



# Exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS

*Gustavo Froner Minatel*  
*Mestre PUC/SP*



- **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 -15/03/17**

- Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: **“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”**. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.



- **Ponderações/Dúvidas sobre a decisão do STF:**

- 1) Efeitos da decisão:**

- ✓ A partir da do julgamento?
- ✓ Da publicação do acórdão?
- ✓ Transito em julgado?

- 2) Repetição do indébito**

- ✓ Decisão com efeitos *ex tunc* / *ex nunc*?
- ✓ Aplicação do art. 166 do CTN?

- 3) Apuração do PIS e COFINS devidos**

- ✓ Qual o valor do ICMS a ser *decotado* da BC?
- ✓ Decisão interfere no valor dos créditos (regime não cumulativo)



- **Embargos de Declaração opostos pela PGFN**
- **Efeitos?**
- Novo Código de Processo Civil:
- Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.
- § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.



- **1) EFEITOS DA DECISÃO (eficácia):**

- AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.547.701 - MT (2015/0195813-4) Julgamento em **04/04/2017**
- **TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. O ICMS INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. MANUTENÇÃO DAS SÚMULAS 68 E 94 DO STJ. RESP 1.144.469/PR, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ACÓRDÃO O MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 2.12.2016, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR) EM SENTIDO CONTRÁRIO. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA PROVIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL.**
  - 1. O Superior Tribunal de Justiça reafirmou seu posicionamento anterior, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo 1.144.469/PR, em que este Relator ficou vencido quanto a matéria, ocasião em que a 1a. Seção entendeu pela inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (Rel. p/acórdão o Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.12.2016, julgado nos moldes do art. 543-C do CPC).
  - **2. Contudo, na sessão do dia 15.3.2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 574.706/PR, em repercussão geral, relatora Ministra CARMEN LÚCIA, entendeu 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.**
  - 3. Agravo Interno da empresa provido para negar seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.



- **Guia Prático da EFD Contribuições – Versão 1.25: Atualização em 30/10/2017**  
**Registro C180 [registro pai]: Consolidação de Notas Fiscais Eletrônicas Emitidas Pela Pessoa (...)**
- **Campo 05 - Preenchimento:** informar o valor do desconto comercial ou dos valores a excluir da base de cálculo da contribuição, conforme o caso.
- **Observação Importante:**
- No caso da pessoa jurídica ser beneficiária ou autora de ação judicial, com sentença favorável à exclusão do ICMS incidentes na operação de venda de bens e/ou serviços (de transportes e comunicações), com fundamento e vinculada ao julgamento do RE nº 574.706 PR, finalizado em 15/03/2017, cuja ementa do acórdão estabelece a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, é importante ressaltar que em função do citado julgamento ter sido realizado sob o rito de Repercussão Geral, nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 1973, a Secretaria da Receita Federal **somente se vincula à citada decisão, inclusive quanto a sua operacionalidade e periodicidade alcançada, após a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme expressa disposição do art. 19 da Lei nº 10.522, de 2002.**
- Importante ressaltar que estas exclusões na base de cálculo, decorrentes de decisões judiciais, só são aplicáveis se não houver limitação temporal dos efeitos da sentença judicial, ou seja, faz-se necessário que a decisão judicial já seja aplicável em relação aos fatos geradores a que se refere a escrituração. **No caso da decisão relativa ao RE nº 574.706/PR, deve-se aguardar a apreciação pelo STF de eventual modulação dos efeitos da sentença**



- **Repetição do indébito:**
- Modulação – exame previsto para ocorrer no julgamento dos embargos.
- **Possibilidades:**
  - ✓ Não modular – (atribuir efeitos *ex tunc*);
  - ✓ Restringir os efeitos a partir da decisão (alteração da jurisprudência ou;
  - ✓ Efeitos a partir de 2018 como postulado pela PGFN nos Embargos de Declaração.



- Aplicação do art. 166 do CTN:
- **STF - Súmula 546:** Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte "de jure" não recuperou do contribuinte "de facto" o "quantum" respectivo.
- Afastada ou sequer cogitada a aplicação do art. 166:
  - ✓ Inconstitucionalidade do FINSOCIAL;
  - ✓ Inconstitucionalidade do ICMS na base do PIS/COFINS importação.



