

---

## **ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS: julgamento do STF e as controvérsias remanescentes**

No dia 08 de Outubro de 2014, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, no qual se discute se o ICMS destacado na nota fiscal de venda de mercadorias compõe ou não a base de cálculo das contribuições sociais denominadas PIS/COFINS.

Trata-se de uma discussão que remonta a década de 1990, sendo que, já em 2005, havia votos necessários à prevalência da tese defendida pelos contribuintes, quando o julgamento do processo foi suspenso por um pedido de vista. Depois disso, outro Recurso Extraordinário sobre o mesmo tema submetido à sistemática da repercussão geral (574.706) além de ter sido ajuizada uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 18).

No julgamento do último dia 08, por maioria de votos, o STF confirmou o entendimento pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para o PIS/COFINS, entendendo, contudo, que os efeitos da decisão ficariam restritos ao contribuinte que havia interposto o recurso.

Tendo em vista a complexidade desta questão, bem como sua ampla – e nem sempre adequada – divulgação na mídia, convém, por hora, esclarecer o seguinte, aos prezados associados:

a) a discussão, infelizmente, ainda não acabou, pois apenas três dos atuais Ministros do STF manifestaram-se favoravelmente à tese defendida pelos contribuintes, razão pela qual, quando do julgamento do Recurso Extraordinário, em relação ao qual, foi reconhecida a repercussão geral, bem como da ADC supra mencionada, os atuais Ministros poderão alinhar seu voto em sentido contrário;

b) ainda que a hipótese aventada acima seja possível, a mudança de entendimento de uma forma tão radical causaria um inequívoco constrangimento ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que implicaria dizer que uma lei é constitucional em um caso e inconstitucional em outros;

c) será necessário aguardar a publicação do acórdão, no sentido de examinar os fundamentos, a partir dos quais, foi entendido que o ICMS não compõe a base de cálculo das referidas contribuições, pois não está claramente definido, até o momento, se a inconstitucionalidade persiste após o advento da não-cumulatividade de tais contribuições (Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/04) ou se apenas as empresas tributadas pelo regime cumulativo (optantes pelo Lucro Presumido, principalmente) estariam beneficiadas;

d) caso mantida a decisão do STF, aqueles que moveram ações judiciais até 08 de Junho de 2005 poderão ver reconhecido seu direito à restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente até aquela data, observado o prazo decadencial de dez anos, tendo em vista que o disposto no artigo 3º da Lei Complementar 118/2005 (que limitou o prazo para cinco anos) aplica-se, exclusivamente, aos processos judiciais movidos posteriormente.

---

---

e) a ação é apenas recomendável para aqueles contribuintes que apuram ICMS a pagar, pois há o considerável risco de que, caso prevaleça a tese agora acolhida pelo STF, entenda-se que dos créditos relativamente a tais contribuições (na sistemática não-cumulativa) também seja excluído o ICMS da base de cálculo, motivo pelo qual uma empresa exportadora – principalmente – há de ter muita cautela em relação este assunto.

**Marciano Buffon:** Doutor em Direito do Estado. Advogado Tributarista. Professor do PPGD da UNISINOS. Membro do Conselho Jurídico da ACI e Sócio da empresa Lucini Assessoria Empresarial Ltda.

---