

Solução de Consulta Interna nº 13 revela contradição da União

Receita e PGFN extraíram conclusões diferentes do julgamento do STF sobre o ICMS na base do PIS/Cofins

BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS

MARIA RAPHAELA DADONA MATTHIESEN

THAIS ROMERO VEIGA SHINGAI

16/12/2018 06:18

Atualizado em 16/12/2018 às 10:31



Imagem: Pixabay

No ano passado, o STF julgou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins (RE nº 574.706/PR). A pretexto de orientar fiscais de todo o país sobre o cumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado sobre o tema, a Coordenação-Geral de Tributação, órgão da RFB, publicou a Solução de Consulta Interna nº 13, dispondo que o montante a ser excluído da base de cálculo

das contribuições é o valor mensal do ICMS a recolher, e não o destacado em nota fiscal.

Dois pontos específicos nos chamam especial atenção: a SCI revela comportamento contraditório da União e viola as normas de apuração do PIS e da Cofins.

+JOTA: Faça o cadastro e leia até dez conteúdos de graça por mês!

A SCI, da Receita Federal, contradiz os embargos de declaração opostos pela PGFN nos autos do RE nº 574.706/PR. Enquanto em juízo a União alega que o acórdão proferido pelo STF não seria claro quanto ao valor a ser excluído a título de ICMS (destacado ou “a recolher”), devendo a contradição e a obscuridade da decisão serem esclarecidas pelos ministros, no âmbito administrativo a RFB ignora a dúvida suscitada pela PGFN e afirma que a exclusão do ICMS “a recolher” corresponderia ao “entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal”.

Sendo PGFN e RFB órgãos do mesmo ente federativo e, inclusive, do mesmo Ministério, essas manifestações configuram indiscutível comportamento contraditório da União, violando a boa-fé objetiva e o princípio da confiança legítima.

O conteúdo da SCI contraria também os critérios adotados pela União, via Receita Federal, para elaborar o Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que informa suposto impacto financeiro da decisão do STF, até 2014, de R\$250,3 bilhões.

Desde a edição da Nota Conjunta Copan/Copat nº 1/08, elaborada em 2008 pelas Coordenações-Gerais de Previsão e Análise e de Política Tributária da RFB para apresentar as estimativas de impacto potencial da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins, o órgão não fez nenhuma diferenciação entre ICMS destacado e recolhido.

Também na Nota SIC Cetad/Coest nº 119/17, divulgada pela RFB em resposta a nosso pedido de acesso à informação, não há menção à adoção do ICMS recolhido como critério de cálculo para os mencionados R\$250,3 bilhões. Consta apenas o esclarecimento de que *“para a realização do cálculo foi estimado que o ICMS representa 9,57% do valor do PIS/Cofins. Este percentual foi aplicado aos valores da arrecadação total do PIS/Cofins (excluindo-se as instituições financeiras)”*.

É um verdadeiro paradoxo: contribuintes recolheram PIS e Cofins durante anos considerando em suas bases de cálculo a integralidade do ICMS destacado nas

notas fiscais. A União estimou o impacto financeiro da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF e, utilizando como fundamento os R\$ 250 bilhões aparentemente calculados sobre ICMS destacado, requereu a modulação de efeitos da decisão. Na SCI, por sua vez, lança mão de entendimento diverso, inovando ao definir que apenas o imposto recolhido deve ser excluído na apuração das contribuições, limitando as repetições de indébito dos contribuintes.

A União, parte litigante, age contra ato próprio, em escolástico exemplo para o brocardo “*nemo potest venire contra factum proprium*”, repudiado em repetitivo pelo STJ (REsp 1143216/RS). E tenta modular, à força, a decisão do Supremo.

Nossa segunda crítica pode ser sintetizada com a seguinte sentença: a RFB não pode adotar critério para a apuração do *indébito* (ICMS “a recolher”) diferente do critério de apuração do *débito* (ICMS destacado). Um decorre do outro: se o contribuinte pagou as contribuições sobre o ICMS destacado (ou seja, concretizou seu débito), é sobre essa mesma base que deve ser calculado o valor da repetição (indébito).

PIS e Cofins incidem sobre receita bruta, definida no artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/77, a qual é integrada pelo ICMS destacado na nota fiscal, e não apenas pelo imposto a ser recolhido pelo contribuinte. Essa afirmação pode ser facilmente visualizada nas primeiras linhas de uma DRE, que ilustra ser a receita líquida resultado da subtração de abatimentos e devoluções, e impostos sobre vendas, da receita bruta.

Excluir apenas o valor do “ICMS a recolher”, portanto, acarreta manutenção de uma parcela do imposto na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins, na contramão da tese fixada soberanamente pelo STF.

A controvérsia demanda reflexão e debate, não imposição unilateral, que gera mais insegurança e litígio. Cabe ao STF, não à RFB, resolver os supostos vícios de omissão, contradição e obscuridade apontados pela União e definir os limites temporais e a abrangência de sua decisão.

BRENO FERREIRA MARTINS VASCONCELOS – Pesquisador e Professor da FGV. Direito SP. LL.M em Direito Tributário pela Universidade de Bologna, Itália. Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Sócio de Mannrich e Vasconcelos Advogados.

MARIA RAPHAELA DADONA MATTHIESEN – Especialista em Direito Tributário pela FGV Direito SP. Advogada de Mannrich e Vasconcelos Advogados.

THAIS ROMERO VEIGA SHINGAI – Especialista em Gestão Tributária pela FIPECAFI. Advogada da área tributária de Mannrich e Vasconcelos Advogados.

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.