modulação” dos efeitos daquela decisão. Ou seja, para que os contribuintes só pudessem requerer a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS após o julgamento em final do RE 574.706, e excluindo a possibilidade de se compensar ou restituir os valores indevidamente pagos nos últimos cinco anos com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil.

Esta tese nasceu a partir de uma mudança de entendimento sobre o que seria o faturamento ou a receita de uma empresa. E a mudança definiu que, para que se caracterize como faturamento ou receita, é necessário que o ingresso financeiro se integre ao patrimônio sem quaisquer reservas ou condições, vindo a acrescer o seu vulto, como elemento novo positivo. Desse modo, os valores correspondentes aos tributos incidentes sobre as vendas (ICMS) não configuram como receita do contribuinte, mas simplesmente valores que transitam nas suas contas (meros ingressos) para, em seguida, serem repassados ao Fisco.

Inclusive, esta foi exatamente a fundamentação do STF, quando afirmaram que “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, visto que tais valores não refletem faturamento de titularidade do contribuinte, mas tão somente o mero repasse de valores que têm como destinatários os Estados.”

Outra discussão que a Fazenda Pública tem levantado a partir desta questão é: qual o ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS?

A postura que vem sendo adotada pela Receita Federal do Brasil através da Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018, bem como Instrução Normativa nº 1.911/2019, é a de que “Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos: a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal; (...)

Mas essa não é a realidade. Os contribuintes, em sua grande maioria, quando ingressam com uma ação requebrando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS procuram ressaltar expressamente que é o ICMS destacado que deverá ser excluído, e não o “a recolher” como a Receita Federal vem instruindo. Inclusive, esta postura é adotada pelos contribuintes pois, a maioria dos Ministros do STF possuem entendimento contrário ao da Receita Federal, no sentido de declarar que o ICMS a ser excluído é justamente o destacado.

A Receita Federal vem criando empecilhos e manobras contra este posicionamento já firmado no STF, pois os valores a título de compensação e exclusão futura são absolutamente maiores e mais favoráveis aos contribuintes, o que acabará gerando uma perda de valores para os cofres públicos realmente expressivos.

Esta tese é aplicada às empresas optantes pelo Lucro Presumido e pelo Lucro Real e, como já dito anteriormente, são passíveis de recuperação dos valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos (60 meses) anteriores à data de ingresso da ação.

Por fim, há de se destacar que, as empresas que tenham deixado de pagar os referidos impostos (PIS e COFINS) e, eventualmente, venham ser executadas pela Fazenda Nacional ou que queiram quitar suas pendências espontaneamente: é possível requerer o recálculo da dívida total levando em consideração o que foi exposto até o presente momento, que trará uma grande diminuição nos valores devidos.

ARTIGO