

COMO PAGAR MENOS IMPOSTO EXCLUINDO O **ICMS** DA BASE DE CÁLCULO DO **PIS** E DA **COFINS**

A&M
AMARAL E MONTEIRO
ADVOGADOS ASSOCIADOS



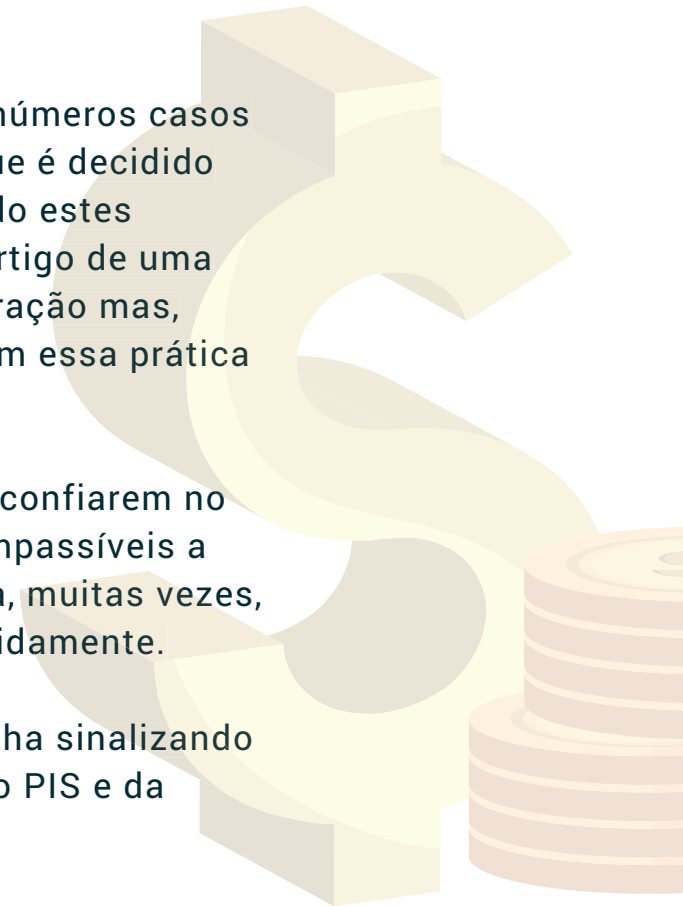
INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma das cargas tributárias mais elevadas do mundo. Atualmente, ela corresponde a aproximadamente 37% do PIB (Produto Interno Bruto). Talvez seja esse o maior incentivo a prática da sonegação fiscal.

Há que se acrescer ainda a esta cruel realidade que o próprio fisco em inúmeros casos não age de forma correta e, muitas vezes, ao não se conformar com o que é decidido pelos tribunais e até pelo próprio STF (Supremo Tribunal Federal), quando estes decidem determinada tese extraída da inconstitucionalidade de algum artigo de uma determinada lei, simplesmente edita-se novas leis contendo outra numeração mas, lamentavelmente, contendo a mesma inconstitucionalidade, como se com essa prática viesse a corrigir a situação anterior.

E enquanto muitos, por temer retaliações e/ou por qualquer outra razão confiarem no fisco e não se rebelam contra essa situação, permanecendo imóveis e impassíveis a tudo isso, o estado vai arrecadando até que se desperte para o problema, muitas vezes, tarde demais para serem ressarcidos daquilo que lhes foi cobrado indevidamente.

Foi exatamente isto que aconteceu quando já há tempos, o judiciário vinha sinalizando sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.



O ICMS

O ICMS nada mais é do que um tributo incidente sobre a movimentação/circulação de bens e serviços no Brasil, cuja sigla se traduz como sendo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

O PIS

O Programa de Integração Social (PIS), por sua vez trata-se de uma contribuição social de natureza tributária, devido pelas pessoas jurídicas, com objetivo de financiar o pagamento do seguro-desemprego, abono e participação na receita dos órgãos e entidades para os trabalhadores.

A COFINS

Finalmente, a COFINS, e como sua própria denominação diz, trata-se de uma contribuição para o financiamento da Seguridade Social.

AS ALÍQUOTAS DO PIS E DA COFINS

Para as empresas enquadradas no Regime não Cumulativo a alíquota geral é de 1,65% (PIS) e 7,6% (COFINS) e, as enquadradas no Regime Cumulativo a alíquota é de 0,65% (PIS) e 3% (COFINS). Outras empresas específicas tais como entidades sem fins lucrativos, instituições financeiras e similares, operadoras de planos de saúde, etc. tem outras alíquotas diferenciadas e definidas em leis específicas.

Como definido nas referidas leis que criaram tais tributos (PIS e COFINS) as respectivas alíquotas incidem sobre o faturamento bruto das empresas.



O QUE SE ENTENDE POR FATURAMENTO?

O termo “faturamento” para fins comerciais e contábeis, é o somatório das operações mercantis, ou das operações de vendas de mercadorias e serviços, ou de operações similares.

A TESE DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Assim é que as empresas submetidas a esta sistemática de recolhimento, tem o direito de recolher o PIS e a COFINS sem a inclusão da parcela do ICMS em sua base de cálculo, resultando daí o direito delas à compensação ou restituição dos créditos correspondentes aos valores que elas recolheram e pagaram a mais indevidamente ao fisco a esse título.

