EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS: POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS E IMPACTOS DA DECISÃO DO STF

Fernando Lima Gomes

Poucos temas têm suscitado tanto debate como a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. O RE nº 574.706/PR, no qual foi reconhecida repercussão geral e houve decisão favorável à tese do contribuinte, tramita há mais de 15 anos apenas no Supremo Tribunal Federal. A tese, entretanto, já era conhecida pelos ministros do STF: o primeiro caso a chegar à Corte Suprema (RE nº 240.785/MG) foi ajuizado em 1992 e demorou mais de 20 anos para conclusão definitiva (2014).

Em que pese esse longo período, ainda estamos distantes de solução definitiva. Apesar de o plenário do STF ter fixado que “*o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*”, em sessão de 15.03.2017, não há consenso acerca dos efeitos concretos da decisão, pois ainda pendentes Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, requerendo modulação dos efeitos da decisão e, dentre outras questões, que seja definida qual a parcela do ICMS deve ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Os Embargos de Declaração foram incluídos no calendário de julgamentos do STF, **com previsão para abril de 2020**. Diante da notória situação de dificuldade financeira pela qual a União vem passando devido à crise econômica atual, é preciso cautela com a argumentação constante dos Embargos de Declaração sobre o impacto negativo do julgamento nas contas públicas.

Normalmente, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma pelo STF resulta na sua nulidade plena, como se jamais tivesse existido no ordenamento jurídico. Contudo, em casos nos quais haja razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (art. 27 da Lei nº 9.868/99), poderá o STF, por maioria

de dois terços de seus membros, **restringir os efeitos da declaração ou decidir que só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou outro momento que venha a ser fixado.**

Tal restrição dos efeitos é a modulação pretendida pela Fazenda Nacional, sob a alegação de que, se aplicados os tradicionais efeitos à declaração de inconstitucionalidade, o impacto financeiro e orçamentário será muito negativo¹. Caso haja a modulação dos efeitos da decisão, seu teor será aplicável a todos os casos em âmbito nacional.

Argumento contrário à modulação de efeitos é o de que a decisão proferida no RE 574.706/PR não representa alteração do entendimento vigente, pois a questão já havia sido julgada, sem repercussão geral, no RE 240.785/MG, em que restou decidido: *“o que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento”*.

Portanto, a favor dos contribuintes, seria esperado que a declaração de inconstitucionalidade tivesse seus efeitos regulares (retroativos), invalidando por completo o entendimento de que o ICMS deveria compor o faturamento das empresas para cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS.

O ajuizamento de ações para discutir o tema, diante da possibilidade de modulação dos efeitos, torna-se meio de garantir aos interessados a possibilidade de reaver os valores pagos a maior referente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ressalta-se que tal decisão abriu precedente para que essa regra se aplicasse a outros casos com fundamentos semelhantes. Por exemplo, assim como o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, com base nos mesmos

¹ Para o orçamento de 2020, foi divulgada estimativa de perda de R\$ 229 bilhões em cinco anos e impacto anual de R\$ 45,8 bilhões.

fundamentos legais e doutrinários, **o ISSQN também deve ser excluído daquela base de cálculo**, por não representar efetivo faturamento do contribuinte.

Outra relevante discussão tributária que vem sendo levantada defende que as contribuições ao PIS e a COFINS, por representarem numerário que trafegam de forma transitória nos cofres da empresa, sendo objeto de posterior transferência a destinatário certo (União Federal), não podem ser caracterizados como acréscimo patrimonial, **razão pela qual não deve integrar a base de cálculo das próprias contribuições**.

Diversas são as decisões favoráveis aos contribuintes nos Tribunais Regionais Federais sobre ambas as matérias², sempre fazendo remissões aos Recursos Extraordinários n^{os} 240.785/MG e 574.706/PR, que apreciaram a inconstitucionalidade tão somente no tocante ao ICMS.

Diante do exposto, torna-se premente a necessidade de avaliação do cenário enfrentado pelas empresas, para que as ações de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e das teses correlatas sejam ajuizadas com urgência, em virtude do risco de modulação dos efeitos da decisão pelo STF.

² Exclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS e exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo das próprias contribuições.