
A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF DA INCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Gustavo Pires Maia da Silva

Advogado Sócio no Homero Costa Advogados

O Programa de Integração Social - PIS foi instituído pela LC 7/70 para, em relação às empresas comerciais ou mistas, ser exigido sobre o faturamento, à alíquota de 0,75% (que foi alterada para 0,65% por intermédio da Lei nº 9.715/1998). A LC 7/70 foi recepcionada pela Constituição da República. Já a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, por sua vez, foi instituída pela LC 70/91, com fulcro no artigo 195, I, da Constituição Federal (CF), também para incidir sobre o faturamento mensal, à alíquota de 2%.

Em 28.11.1998, foi publicada a Lei nº 9.718 que, para fins de apuração do PIS e da COFINS, ampliou o conceito de faturamento para que fosse entendido como receita bruta, ou seja, **"a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas"** (artigo 3º, caput e parágrafo 1º, Lei n. 9.718/98).

Contudo, apenas em 15.12.1998 (ou seja, após a Lei nº 9.718/98) é que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 20, que acresceu o termo "receita" ao inciso I do artigo 195 da CF.

O Pleno do STF, ao julgar diversos Recursos Extraordinários, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, consolidando o entendimento de que o PIS e a COFINS, até a EC nº 20/98, somente poderiam incidir sobre o faturamento, que deveria ser entendido como **"o produto das vendas de mercadorias e da prestação de serviços, ainda que delas não seja expedida uma fatura"**.

Paralelamente, foi instituído o regime não-cumulativo para o PIS (Lei nº 10.637/2002) e para a COFINS (Lei nº 10.833/2003) com relação a determinadas pessoas jurídicas de direito privado. De acordo com esta sistemática, o PIS e a COFINS seriam devidos sobre as receitas de vendas de seus produtos, às alíquotas de 7,6% e 1,65%, com direito à dedução de créditos.

Nesse contexto, foi publicada a Lei nº 12.973/2014, que determinou expressamente que o PIS e a COFINS incidiriam sobre o total das receitas auferidas no mês, sendo que o total das receitas compreenderia a receita bruta de que trata o artigo 12 do DL nº 1.598/77. Além disso, a Lei nº 12.973/14 incluiu o §5º ao artigo 12 do DL nº 1.598/77 para consignar que **"Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do artigo 183 da Lei nº 6.404/76, das operações previstas no caput, observado o disposto no §4º"**.

O legislador ordinário deixou clara a sua opção pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ocorre que, na Sessão do dia 15/03/2017, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

No julgamento acima mencionado, prevaleceu o voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"**. O posicionamento do STF deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados em outras instâncias.

Importante ressaltar que, quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão (é a possibilidade de atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* a uma decisão em sede de controle de constitucionalidade que originariamente teria efeito retroativo - *ex tunc*), a Ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode vir a enfrentar o tema em embargos de declaração a serem opostos com essa finalidade e trazendo elementos para a análise.

Frise-se, por fim, que o entendimento manifestado pelo STF poderá refletir nas ações que abordam a necessidade de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, eis que este imposto também não corresponde ao conceito de receita e faturamento.