

Julgamento do STF sobre ICMS na Cofins só valerá para caso concreto

08/10/2014

O Supremo Tribunal Federal decidiu tomar a decisão politicamente mais confortável na discussão sobre a incidência do ICMS na base de cálculo da Cofins. Nesta quarta-feira (8/10), o tribunal optou por continuar a julgar o Recurso Extraordinário 240.785 cujo julgamento já havia começado, mas afirmando que ele não repercutirá além das partes envolvidas no caso concreto.

Com isso, o Supremo superou o debate proposto pela União para resolver se as ações de controle abstrato de constitucionalidade tem preferência sobre ações de controle objetivo, como são os recursos extraordinários. E definiu, por sete votos a dois, que o ICMS não incide na base de cálculo da Cofins.

Como o STF decidiu não debater o RE com repercussão geral, há quem diga que a decisão será “inútil”. Para a Fazenda, no entanto, houve a derrota de ter sido criado um precedente contrário aos interesses fiscais da União.

Segundo a Secretaria da Receita Federal, caso perca o caso com repercussão geral, a União perderá R\$ 250 bilhões. Essa conta envolve o quanto terá de ser devolvido aos contribuintes que forem à Justiça reclamar seus direitos e o quanto deixará de ser arrecadado até o fim de 2015. A Receita considera que todos os que pagaram a Cofins com o ICMS na base reclamarão os valores.

A discussão chegou ao Supremo em 1999 e se arrasta desde então com diversos desdobramentos. O caso chegou lá antes da promulgação da Emenda Constitucional 45, que trouxe a reforma do Judiciário e criou a repercussão geral como critério de admissibilidade no STF. Portanto, os recursos extraordinários não precisavam repercutir social, econômica, política ou culturalmente em outros casos.

O que o RE discute é se o valor pago pela empresa de ICMS, repassado ao cliente, deve ser incluído no faturamento da companhia e, portanto, na base de cálculo da Cofins. O contribuinte alega que o valor pago de ICMS não integra o faturamento da empresa, e por isso não pode incidir imposto sobre ele. E a Fazenda Nacional afirma que a Cofins incide sobre a receita bruta, ou o faturamento, não importando que descontos possam ser feitos.

Gervásio Baptista/SCO/STF



GERVÁSIO BAPTISTA/SCO/STF

No RE julgado nesta quarta, sete ministros votaram a favor da tese do contribuinte: Marco Aurélio (relator) (*foto*), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. O ministro Eros Grau foi a favor da Fazenda. O ministro Gilmar Mendes, em voto vista lido no Plenário do STF nesta quarta, também concordou com Fisco.

A complicação desse recurso começou a partir de 2006, quando o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos. Em outubro de 2007, diante da inevitável derrota da Fazenda no caso, o então advogado-geral da União, hoje ministro do STF, Dias Toffoli ajuizou uma Ação

Declaratória de Constitucionalidade, a ADC 18, discutindo o mesmo assunto.

Em dezembro de 2007, pouco depois de o ministro Gilmar Mendes encaminhar mensagem à Presidência do STF de que seu voto-vista estava pronto, chegou ao Supremo outro RE tratando da incidência do ICMS na base de cálculo da Cofins.

Pela ordem

Com a inclusão do caso na pauta do Supremo nesta quarta, a Advocacia-Geral da União enviou petições aos ministros pedindo que o julgamento da matéria não retomasse o primeiro RE. A tese levada nesta quarta pela AGU é a de que o RE antigo não tinha repercussão geral reconhecida, ao contrário do RE posterior.

Também foi alegado que ações de controle abstrato de constitucionalidade têm preferência sobre ações de controle objetivo, como é o caso dos REs. Mas a questão principal, para a União, é que, no RE antigo, a Fazenda perderá. Por isso o que AGU afirma é que a composição mudou, e por isso a jurisprudência pode mudar.

Os argumentos não foram bem recebidos pelos ministros. O relator do primeiro RE, ministro Marco Aurélio, questionou “até quando haverá expedientes que causam tumulto processual”. O ministro reclamou que o processo já está prestes a completar 15 anos: nesta quarta completou 14 anos e 11 meses.

Por isso os ministros decidiram superar a questão da preferência de ações de controle abstrato sobre ações de controle objetivo. A Fazenda Nacional preferiu não comentar o caso concreto e disse que não fez cálculos sobre o quanto esse RE envolve.

Clique [aqui](#) para ler o voto do ministro Marco Aurélio.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-out-08/julgamento-stf-icms-cofins-valera-concreto/>