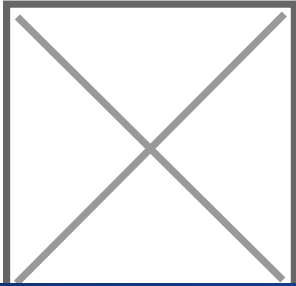


Juarez Casagrande: Qual cofre precisa ser protegido?

24/09/2020



Em poucas linhas, pretendemos despertar grandes interesses. E tudo parte do tão comentado julgamento do Recurso Extraordinário no STF de nº 574.706 em 15/3/2017, em repercussão geral, que tratou sobre a possibilidade de exclusão do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviço) da base de cálculo do PIS e da Cofins, e foi favorável aos contribuintes quando fixou tese de que *"o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"*.



Em que pese a União constantemente mencionar que a

tese vai gerar milhões em prejuízo aos cofres públicos, é importante lembrarmos que ela já causou no caixa dos contribuintes um prejuízo presumido de bilhões de reais, eis que a maioria das empresas de pequeno e médio porte sequer discutiram tal ilegalidade, e mais, a União por mais de 20 anos vem cobrando o PIS e a Cofins sobre uma base ilegal e inconstitucional quando mantém o ICMS na base de cálculo.

E mais, temos que alguns poucos contribuintes ajuizaram suas demandas antes de 9/6/2005, quando era possível pleitear a restituição de dez anos da data do ajuizamento, o direito à restituição ou à declaração de compensação, porém, aqueles que ajuizaram após essa data, ou seja, a partir da Lei Complementar nº 118/2005, somente poderão pleitear cinco anos, o que reforça ainda mais que os prejuízos nos cofres da União serão bem menor que no caixa das empresas — aliás, trata-se de verdadeiro enriquecimento sem justa causa por parte da União e isso afirmamos não somente nessa discussão, mas em todos os tributos tidos como inconstitucionais e que são cobrados por anos até serem declarados inconstitucionais.

E o princípio da moralidade pública, nesse caso, parece ser frontalmente violado.



Importante destacar que, segundo levantamento, existem 25 mil ações [1] ajuizadas sobre o tema da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Por outro lado, atualmente no Brasil existem mais de 19 milhões de empresas com CNPJ criado junto à Receita Federal do Brasil, em todos os setores, segundo consta no site do DataSebrae. [2]

São mais de dois milhões de empresas de médio, pequeno e de grande porte, e por certo essas empresas foram tributadas com a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Então, é nítido que o prejuízo a ser protegido pelo Supremo Tribunal Federal não é nos cofres da União, mas, sim, no caixa dos contribuintes e aos próprios contribuintes, daí porque não se pode admitir alteração no julgado em razão de grave prejuízo econômico, como tem buscado e anunciado a União.

A Receita Federal do Brasil, conhecendo esses números (cerca de 25 mil ações ajuizadas *versus* dois milhões de empresas), contrariando o entendimento já perfilhado pelo STF, manifestou o seu entendimento emitindo a Solução de Consulta Interna Cosit 13, de 18/10/2018, e o fez porque pode fazer, inclusive porque o julgamento do nº 574.706 em 15/3/2017 somente está inserido no instituto da repercussão geral, e não como súmula vinculante, essa última, sim, vincularia a Administração Pública direta e indireta a observar a decisão do STF, mas a repercussão geral somente vincula os tribunais, que podem divergir no futuro e reacender a questão, de fundamentadamente e seguindo os ritos que o Código de Processo Civil estabeleceu.

Temos que a RFB mais uma vez está protegendo os cofres, mas como sempre os dela.

Se atentarmos para o princípio da moralidade pública (artigo 37, CRFB/1988), que deve ser levado à risca pela Administração Pública, a mesma deveria, se assim seguisse a moralidade, devolver o que cobrou indevidamente, sem maiores delongas, e reconhecer o mais rápido possível a decisão, e não tentar levar a discussão adiante, ao passo que isso só tem aumentado o impacto nos cofres da União e no caixa dos contribuintes.

No entanto, busca diminuir o valor a ser restituído aos contribuintes com tese atravessada diante do STF, pela via dos embargos de declaração.