A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 15.03.2017 o Supremo Tribunal Federal através Acórdão publicado em outubro de 2017, julgou esta matéria e de forma clara decidiu o seguinte: “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.”

Tal decisão trouxe uma grande vitória aos contribuintes, considerando ainda que como a matéria foi julgada como sendo de Repercussão Geral, deverá por imposição legal ser aplicada por todas as instâncias judiciais a que ela for submetida.

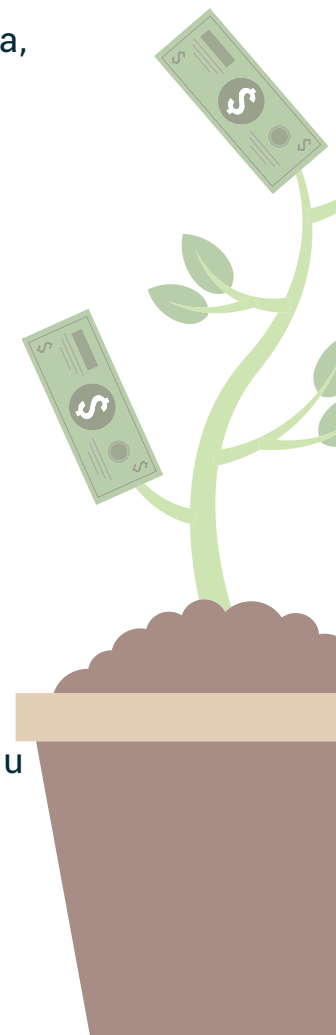
O QUE É REPERCUSSÃO GERAL?

Como a tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem o potencial de afetar milhares de contribuintes em todo o país é que se diz que possui ela **repercussão geral**, pois ultrapassa os limites de cada ação individual, atingindo uma coletividade.

Na prática, constatada a repercussão geral o STF analisa o mérito daquela questão e a decisão proveniente desta análise terá que ser aplicado posteriormente por todas as instâncias judiciais inferiores em casos idênticos.

No caso concreto, esta tese tributária já vinha sendo questionada desde 2003. Todavia, em razão da Repercussão Geral atribuída a um processo similar, todos os demais processos que versavam sobre este tema e que tramitavam nas mais diversas instâncias judiciais ficaram suspensos, aguardando a definição do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão para serem concluídos.

Como dissemos há cerca de 15 anos que a cobrança indevida desses valores vinha sendo questionada até que tema chegou ao Supremo Tribunal Federal. Nota-se então que o caminho foi longo, obrigando as empresas contribuintes a recorrer das decisões contrárias para terem finalmente seus direitos reconhecidos.



O ÚLTIMO RECURSO DA FAZENDA NACIONAL

Este processo entretanto ainda não está totalmente concluído, considerando que a Fazenda Nacional interpôs contra tal decisão o recurso denominado Embargos de Declaração, solicitando que o STF estabelecesse a **modulação** dos efeitos da sua decisão, seguindo então o processo concluso para julgamento desses referidos Embargos Declaratórios, recurso este que por questão de ordem processual não tem o poder de alterar o que foi decidido neste particular, ou seja: “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.”

O QUE SÃO EFEITOS MODULATÓRIOS

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do momento que contra tal decisão não caiba mais nenhum tipo de recurso.

Quando tal situação é reconhecida pelo STF, ocorreu a modulação dos efeitos daquela determinada decisão, ou seja, mesmo tendo sido reconhecido a inconstitucionalidade, a aplicação daquela decisão tem efeitos restritos e determinados nos termos do reconhecimento expresso daquela situação.

O PEDIDO DE EFEITO MODULATÓRIO FEITO PELA FAZENDA NACIONAL

No caso desta tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, existe a probabilidade de que o STF decida que a modulação ocorra somente a partir da publicação da decisão quando ele julgar os Embargos Declaratórios.

Por isso mesmo aquelas empresas que já estiverem acionado o Judiciário buscando o ressarcimento desses valores indevidamente pagos a mais, mesmo com a modulação, o ressarcimento dos anos anteriores estará garantido.

Finalmente deve ser destacado mais um fato de capital importância para o deslinde da questão. É que o pedido de efeito modulatório requerido só veio a lume quando o Procurador da União solicitou isto da tribuna do STF por ocasião de sua sustentação oral quando do julgamento do feito e, após, nos Embargos de Declaração que foi interposto pelo mesmo.

DA URGÊNCIA DE SE INGRESSAR COM MEDIDA JUDICIAL

Conforme se falou anteriormente o pedido de modulação visa evitar que as empresas busquem o Judiciário na tentativa de receber de volta os valores pagos a maior nos últimos 5 anos. Isso porque com a modulação a decisão passa a ter validade apenas da sua data em diante (efeito ex nunc), fechando assim a possibilidade de ingresso de novas ações pedindo a restituição dos tributos pagos indevidamente.


Eis então a urgência de se ingressar com medida judicial para que a empresa tenha este seu direito garantido, até porque o recurso da Fazenda Nacional está para ser julgado muito em breve, com a possibilidade de se fechar as portas para o ressarcimento como vimos antes.





Rodrigo Amaral
Advogado - OAB/SP 210.421

Av. Alfredo Ignácio N. Penido, 255
Sala 1706 | Jd. Aquarius
São José dos Campos - SP
CEP: 12.246-900

(12) 3207-3918 / (12) 99105-0165
www.amaralmonteiro.com.br
 [amaralmonteiroadvogados](https://www.facebook.com/amaralmonteiroadvogados)