FIQUE POR DENTRO

A exclusão do ICMS na base do PIS/COFINS e a possibilidade de modulação dos efeitos desta decisão pelo STF

Em março de 2017, o Pleno do Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do RE n.º 574.706, com repercussão geral admitida, cuja decisão foi favorável aos contribuintes para confirmar que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS. Tratava-se de discussão já em andamento há décadas no Judiciário e que desde 2009 vinha tendo um andamento aparentemente errático na Suprema Corte.

Na sessão de julgamento, a Ministra Relatora Cármen Lúcia destacou que não seria analisada a modulação dos efeitos da decisão, em razão da ausência de pedido expresso da Fazenda Nacional nesse sentido, o que poderia ser aventado em sede de Embargos de Declaração.

Uma vez publicada a decisão, em outubro de 2017 a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou o já esperado, Embargos Declaração em face do acórdão proferido pelo Pleno do STF que, ao dar provimento ao Recurso Extraordinário nº 574.706, decidiu pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS.

Apesar de processualmente possível, a apresentação de Embargos de Declaração com efeitos modificativos, visando à alteração do resultado do julgamento finalizado em 15.03.2017, com relação ao mérito da discussão da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS detém remota possibilidade de sucesso. A reiteração dos argumentos da Fazenda Nacional, deduzidos no curso do processo julgado, teria a natureza de tentativa de novo julgamento, o que não seria processualmente viável.

Portanto, não se nutre qualquer expectativa que o Pleno do Supremo Tribunal Federal modifique o julgamento que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS; ou que restrinja o direito de crédito, para os contribuintes vinculados à sistemática não cumulativa.

Em seus Embargos, a União requer a modulação dos efeitos da decisão alegando que haverá impacto financeiro e orçamentário, transferências aleatórias de riqueza social e dificuldades operacionais para a aplicação retroativa do entendimento.

Requer também, que a decisão somente produza efeitos após o julgamento dos Embargos de Declaração, bem como, que não seja autorizada a compensação/restituição de valores pagos anteriormente à data do julgado e, finalmente, requer que, caso o Supremo Tribunal Federal entenda que deve haver compensação e restituição, que se autorize a União a instituir regras gerais para essa finalidade.

Nestes termos, entende-se que, é possível que o Pleno do STF negue eventual pleito de modulação de efeitos da Fazenda Nacional, por considerar que o argumento de impacto financeiro relevante para a União não configura situação excepcional que a justifique. Ademais, o Supremo Tribunal Federal jamais retirou o direito dos contribuintes que ajuizaram ações de perder o direito à compensação/restituição do que pagaram no passado, desde que respeitada as normas prescricionais.

Deste modo, se considerarmos o histórico de julgamentos do STF, a tendência é que, se houver modulação para restringir os efeitos do acórdão do Supremo Tribunal Federal, isso ocorra apenas em relação àqueles contribuintes que não ajuizaram ações.

Assim, o ingresso de ações mesmo após o julgamento de março de 2017 e a interposição dos Embargos pela Fazenda Nacional em outubro do mesmo ano, ainda mostra-se viável do ponto de vista de afastar o percentual de ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, ainda mais se considerarmos os significativos ganhos para empresa com a exclusão deste imposto da base ■

EDNEY BERTOLLA
Advogado especializado na área Tributária
Juiz no Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo