

Trabalho elaborado

Pelo assessor jurídico Marco Aurélio Bicalho de Abreu Chagas

SUPREMO EXCLUI ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS*

A base de cálculo da COFINS é o faturamento mensal da empresa. A Lei Complementar nº 70/91, lei da COFINS não inclui o ICMS nas exceções ali previstas, na hipótese de exclusão. Dessa forma, por não constar, o fisco entende que o referido imposto é base de cálculo da COFINS. As exclusões admitidas pela LC 70/91, para se apurar o faturamento mensal da empresa-contribuinte são o IPI — Imposto sobre Produtos Industrializados, as vendas canceladas, devolvidas e os descontos.

Há de se entender por faturamento tudo aquilo resultante da venda de mercadorias ou prestação de serviços.

Atualmente um imposto, o ICMS é incluído como faturamento, levando ao absurdo de se considerar, portanto, imposto como faturamento e isso não é verdade. "Imposto não é faturamento".

O STF irá decidir, então, se o valor do ICMS pode integrar a base de cálculo da COFINS, ou se deve ser excluído a exemplo do que ocorre com o IPI, nos termos da alínea 'a' do parágrafo único, do art. 2º da Lei complementar nº 70, de 30.12.1991.

A tese até aqui consagrada é a de que faturamento envolve conceito de natureza constitucional e, por isso, cabe ao Supremo, guardião da Constituição Federal, dar a palavra final sobre o impasse e a tendência, nesse julgamento que se encontra em curso, é a de se consagrar como vitoriosa a tese de que cabe excluir da base de cálculo da COFINS o valor do ICMS, sacramentando o entendimento majoritário de que o valor do ICMS não é abrangido pelo conceito de faturamento.

Para os entendidos, os votos que faltam para se encerrar o julgamento, se contrários a esta tese, que favorece o contribuinte, não interferirão, no sentido de determinar a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da COFINS.

Na realidade, o ICMS representa uma receita do Estado, configurando-se uma entrada de dinheiro. Não se constitui, portanto, como até agora se sustentou, principalmente, pelo Fisco, receita da empresa-contribuinte.

É salutar, por conseguinte, o posicionamento que está sendo alcançado pelo STF, consolidado na assertiva de que o valor do ICMS não pode configurar faturamento.

Desse modo, "o valor do ICMS, destacado na nota fiscal, para simples registro contábil-fiscal, não deve ser incluído na base de cálculo da COFINS".

Ficando, portanto, sacramentado que o ICMS deverá se excluído da base de cálculo da COFINS, há de se apurar o exato valor da mercadoria antes da incidência do imposto.

O Ministro-Relator, MARCO AURÉLIO, em seu voto, assentou que "não se inclui na base de cálculo da contribuição, considerado o faturamento, o valor correspondente ao ICMS", sob o seguinte fundamento:

"Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão "folha de salários", a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão "faturamento" envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. **Admitir o contrário é querer que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria.**" (*in* Recurso Extraordinário nº 240.785-2-MG. Min. Marco Aurélio – Relator).

O contribuinte terá ainda que aguardar o desfecho do Supremo sobre esse polêmico tema da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS. O SUPREMO está mudando, com essa decisão em curso, o seu posicionamento, porque nos julgados anteriores considerava-se o ICMS como parte integrante do preço e, por conseguinte, fazendo parte do faturamento.

Agora, a tendência é a de se entender que o ICMS não é preço, assim a ser mantida essa colocação, teríamos que o ICMS não mais poderia ser incluído na base de cálculo da COFINS.

Sendo vitorioso, portanto, o voto do Ministro-Relator fica facultado aos contribuintes ingressar em juízo com a custosa ação de repetição de

indébito, para pleitear o recebimento do que recolheram indevidamente nesses últimos cinco anos. Ou poder-se-ia pensar na possibilidade de compensação de créditos, levando ao ressarcimento de valores de ICMS incluídos indevidamente na base de cálculo da COFINS.

Para o Procurador da Fazenda Nacional, Fabrício Da Soller, "o ICMS é um dos poucos impostos que tem ele mesmo na composição da sua base de cálculo".

Em entrevista à Agência Estado, o procurador disse que os contribuintes dos Estados poderiam questionar a cobrança do ICMS e solicitar o ressarcimento dos valores pagos a mais nos últimos cinco anos se realmente prevalecer o julgamento de que o ICMS deve mesmo ser retirado da base de cálculo da COFINS. Segundo ele, o mesmo STF já havia dado decisão em favor da manutenção do ICMS na sua própria base de cálculo em 1999. "Naquela ocasião, o ministro Marco Aurélio Mello foi voto vencido".

Resta-nos aguardar o final do julgamento.

O STF, em seu *site*, anunciou, recentemente, que a Presidência propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade sobre inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, asseverando que a Advocacia-Geral da União ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 18) na qual requer ao Supremo Tribunal Federal a declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/98. O advogado-geral justificou a iniciativa alegando que "eventual decisão do STF que determine, *ex tunc* [com efeito retroativo] a dedução do 'custo-ICMS' da base de cálculo da Cofins e do PIS/PASEP produzirá efeitos perversos nas contas públicas da União".

** Matéria publicada no caderno DIREITO & JUSTIÇA, do jornal ESTADO DE MINAS, de 12 de novembro de 2007, sob o título: Decisão caminha a favor do contribuinte.*