

O ICMS na Base de Cálculo do PIS e da COFINS

A Receita Federal do Brasil exige que o ICMS, imposto de competência estadual, faça parte da base de cálculo do PIS (Programa de Integração Social) e da COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), tributos estes de competência federal.

Nos termos da legislação federal de regência do PIS e da COFINS, seus cálculos deverão ser feitos sobre o faturamento da empresa. Essas normas federais, contraditoriamente, excluem da base de cálculo do PIS e da COFINS somente o IPI, imposto pago pela indústria e que tem a mesma característica do ICMS, ou seja, é um tributo indireto. Como impostos indiretos, o IPI e o ICMS possuem duas espécies de contribuintes, que são o de fato e o de direito. A empresa, como contribuinte de direito, somente cobra tais impostos do seu cliente, repassando-os à União Federal (IPI) e ao Estado (ICMS).

Provavelmente a causa da exclusão do IPI da base de cálculo do PIS e da COFINS sem haver também a exclusão do ICMS nessa mesma base, seja a técnica tributária de cálculo do ICMS, que compõe sua própria base de cálculo (é a chamada regra da tributação “por dentro”). Por exemplo, em uma mercadoria no valor de R\$ 100,00 com o ICMS de 17%, esse imposto já está dentro dos R\$ 100,00. Dito de outra forma, o real faturamento da empresa é R\$ 83,00 e não R\$ 100,00. O legislador federal, ao não retirar o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, certamente confundiu-se com essa nublada metodologia de cálculo procedida no ICMS, considerando, assim, que esse imposto estadual comporia o faturamento da empresa.

O ICMS não é abarcado pelo conceito de faturamento, nem de receita, uma vez que a empresa não fatura o imposto, mas tão somente as mercadorias ou serviços vendidos. O ICMS, assim como o IPI, é somente a entrada de recursos financeiros que são repassados para o Estado, eis que ele é uma receita do Poder Público Estadual.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário nº 240.785-2/MG, está construindo forte entendimento de que a base de cálculo da COFINS não pode extravasar, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio. O eminente Min. Marco Aurélio, em seu voto nesse recurso, explicita que o valor do desembolso do ICMS está a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência de cobrá-lo, no caso, o Estado, e não a empresa que intermedia o repasse desse dinheiro.

É importante frisar que o Recurso Extraordinário mencionado ainda não foi definitivamente julgado, possuindo, por ora, os votos de seis Ministros do STF favoráveis à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS. Imagine-se e se espera que haverá a sustentação dessas posições até a decisão final desse recurso.

Muitas empresas têm recorrido ao Poder Judiciário requerendo a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Os Juízes Federais de primeira instância, em razão de medida cautelar movida pela União Federal junto ao STF, têm suspenso essas ações até o julgamento definitivo pelo STF em relação a esse assunto.

Considerando que eventual vitória judicial das empresas envolve grandes valores a serem recuperados em relação aos cinco anos passados e pagos a maior e considerando que a entrada da ação pertinente para a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, mesmo com sua suspensão, interrompe o prazo prescricional para a recuperação desses tributos, sugiro que tais ações sejam aviadas pelas empresas que ainda não o fizeram. A cada mês que se passa sem entrar com a ação é um mês que a empresa perde para recuperar o que foi pago indevidamente no passado.

Rômulo de Jesus Dieguez de Freitas
Advogado Tributarista
romulo@maja.net.br