

Cortez: Sobre os reflexos do julgamento pelo STF do Tema 69

07/07/2021

A inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições do PIS/Cofins incidentes sobre o faturamento industrial, comercial e de prestação de serviços ensejou discussão judicial sobre a constitucionalidade dessa inclusão. Contencioso judicial somente resolvido em 15/3/2017, quando o STF, no julgamento do RE 574706/PR, em decisão a que foi atribuída repercussão geral (Tema 69), estabeleceu: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS/Cofins".



Pendente de embargos, o julgamento foi concluído em

13 de maio do corrente ano, tendo o Pleno do STF rejeitado as alegações de omissão, obscuridade e contradição. Ainda nessa assentada, em sede de modulação, estabeleceu que os efeitos da tese fixada têm eficácia a partir de 15/3/2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas antes dessa data. Modulação que não assegurou, e nem poderia, a repetição dos valores indevidamente vertidos. Reconheceu, no entanto, respeitado o balizamento da data fixada, a possibilidade de em processo próprio ser requerida, se couber, repetição/compensação do indébito.

A divergência havida no julgamento decorre do entendimento do significado do vocábulo preço, porque o valor a ser fixado para a transação reflete não só todos os elementos que compõem o custo operacional — folha de salários, insumos, despesas operacionais e financeiras — e lucro pretendido, mas também para que o empresário não tenha diminuição patrimonial, os impostos a serem vertidos quando havido o fato gerador. Esse o posicionamento dos ministros Edson Fachin (*"A contribuição não incide sobre renda, mas, considera custos e demais gastos que viabilizam a operação (como I.R. e contribuição social)"*) e Roberto Barroso (*"... O imposto sendo um dos componentes do preço, é repassado ao consumidor, assim como qualquer outro custo embutido nesse valor"*). Na mesma toada foi o entendimento dos demais ministros durante o julgamento. Ou seja: compõe o preço da mercadoria ou serviço prestado o imposto a ser recolhido, repercutindo no consumidor, no preço a ser pago, o encargo financeiro.

Embora o consumidor da mercadoria ou serviço por eles pague preço e não impostos, é inafastável que no preço praticado tenham repercutido as contribuições sobre o ICMS que foram vertidas.

A inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo para o recolhimento das contribuições do PIS/Cofins assegura ao contribuinte que em nome próprio tenha de seus cofres arcado com o custo financeiro, recolhendo o indébito, direito a, nos termos da lei, em procedimento próprio, requerer repetição/compensação desses valores.

Porém, em razão do entendimento estabelecido na fundamentação das razões de decidir: o preço retrata todos os custos operacionais, despesas financeiras, lucros e impostos a recolher; o regramento posto na legislação tributária torna o direito de repetir exercício difícil e complexo, pela necessidade da comprovação, pelo contribuinte, de não ter na formação do preço repercutido as contribuições vertidas. Ainda complexa pela obrigatoriedade de comprovar que no preço recebido não ter havido ressarcimento de referidas contribuições.

A repercussão está tratada no artigo 166 do CTN, em norma impositiva, estabelecendo que havendo transferência de encargo financeiro relativo ao tributo recolhido, para não haver ressarcimento em duplicidade, é vedada a repetição/compensação. Sobre esse dispositivo legal Regina Celi P.V. Fernandes (procuradora do Estado e professora de Direito Tributário e Processo Tributário), em "CTN Comentado" (5º vol., 2011, E.RT, pg. 808) afirma: não basta a prova do pagamento do tributo recolhido indevidamente, é imprescindível que o requerente tenha vertido do caixa próprio referido tributo. Sofrendo, em consequência, impacto em suas finanças. Conclui ainda a ilustre professora: *"Esse o fundamento ético e jurídico do disposto no artigo 166 do CTN"*.

Por essa razão, nos termos da lei tributária, artigo 166 do CTN, embora assegurado o direito de repetir/compensar as contribuições indevidamente recolhidas, é imprescindível que o requerente demonstre e comprove ter arcado por conta própria com os encargos financeiros, sofrendo em consequência com os danos do recolhimento indevido. Também imprescindível que demonstre de forma clara e precisa não ter repercutido no preço referidas contribuições, e ainda não ter sido ressarcido no preço recebido.

Com esse balizamento doutrinário e legal resta claro que a bilionária repetição/compensação alardeada nos meios de comunicação em geral, se houver, estará restrita às pessoas jurídicas que possam comprovar não ter repercutido no preço praticado as contribuições indevidas.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jul-07/cortez-reflexos-julgamento-stf-tema-69/>