



Desembargador antecipa decisão do STF no caso da Cofins

01/11/2007

Os tribunais já começam a assimilar a decisão que o Supremo Tribunal Federal apenas sinalizou que deve tomar — a de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins. Seis ministros do STF já votaram pela exclusão.

Para o desembargador Márcio Moraes, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, isso já basta para autorizar a concessão de tutela antecipada para que empresas deixem de pagar a parte referente ao ICMS na hora de recolher a contribuição. Com este argumento, ele liberou a empresa Ilumatic Iluminação e Eletrometalúrgica.

“Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins, o que aponta o caminho para evitar que o contribuinte se sujeite ao ônus decorrente do inadimplemento ou à árdua via do *solve et repete*, que representa, também, o perigo de dano de difícil reparação”, afirmou o desembargador.

Enquanto o Supremo não define a questão, a União também se movimenta para evitar uma perda de R\$ 2 bilhões na arrecadação anual. A Advocacia-Geral da União entregou ao STF Ação Declaratória de Constitucionalidade para confirmar a inclusão do ICMS na base da Cofins.

A esperança do governo federal é a de que seus argumentos possam convencer alguns dos ministros a rever seu voto. Se nenhum fizer isso, o governo já perdeu.

O Supremo analisa a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins em um Recurso Extraordinário contra decisão do próprio TRF-3, que havia considerado válida a inclusão. A decisão do Supremo definirá o conceito de faturamento — saber se imposto, ainda que embutido no preço das mercadorias vendidas, pode ser considerado faturamento ou não.

Veja a decisão do TRF-3

PROC.: 2007.03.00.090421-5 AG 312124

ORIG.: 200761000224372 3 Vr SAO PAULO/SP

AGRTE: ILUMATIC S/A ILUMINACAO E ELETROMETALURGICA

ADV: LUIZ FRANCISCO LIPPO

AGRDO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADV: VALDIR SERAFIM E JULIO CÉSAR CASARI

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 3 VARA SÃO PAULO Séc Jud SP



RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES / TERCEIRA TURMA

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em mandado de segurança no qual a impetrante pleiteia a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, indeferiu a medida liminar.

Em síntese, sustenta a parte agravante seu pedido nas manifestações de votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, exarados nos autos do Recurso Extraordinário 240.785-2, expressando maioria daquela Excelsa Corte no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Requer que a exigência fiscal da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS seja suspensa até o julgamento do mandamus.

Aprecio.

Verifico a presença de relevância na fundamentação do direito invocado em favor da parte agravante, ao menos neste juízo provisório.

Isso porque, na retomada do apontado julgamento (RE 240.785-2), o Ministro Marco Aurélio, Relator, deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Sepúlveda Pertence.

Entendeu o Ministro Relator estar configurada a violação ao art. 195, I, da CF, ao fundamento de que a base de cálculo da COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento. Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes (Informativo do STF n. 437, de 24/8/2006).

Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento de que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, o que aponta o caminho para evitar que o contribuinte se sujeite ao ônus decorrente do inadimplemento ou à árdua via do solve et repete, que representa, também, o perigo de dano de difícil reparação.

Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela recursal, permitindo à parte recorrente que recolha o PIS e a COFINS sem incluir o ICMS nas respectivas bases de cálculo.

Fica suspensa, desse modo, a exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Comunique-se o MM. Juízo a quo para as providências cabíveis.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

Após, ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 10 de outubro de 2007.



MÁRCIO MORAES

Desembargador Federal Relator

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-nov-01/desembargador_antecipa_decisao_stf_cofins/