- Processo nº 10935.904120/2012-32
- Acórdão 3402-004.742 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
- Sessão de **24 de outubro de 2017** Data de Publicação: **16/11/2017**
- PIS/COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. RECURSO REPETITIVO. STJ. TRÂNSITO EM JULGADO. CARF. REGIMENTO INTERNO.
- Em 13.03.2017 transitou em julgado o Recurso Especial nº 1144469/PR, proferido pelo STJ sob a sistemática do art. 543-C do CPC/73, que firmou a seguinte tese: "O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações", a qual deve ser reproduzida nos julgamentos do CARF a teor do seu Regimento Interno.
- Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido em sentido contrário no Recurso Extraordinário nº 574.706 com repercussão geral, publicado no DJE em 02.10.2017, **como ainda não se trata da "decisão definitiva"** a que se refere o art. 62, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF, não é o caso de aplicação obrigatória desse precedente ao caso concreto.
- Recurso Voluntário Negado



- Processo nº 11030.902113/2012-52
- Acórdão nº 3001-000.089 Turma Extraordinária / 1ª Turma
- Sessão de **30 de outubro de 2017** Data de Publicação: **08/12/2017**
- Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins  
Data do fato gerador: 30/04/2002  
PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE.  
Comprovado tratar-se de crédito tributário restrito a COFINS apurada e recolhida sobre base de cálculo sem a exclusão do ICMS é de se reconhecer o direito à restituição do crédito pleiteado.  
Recurso Voluntário Provido



- Qual o Valor do ICMS a ser excluído da receita:.
- Decisão aponta que é o **ICMS destacado**:
- *Conquanto nem todo montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e **não constitui receita do contribuinte, logo, ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições***



- **Direito de Crédito – Lei nº 10.833/03:**
- Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a::
- I - bens adquiridos para revenda, (...)
- II - bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustíveis e lubrificantes, (...)
- III - energia elétrica e energia térmica, (...);
- IV - aluguéis de prédios, máquinas e equipamentos, (...);
- V - valor das contraprestações de operações de arrendamento mercantil de pessoa jurídica, (...)
- VI - máquinas, equipamentos/ (...)
- VII - edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, (...)



- § 1o Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2o desta Lei **sobre o valor:**
- I - dos itens mencionados nos incisos I e II do caput, **adquiridos** no mês;
- II - dos itens mencionados nos incisos III a V e IX do caput, **incorridos** no mês
- III - **dos encargos de depreciação** e amortização dos bens mencionados nos incisos VI, VII e XI do caput, incorridos no mês;



- **Questões a serem resolvidas sobre a exclusão do ICMS no crédito?**

- ✓ É possível? - Interpretação do art. 3º - valor adquirido, incorrido etc.
- ✓ Nos pedidos de **restituição** pode ser feita a redução sem a necessidade de lançamento?
- ✓ Nos pedidos de **ressarcimento** pode reduzir o valor a ser ressarcido/compensado? (empresas exportadoras por exemplo)
- ✓ **Autos de infração** – pode autoridade reduzir valor dos créditos? E os órgãos julgadores administrativos?
- ✓ Aplicação do art. 146 do CTN?



- **PARECER NORMATIVO COSIT/RFB Nº 1, DE 31 DE MARÇO DE 2017 (ICMS na Base do PIS/COFINS Importação):**
- A Administração Tributária se vincula à decisão do STF para reconhecer a existência de indébito tributário. Contudo, a Administração também possui o dever de ser diligente no deferimento de direitos creditórios passíveis de restituição e **deve evitar o enriquecimento sem causa e a dupla repetição** dos valores por parte dos sujeitos passivos.
- Assim, a Administração fica vinculada à tese jurídica que reconhece o pagamento indevido (indébito), mas isso não significa que deva deferir os pedidos de restituição sem prévia análise quanto à existência do direito creditório.



- **PARECER NORMATIVO COSIT/RFB Nº 1, DE 31 DE MARÇO DE 2017 (ICMS na Base do PIS/COFINS Importação):**
- 35.1. Como se trata de situações ocorridas antes de 10 de outubro de 2013, **em regra, o indébito decorrente do efetivo pagamento da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação já foi creditado na forma de desconto** das Contribuição para o Pis/Pasep e da Cofins, podendo, inclusive, ter gerado um direito a ressarcimento de eventual diferença de saldo credor destas últimas. Referido saldo é passível de ressarcimento ou de compensação com outros tributos, nas hipóteses em que a legislação das mencionadas contribuições permite essa utilização (exemplo, art. 16 da Lei nº 11.116, de 18 de maio de 2005), observada a legislação específica aplicável à matéria.



- Obrigado
- **Feliz Natal a todos**
- **[gustavo@minatel.adv.br](mailto:gustavo@minatel.adv.br)**

