

**EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO
DO PIS E DA COFINS**

Todo empresário sabe do peso gerado pelas as contribuições devidas ao PIS e a COFINS. Somadas, variam entre 3,65% e 9,25% do faturamento mensal. As deduções e compensações legalmente previstas são poucas e, portanto, oneram sobremaneira o empresário.

A busca por planejamentos estratégicos que levem à redução da carga tributária, por vezes, leva o empresário à ilegalidade, expondo-o a riscos desnecessários. Recentemente, no entanto, premiando a legalidade, o Supremo Tribunal Federal reabriu uma discussão que havia sido sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS.

PIS e COFINS incidem sobre o faturamento e, para o FISCO, o conceito de faturamento é bem abrangente, incluindo o ICMS que compõe a Nota Fiscal (que inclusive tem que ser destacado em seu corpo). A empresa, porém, não se apropria do ICMS, ou seja, não fatura para si o valor, de modo que não se justifica que seja somado como faturamento para a incidência do PIS e da COFINS.

O STF está apreciando um Recurso e nele, dos onze ministros, seis se posicionaram a favor da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence). O Ministro Gilmar Mendes, que discorda da tese, pediu vistas do processo e desde então o julgamento encontra-se suspenso.

Já o ministro Eros Grau votou no sentido contrário. Ainda faltam se posicionar os ministros Gilmar Mendes (que pediu vista do processo), Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. No entanto, quaisquer que sejam os votos faltantes, a posição predominante é no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

Nada é impossível, mas é muito improvável que esse julgamento se modifique.

Faltam ainda os votos de cinco ministros, mas somente quatro deles devem se manifestar (o presidente do Tribunal, normalmente, só se manifesta em caso de empate).

**Abaixo simulação considerando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da
COFINS:**

EMPRESA OPTANTE PELO LUCRO REAL

Faturamento R\$ 100.000,00/mês

Alíquota de ICMS 18%

Faturamento com ICMS	PIS/COFINS (9,25%)	Faturamento sem ICMS	PIS/COFINS (9,25%)	Diferença
R\$ 100.000,00	R\$ 9.250,00	R\$ 82.000,00	R\$ 7.585,00	R\$ 1.665,00

ECONOMIA ANUAL: R\$ 19.980,00

EMPRESA OPTANTE PELO LUCRO PRESUMIDO

Faturamento Considerado R\$ 100.000,00/mês

Alíquota de ICMS 18%

Faturamento com ICMS	PIS/COFINS (3,65%)	Faturamento sem ICMS	PIS/COFINS (3,65%)	Diferença
R\$ 100.000,00	R\$ 3.650,00	R\$ 82.000,00	R\$ 2.993,00	R\$ 657,00

ECONOMIA ANUAL: R\$ 7.884,00

É certo que os valores acima são meras estimativas, pois ainda há ajustes decorrentes de compensações com créditos sobre compras para revenda nacionais e importadas mais o crédito referente a aluguel de imóvel, por exemplo.

O resultado do julgamento do recurso acima mencionado só valerá para a empresa que é parte naquele processo.

Cada interessado deverá articular sua própria ação para se beneficiar da decisão. E interessante que o faça o quanto antes por dois motivos:

1) A questão que se coloca é que, apesar da suspensão do curso das demandas que discutem a referida tese dada em razão do resultado da ADC, o STF, em breve, decidirá a causa, podendo, em seu julgamento, **modular os efeitos** de sua decisão, especialmente se favoráveis aos contribuintes, e aplicá-los apenas às demandas que estejam em curso e suspensas. Ou seja, aplicar os efeitos favoráveis apenas aos contribuintes que ingressaram com uma ação judicial até a decisão do STF, repetindo assim uma conduta já adotada, por exemplo, numa decisão proferida por aquela Corte, na qual se declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº. 8.212/91, que concediam o prazo de 10 anos ao INSS para reclamar suas contribuições.

