

## INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS E A POSSÍVEL MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no último dia 15 de março que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). A decisão final foi tomada por maioria de votos (6x4) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, o qual teve repercussão geral reconhecida.

O entendimento que prevaleceu na Corte Suprema é o de que o ICMS arrecadado pelos Estados e Distrito Federal (DF) apenas transita pelo caixa dos contribuintes quando recebem o preço das mercadorias e serviços tributados pelo imposto estadual. Assim, o ICMS não integra seus patrimônios e, como isso, não pode ser incluído no conceito de receita bruta ou faturamento.

Portanto, exigir PIS/Cofins sobre a parcela do ICMS arrecadada pelos Estados e DF equivaleria a criar nova fonte de custeio da seguridade social, qual seja o valor do ICMS, o que não encontra respaldo na Constituição Federal.

Votaram a favor da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins os Ministros Carmen Lúcia (Presidente e Relatora), Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, ficando vencidos os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

A tese de repercussão geral fixada foi a de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins".

***Continua na página 2***

Este boletim é um informativo mensal da área de Direito Tributário de TozziniFreire Advogados. Os sócios responsáveis pela produção do conteúdo são:

- **Ana Cláudia Utumi** (autumi@tozzinifreire.com.br)
- **Mauricio Braga Chapinoti** (mchapinoti@tozzinifreire.com.br)
- **Jerry Levers de Abreu** (jabreu@tozzinifreire.com.br)
- **Camila Abrunhosa Tapias** (ctapias@tozzinifreire.com.br)
- **Leonardo Ventura** (lventura@tozzinifreire.com.br)
- **Gustavo Nygaard** (gnygaard@tozzinifreire.com.br)
- **Rafael Mallmann** (rmallmann@tozzinifreire.com.br)
- **Vinicius Jucá** (vjuca@tozzinifreire.com.br)

Mais informações tributárias em [tozzinifreire.com.br/blog/tributario/](https://tozzinifreire.com.br/blog/tributario/).

A decisão proferida deverá ser aplicada aos casos idênticos e que, em sua maioria, estão sobrestados, aguardando nos Tribunais Regionais Federais a solução do precedente em repercussão geral que foi agora definitivamente resolvido pelo STF.

Por falta de pedido expresso da Procuradoria da Fazenda Nacional nos autos do processo, não decidiu o STF sobre a chamada "modulação de efeitos". Por esse instituto, previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, o Supremo pode, fundado em "razões de segurança jurídica" ou "excepcional interesse social", decidir que os efeitos da inconstitucionalidade declarada sejam restringidos (normalmente os efeitos são "erga omnes" e "ex tunc", ou seja, extensivos a todos os jurisdicionados e incidentes desde a edição da norma impugnada), ou que a eficácia da inconstitucionalidade ocorra apenas a partir do trânsito em julgado do acórdão ou mesmo em momento posterior. Essa modulação, apesar de prevista na Lei apenas para os casos de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, tem sido aceita pelo STF também no controle difuso (como no caso agora julgado) e mesmo que a parte não a requeira expressamente no processo, pois entende o Supremo que examinar a modulação de efeitos é dever do órgão julgador.

Assim, provavelmente serão opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional solicitando que o STF examine e decida sobre a modulação de efeitos. A Fazenda Nacional, inclusive, divulgou que solicitará que os efeitos da inconstitucionalidade passem a valer apenas a partir de 1º de janeiro de 2018.

O deferimento do pleito da Fazenda Nacional, no entanto, terá dificuldades. Em primeiro lugar, vale destacar que em casos recentes (inconstitucionalidade da base de cálculo do PIS/Cofins importação – RE 559.973 - e inconstitucionalidade contribuição previdenciária sobre valores pagos a cooperativas de trabalho – RE 595.838 -), o STF, em Acórdãos relatados pelo Ministro Dias Toffoli, negou a modulação de efeitos das decisões, entendendo que não estavam presentes os requisitos legais naquelas oportunidades (a Fazenda alegava perdas financeiras expressivas nos dois casos). No caso da decisão que entende inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, mesmo que os valores que sustenta a Fazenda Nacional envolvidos sejam ainda mais significativos que nos casos antes julgados, as situações são similares.

Por outro lado, se reconhecida a necessidade da modulação de efeitos, é provável que seja resguardado o direito dos contribuintes que propuseram ações para questionar a incidência. No julgamento do RE 559.943/RS, em que houve a declaração de inconstitucionalidade do prazo decadencial de 10 anos previsto na Lei nº 8.212/91 para a constituição de créditos tributários relativos a contribuições previdenciárias, entendeu o STF que só teriam direito à repetição do indébito os contribuintes que ajuizaram ações até a data do encerramento do julgamento.

Além disso, na situação presente, não houve a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal, mas interpretação conforme a Constituição. Nestes casos, conforme precedentes do STF, não seria cabível o conhecimento e deferimento do pedido que a Fazenda Nacional fará para modulação de efeitos (seja para aplicação da decisão apenas a partir do trânsito em julgado da decisão, seja para aplicação da decisão a partir de 2018).

## EM RESUMO

- ✓ O STF decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e a Cofins.
- ✓ Ainda que o STF não tenha deliberado sobre a modulação dos efeitos da decisão, deverá fazê-lo em julgamento em recurso da Fazenda Nacional.
- ✓ A PGFN pedirá que a posição do STF seja aplicável a fatos geradores que vierem a ocorrer apenas a partir de 1º de janeiro de 2018.
- ✓ A jurisprudência do STF não contempla casos tributários com modulação de efeitos para momento posterior ao da data da decisão.
- ✓ Em casos similares – mas cujos valores envolvidos eram menores que o caso do ICMS na base do PIS/Cofins – o STF negou a modulação de efeitos.
- ✓ Se for deferida a modulação de efeitos, é provável – considerando precedente do próprio STF – que tal ocorra a partir da decisão (15/03/2017) e resguarde o direito à retroatividade para aqueles que já tenham ingressado com ações antes da decisão do Supremo.