

05/17 – ICMS não integra base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, define o Supremo Tribunal Federal (“STF”)

Prezados Senhores,

Nesta última quinta-feira (15), o órgão pleno do STF decidiu que o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (“ICMS”) deve ser excluído da base de cálculo da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (“PIS/Pasep”) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (“COFINS”).

Ao retomar o julgamento do Recurso Extraordinário (“RE”) nº. 574.706/PR¹, iniciado no último 09, os Ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo daquelas contribuições sociais, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social, uma vez que não se trata de faturamento ou receita bruta da pessoa jurídica.

O resultado, por 6 votos a 4, representa uma importante vitória dos contribuintes, tendo prevalecido, em síntese, o voto da relatora, Ministra Presidente Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da Seguridade Social previstas na Constituição Federal de 1988 (“CF/88”), pois não representa faturamento ou receita, resultando apenas em ingresso de caixa a ser totalmente repassado ao fisco estadual – ficaram vencidos os Ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao RE, argumentando que a redução da base de cálculo implicará aumento da alíquota da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, resultando em perdas para o financiamento da Seguridade Social e uma ruptura do próprio sistema tributário.

Nada obstante a divergência dos Ministros, ao final, fora mantido o entendimento do Plenário em 2014, quando o STF julgou o RE nº. 240.785/MG sobre o mesmo tema, mas sem repercussão geral, situação que foi corrigida com o julgamento do RE nº. 574.706/PR, oportunidade em que se fixou a seguinte tese de repercussão geral: “*o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins*”.

Esse posicionamento – agora aplicável a todos os contribuintes – deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados nas instâncias inferiores², bem como pelo próprio STF, na conclusão da Ação

¹ O RE analisado pelo STF foi impetrado pela Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda., com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (“TRF4”) que julgou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS.

² É importante lembrar que, já quando do julgamento do citado RE nº. 240.785/MG, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) – no qual se encontram paralisados uma parcela significativa dos processos sobre o assunto – reverteu posicionamento histórico da Corte, que até então sustentava a legalidade da cobrança, movimento esse que deve retornar a partir da decisão do STF.



Direta de Inconstitucionalidade (“ADC”) nº. 18, em que se discute a mesma matéria, mas que não deve alterar o entendimento do Plenário, já submetido à repercussão geral.

A questão que permanece em debate diz respeito, justamente, sobre qual o termo inicial da vigência desta decisão para outros casos que ainda não estão sendo discutidos judicialmente, já que, de acordo com a relatora, Ministra Cármen Lúcia, o RE nº. 574.706/PR não continha pedido para modulação dos efeitos da decisão do STF, o que somente ocorreu por ocasião do julgamento, em pedido fundamentado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) da Tribuna do Plenário, deixando o STF, portanto, de votar acerca da modulação dos efeitos da decisão. Contudo, o STF ainda pode vir a enfrentar o tema em Embargos de Declaração da União, que devem ser apresentados nos próximos dias, após a publicação do acórdão.

Portanto, a despeito de a decisão do STF ter aplicabilidade imediata, ao menos em relação aos processos em andamento, a controvérsia envolvendo a modulação dos efeitos da decisão ainda não se deu por encerrada, o que certamente acarretará grande insegurança jurídica para aqueles contribuintes que somente aguardavam a definição da matéria no STF para proporem suas próprias ações, buscando reaver os valores recolhidos a maior nos últimos 05 (cinco) anos em função da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS.

Além disso, o entendimento expressado pelo STF nesta oportunidade também poderá servir de pano de fundo para inúmeras outras discussões judiciais em andamento, nas quais se contesta, justamente, a inclusão de outros tributos na base de cálculo de contribuições sociais calculadas sobre a receita bruta do contribuinte³. Isso porque, de acordo com o Ministro Celso de Mello, decano do STF e último a votar no julgamento desta quarta-feira (15), o texto constitucional define claramente que o financiamento da Seguridade Social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas – e para o Ministro, só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa.

Diante do quanto exposto acima e da repercussão da decisão do STF nos negócios de V. Sas., continuamos à inteira disposição para quaisquer esclarecimentos acerca do tema em referência, inclusive para auxiliá-los na avaliação das medidas jurídicas apropriadas para trazer efetividade à decisão em relação às operações passadas (recuperação dos valores pagos) e/ou em andamento (afastamento da cobrança).

Atenciosamente,

Passos e Sticca Advogados Associados – PSAA.

³ Podemos destacar, por exemplo, o Mandado de Segurança nº 0006676-63.2015.403.6128, que foi julgado procedente para “*a) reconhecer o direito da impetrante a não computar ICMS, PIS, COFINS, IRPJ e CSLL na base de cálculo da contribuição previdenciária sobre receita bruta, instituída pela Lei 12.546/11*”. (JFSP. Dje 26.08.2016).