2) A empresa que pleitear o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS terá direito a restituição das diferenças pagas nos cinco anos anteriores à propositura da ação. O direito de compensar esses créditos somente será possível após o trânsito em julgado da sentença favorável ao contribuinte, que pode demorar muitos anos. Assim, quanto antes se propõe a ação, mais créditos possíveis de se recuperar. Por outro lado, se pleiteia na ação uma liminar que autorize o contribuinte a recolher aos cofres públicos, a partir de então, o PIS e a COFINS sem o ICMS na base de cálculo. Por segurança, sugerimos que se pleiteie o direito de depositar judicialmente a diferença devida (considerando o ICMS na base de cálculo). Assim, se a ação, por exemplo, demorar 10 anos e, eventualmente, a decisão for favorável ao FISCO, não haverá prejuízo para a empresa, pois os créditos depositados serão convertidos em favor da União e a empresa volta a recolher o PIS/COFINS incluindo o ICMS na base de cálculo. Porém, sendo mantida a liminar em decisão definitiva favoravelmente ao contribuinte, a empresa levanta todos os depósitos (corrigidos monetariamente) e, ainda, terá crédito dos cinco anos anteriores à propositura da ação. Ou seja, **15 anos** de economia!

Esse posicionamento do STF parece ser uma tendência que vem trazendo reflexos positivos para ramos como o de terceirização de serviços, por exemplo. Portanto, a decisão por ingressar com a ação deve estar aliada à consciência de que se trata de uma disputa judicial que pode demorar anos, mas que, ao final, pode refletir no diferencial competitivo da empresa no ramo de atividade que atua.

Trecho do voto do Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio, no RE 240.785/MG, tendo sido acompanhado pelos Ministros Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence:

O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. A conclusão a que chegou a Corte de origem, a partir de premissa errônea, importa na incidência do tributo que é a Cofins, não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação. No caso dos autos, muito embora com a transferência do ônus para o contribuinte, ter-se-á, a prevalecer o que decidido, a incidência da Cofins sobre o ICMS, ou seja, a incidência de contribuição sobre imposto, quando a própria Lei Complementar nº 70/91, fiel à dicção constitucional, afastou a possibilidade de incluir-se, na base de incidência da Cofins, o valor devido a título de IPI. Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. Cumpre ter presente a advertência do ministro Luiz Gallotti, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 71.758: “se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição” - RTJ 66/165. Conforme salientado pela melhor doutrina, “a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas”. A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. Por isso mesmo, o artigo 110 do Código Tributário Nacional conta com regra que, para mim, surge simplesmente pedagógica, com sentido didático, a revelar que: A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão “folha de salários”, a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão “faturamento” envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-

se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir o contrário é querer, como salientado por Hugo de Brito Machado em artigo publicado sob o título “Cofins - Ampliação da base de cálculo e compensação do aumento de alíquota”, em “CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – PROBLEMAS JURÍDICOS”, que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria. Conforme previsto no preceito constitucional em comento, a base de cálculo é única e diz respeito ao que faturado, ao valor da mercadoria ou do serviço, não englobando, por isso mesmo, parcela diversa. Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso.”

O Jurista Kiyoshi Harada, renomado tributarista, comenta sobre o tema:

Quaisquer que sejam os votos faltantes, já está assegurada a vitória da tese da recorrente, no sentido de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins. Ao que percebi dos debates, a exclusão se impunha porque o valor do ICMS não é abrangido pelo conceito de faturamento, pois nenhum agente econômico fatura o imposto, mas apenas as mercadorias ou serviços para a venda. O valor do ICMS só configuraria uma entrada de dinheiro e não receita da empresa, porque ele representa uma receita do Estado, por isso, o valor do imposto é registrado em livros para fim contábil-fiscal. A afirmativa de que o valor do ICMS não configura faturamento parece irrefutável, pois ninguém fatura o imposto, ninguém comercializa o imposto. Assim, o valor do ICMS, destacado na nota fiscal, para simples registro contábil-fiscal, não deve ser incluído na base de cálculo da Cofins.