Sim, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração em 31/10/2017 e requereu a integração do acórdão para sanar obscuridade quanto ao critério de cálculo da parcela do ICMS passível de ser excluída das bases de cálculo do PIS e da Cofins (ICMS "a pagar" x ICMS "destacado") e a modulação dos efeitos do *decisum* para que este somente produza efeitos gerais a partir da data do julgamento de seus declaratórios, em função do suposto impacto econômico do julgado.

O fundamento jurídico utilizado é que o artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, o qual prediz que o imposto seria "não-cumulativo", compensando-se o que fosse devido em cada operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação.

Após essa decisão com efeitos *erga omnes* (com efeito para todas as empresas), a União também busca alterar os efeitos (alcance) do julgado, a fim de que somente as empresas que entraram com as ações até a data de 15/3/2017 sejam beneficiadas com a decisão, ou, não sendo o caso, que não deveriam ser restituídos esses valores, devido ao fato da ausência de verba para a grande restituição que deverão realizar para as empresas prejudicadas, entre outros. Também buscam que o ICMS a ser restituído seja apenas o efetivamente recolhido, e não o que consta na nota fiscal.

O julgamento desses embargos ainda está pendente de análise desde 2017, pela dificuldade da matéria, além das interrupções judiciais em razão da pandemia da Covid-19.

No entanto, como já relatado, o mérito da questão está resolvido, ou seja, "*o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*", não cabendo mais a União cobrar o ICMS sobre a base de cálculo de outras contribuições, inclusive.

Chama-se a atenção do leitor que a ilegalidade na forma de cobrar o PIS e a Cofins já se alastrou de forma silenciosa a outras bases, a exemplo da cobrança nas faturas de energia elétrica, em que sobre o valor dos serviços está a cobrança do PIS e da Cofins arrecadados pela concessionária e repassados para a União, diga-se, com o ICMS na base de cálculo.

Não estamos voltando a discussão se é inconstitucional a cobrança delegada de PIS e Cofins, como já discutido em outros momentos nos tribunais, inclusive, a Súmula nº 659 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "*é legítima a cobrança da Cofins, do PIS e do Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*". E o enunciado está correto; os tributos PIS/Cofins e do Finsocial são mesmo devidos, pois têm fundamento no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, no entanto, o mesmo não pode ser calculado sobre o ICMS devido na fatura de energia elétrica, ao passo que resultaria em um aumento do valor de PIS e Cofins para a União e um pagamento maior para o contribuinte.

Ainda existem poucas decisões discutindo tal ilegalidade, mas importa destacarmos a decisão [3] junto à 15ª Vara Federal de Belo Horizonte em que o magistrado entendeu a ilegalidade quando mencionou que "*se o ICMS, embora destacado na fatura/nota fiscal/ não incorpora ao patrimônio da empresa que o arrecada, mas é repassado ao respectivo ente estatal, constituindo receita deste, não há embasamento válido para incluí-lo na base de cálculo das contribuições*".

Nesse caso, há quem já levante a bandeira no sentido de invocar o artigo 166 do Código Tributário Nacional, ao passo que este exige que aquele que busca a restituição de tributo indireto — deve provar que não repassou os custos ao contribuinte de fato, consubstanciada pela Súmula nº 546 do STF, compatibiliza-se somente com os tributos denominados indiretos, cujo ônus é transferido para terceiros pela pessoa legalmente obrigada ao pagamento (contribuinte de jure) —, mas não é o caso da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins,

Diante do iminente ataque à Constituição Federal, chamem os guardiões, porque o caixa dos contribuintes está em risco de ser tocado, a satisfazer os furos nos cofres da União.



Protejam o caixa!

Que essas poucas linhas lhe proporcionem grandes resultados. *Good luck!*

[1] <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/03/15/contribuintes-ajuizaram-25-mil-acoes-para-excluir-icms-do-pis-e-da-cofins.ghtml> - acesso 22/06/2020.

[2] <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/> - acesso 22/06/2020.

[3] Autos n.1011339-19-2020.4.01.3800.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-24/juarez-casagrande-qual-cofre-protegido/>