



# ICMS na base de cálculo da Cofins deve ser contestada

12/12/2008

Não é de hoje que os contribuintes discutem a possibilidade de se excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins. Tal questão hoje se encontra em fase final de discussão no Supremo Tribunal Federal, em julgamento já iniciado e adiado por pedido de vista de um dos ministros daquele tribunal.

A tese que favorece os contribuintes, ou seja, que sustenta a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, discutida em sede de recurso extraordinário, já tem um placar de seis votos favoráveis e grandes chances de obter êxito. Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence (já aposentado e não mais integrante do tribunal) votaram a favor da exclusão do imposto da base de cálculo da Cofins. Já o ministro Eros Grau votou no sentido contrário. Ainda faltam se posicionar os ministros Gilmar Mendes (que pediu vista do processo), Celso de Mello, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa. No entanto, quaisquer que sejam os votos faltantes, a posição predominante é no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins.

O governo, preocupado com o cenário desfavorável que se afigurava, tentou reverter a situação, propondo uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) para ratificar o entendimento firmado no STF de que o artigo 3º, da Lei 9.718/98, é constitucional e, portanto, correta estaria a inclusão de valores pagos a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, desde que não se tratasse de ICMS pago a título de substituição tributária. A ADC também pleiteava o afastamento das decisões judiciais que tivessem excluído o ICMS do cálculo do PIS e da Cofins.

Em decisão publicada recentemente, a ADC foi julgada parcialmente favorável e, a partir daí, foram suspensos os julgamentos das demandas que tenham legitimado a exclusão na base de cálculo da Cofins e do PIS, em todas as esferas do Judiciário, excetuando-se no STF, até que a corte defina a matéria. É importante destacar que a decisão que julgou a ADC 18 consignou que a matéria ali tratada se referia apenas à suspensão das demandas em andamento e não tratou do mérito da exclusão propriamente dito.

A partir disso, o Recurso Extraordinário que se encontra pendente de julgamento no STF retomará seu caminho e deverá ser julgado em breve, finalizando assim, a discussão.

A questão que se coloca é que, apesar da suspensão do curso das demandas que discutem a referida tese dada em razão do resultado da ADC, o STF, em breve, decidirá a causa, podendo, em seu julgamento, modular os efeitos de sua decisão, especialmente se favoráveis aos contribuintes, e aplicá-los apenas às demandas que estejam em curso e suspensas. Ou seja, aplicar os efeitos favoráveis apenas aos contribuintes que ingressaram com uma ação judicial até a decisão do STF, repetindo assim uma conduta já adotada, por exemplo, numa decisão proferida por aquela corte, na qual se declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 8.212/91, que concediam o prazo de 10 anos ao INSS para reclamar suas contribuições.



Nesta decisão, o STF limitou o prazo para o INSS a cinco anos reclamar suas contribuições, impedindo novas autuações no período de 10 anos e, ainda, garantindo aos contribuintes que já foram autuados ou executados judicialmente o direito de não efetuarem o pagamento dos valores reclamados pelo INSS nos últimos 10 anos.

Note-se que tal decisão assim consignou: “... Declaração de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991”. Isso significa que os contribuintes que fizeram tal pagamento e discutiam a cobrança (quer na esfera administrativa, quer na esfera judicial) na data do julgamento da tese pelo STF (11 de junho de 2008) podem solicitar a restituição dos valores já pagos. Porém, aqueles contribuintes que já pagaram os valores reclamados e na data do julgamento não discutiam a cobrança não terão direito de pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

Em razão disso, recomendamos que os contribuintes que ainda não tenham ingressado com uma medida judicial visando o benefício da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins revejam seu posicionamento quanto à decisão sobre a não propositura da ação antes da decisão definitiva do STF, sob pena de, posteriormente, perderem o direito de pleitear em juízo tal benefício, haja vista que “o direito não socorre aquele que dorme”.

Fonte: [https://conjur.jumps.com.br/2008-dez-12/icms\\_base\\_calculo\\_cofins\\_contestada/](https://conjur.jumps.com.br/2008-dez-12/icms_base_calculo_cofins_contestada/)