



Decisões do STF ressuscitam debate sobre ICMS na base da Cofins

16/06/2014

A Confederação Nacional do Transporte pediu que o Supremo Tribunal Federal volte a julgar, antes da aposentadoria do ministro Joaquim Barbosa, um dos principais casos tributários do país. O processo, parado há quase seis anos na corte e que envolve 25 entidades ou estados, questiona se é correta a inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na base de cálculo de contribuições que incidem sobre o faturamento, como o PIS e a Cofins, devidas ao Fisco federal. Os ministros chegaram a formar maioria contra a cobrança, mas uma estratégia da Advocacia-Geral da União fez o caso ficar suspenso desde 2008.

A discussão foi distribuída em 1998 e levada a Plenário em agosto de 2006, em Recurso Extraordinário apresentado por uma distribuidora de peças automotivas de Minas Gerais. O placar já estava favorável ao contribuinte em 6 votos a 1 quando o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos. Mas o julgamento acabou trancado porque, no ano seguinte, o então advogado-geral da União, José Antonio Dias Toffoli, hoje ministro da casa, [entrou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade](#) (ADC 18) sobre o mesmo tema.

O trancamento ocorreu porque o STF avaliou na época que ações de controle concentrado — com decisões vinculantes, como as ADIs e ADCs —, devido ao potencial de solução generalizada, prevalecem sobre as ações de controle difuso (como os REs) e devem ser julgadas primeiro. É a validade dessa tese que está sendo agora questionada pela Confederação Nacional do Transporte, uma das 25 *amici curiae* na ADC 18. A entidade alega que a corte mudou seu entendimento sobre essa espécie de hierarquia.

Em Questão de Ordem protocolada no dia 2 de junho, a CNT apontou que os ministros julgaram outro Recurso Extraordinário em 23 de abril antes de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, embora ambos tivessem como pano de fundo a mesma matéria. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) [pediu que o RE fosse retirado da pauta](#), mas teve a solicitação negada pelo Plenário. Ninguém abordou expressamente a preferência de discussões de controle concentrado: o hoje ministro Dias Toffoli disse que não via problema no julgamento do RE e o ministro Joaquim Barbosa defendeu que o adiamento prejudicaria a celeridade processual.

Para a CNT, o episódio torna oportuno o destrancamento de outra ação, a ADC 18, processo que está há anos suspenso no tribunal. Principalmente porque Barbosa não havia votado no julgamento de 2006 e anunciou recentemente sua saída até o fim do primeiro semestre. A entidade afirma ainda que a demora em julgar o caso viola o princípio da razoável duração do processo e cria insegurança jurídica, pois juízos e tribunais regionais federais de todo o país passaram a julgar por conta própria se o ICMS pode entrar ou não na conta do PIS e da Cofins, gerando posições distintas. Enquanto ainda julgava o caso, o STF impediu, por meio de liminar, a análise por outros tribunais, mas a ordem já perdeu a validade.

A advogada **Cristiane Romano**, do escritório Machado Meyer Sendacz e Opice Advogados, estava grávida quando começou a representar a distribuidora de peças Auto Americano no Supremo. Hoje, seu filho já tem 15 anos. No último dia 6 de junho, ela apresentou Questão de Ordem semelhante à da CNT, sob o argumento de que dois Recursos Extraordinários já foram julgados antes da análise da ADI 4.071, anos atrás.

O exemplo da ADI 4.071 se encaixa. Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade trata da hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias. O assunto remete à cobrança de Cofins das sociedades prestadoras de serviços. Em 2008, o Supremo negou dois Recursos Extraordinários (377.457 e 381.964) que alegavam que a lei complementar que instituiu a cobrança deixou essas sociedades de fora do seu alcance, e que a Lei 9.430/1996, lei ordinária que impôs a tributação das receitas dessas empresas, não poderia tê-lo feito por ser uma norma hierarquicamente inferior à de uma lei complementar.

Dentro ou fora

A grande discussão da ADC 18 e do RE 240.785 — recurso posto de lado e que já contava com maioria de votos a favor do contribuinte — é se o ICMS pode ser embutido no preço do insumo ou da mercadoria, como ocorre hoje. A CNT e a CNI, por exemplo, alegam que o imposto embutido no preço dos produtos ou serviços é repassado aos estados e não pode, portanto, ser vinculado ao faturamento que baseia o cálculo das contribuições federais.

Já a União quer que o Supremo reconheça a constitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 9.718/1998. O dispositivo somente exclui o ICMS do cálculo quando o imposto for pago em regime de substituição tributária. Segundo a AGU, o ICMS “compõe o faturamento do agente, porque representa custo da produção e está integrado ao preço da mercadoria ou serviço”. A questão teve repercussão geral reconhecida em um terceiro caso que tramita na corte, o Recurso Extraordinário 574.706.

Em 2013, o STF afastou a possibilidade de inclusão de ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins apenas em operações de importação (RE 559.937).

Clique [aqui](#) para ler a Questão de Ordem da CNT.

Clique [aqui](#) para ler a Questão de Ordem da Auto Americano.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-jun-16/decisoes-stf-ressuscitam-discussao-icms-base-cofins/>