

ICMS pode ser retirado de base de cálculo de Cofins

25/08/2006

O contribuinte está a um passo — mais precisamente quatro votos — de conseguir uma importante vitória. O Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins. Nesta quinta-feira (24/8), seis ministros do tribunal votaram pela exclusão do imposto. Apenas o ministro Eros Grau pela manutenção do cálculo do imposto. O julgamento foi interrompido por um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes.

Se o cenário não mudar, duas súmulas do Superior Tribunal de Justiça estão com os dias contados. Tanto a 68 como a 94 incluem o ICMS na base de cálculo da contribuição. O entendimento foi adotado pelo Fisco até então. O Supremo, por sua vez, considerava a matéria não constitucional e, portanto, fora de sua alçada.

Mas num Recurso Extraordinário que chegou à Corte em 1995, resolveu se pronunciar. Quem questiona a inclusão do imposto no cálculo da contribuição é a distribuidora de peças Auto Americana, representada pela advogada **Cristiane Romano**, do Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

A questão é saber se o ICMS pode ser incluído no conceito de faturamento, sobre o qual incide a contribuição. O entendimento majoritário do Supremo — pelo menos até então — é do ministro Marco Aurélio, relator. Ele explica que faturamento é tudo aquilo resultante da venda de mercadorias ou prestação de serviços. Imposto, portanto, não é faturamento.

O posicionamento do Supremo, se prevalecer, suspenderá decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que considerou válida a inclusão do ICMS no faturamento. Para o ministro, o entendimento do TRF-3 é errado. “Importa na incidência do tributo que é a Cofins não sobre o faturamento, mas sobre outro tributo da competência de unidade da federação.”

A posição que o Fisco adota — de incluir o ICMS na base de cálculo — é explicada pelo imposto não contar como exceção prevista na lei da Cofins, a Lei Complementar 70/91. A norma determina que a contribuição incida sobre o faturamento mensal da empresa, excluído desse faturamento o IPI — Imposto sobre Produtos Industrializados, as vendas canceladas, devolvidas e os descontos. Como o ICMS não figura na lista de exceções, a Receita Federal entende que ele integra, então, a base de cálculo.

Se ao retomar o julgamento o Supremo mantiver a sua posição, o governo federal deixará de arrecadar por ano R\$ 6,8 bilhões, de acordo com estimativa do IBPT — Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, divulgada pelo jornal *Valor Econômico*. De acordo com o instituto, se todos os contribuintes resolverem pedir de volta o valor pago a mais (se o Supremo entender que pagaram a mais), o prejuízo aos cofres públicos deve ser de R\$ 50 bilhões (corrigidos pela Selic).



Votaram a favor da exclusão do imposto da base de cálculo da Cofins os ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Apenas Eros Grau votou no sentido contrário. Ainda faltam se posicionar os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa.

RE 240.785

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-ago-25/icms_retirado_base_calculo_cofins/