

II CONGRESSO PERNAMBUCANO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

30 Anos do Sistema Tributário
Nacional na Constituição.

REALIZAÇÃO



UNIVERSIDADE
FEDERAL
DE PERNAMBUCO

UNIVERSIDADE
CATÓLICA
DE PERNAMBUCO



ESA



17 A 19 DE OUTUBRO DE 2018



Exclusão do ICMS e ISS da base de cálculo do PIS, COFINS, CPRB, IRPJ – lucro presumido: repercussões das decisões do STJ e do STF

Gustavo Brigagão

Base de cálculo – PIS/COFINS

- **CF/88** – Redação original do art. 195:
 - Faturamento = Receita bruta;
 - Venda de mercadorias e/ou prestação de serviços;
- **Lei 9.718/98** – Ampliação indevida da base de cálculo:
 - Art. 3º, § 1º – Receita bruta = totalidade das receitas auferidas, independentemente da atividade exercida ou da classificação contábil adotada;
- **EC 20/98** – “receita ou faturamento” (art. 195, I, “b”);
- **STF** – Inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei 9.718/98 – Constitucionalização superveniente vedada (RE 390.840, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15.08.2006).

ICMS na BC do PIS/COFINS

STJ – Posicionamento inicial – ICMS integra a base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL (súmulas 68 e 94);

STF – Posicionamento inicial – matéria infraconstitucional (AgRg no RE 391.371, 2ª Turma, rel. min. Carlos Velloso, DJE 08.04.2005);

STF – Ajuizamento da ADC 18 em 2007;

- **Objetivo** – declaração de constitucionalidade do art. 3º, §2º, I, da Lei 9.718/98 (inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS cumulativo)



ICMS na BC do PIS/COFINS

STF – Reconhecimento de repercussão geral (RE 574.706, Tribunal Pleno, rel. min. Carmen Lúcia, DJe 16.05.2008);

STF – Decisão sem repercussão geral – Caso “Auto Americana” – ICMS não integra a base de cálculo da COFINS (RE 240.785, Tribunal Pleno, rel. min. Marco Aurélio, **DJe 16.12.2014**);

STF – Decisão com repercussão geral – Caso “Imcopa” – O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins” (**RE 574.706**, Tribunal Pleno, rel. min. Cármen Lúcia, sessão de 15.03.2017);



ICMS na BC do PIS/COFINS

RE 574.706 – Fundamentos:

- Mero ingresso de caixa;
- ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte;
- Trânsito contábil para posterior destinação ao Estado;
- Contribuinte não fatura o ICMS;
- Ofensa ao art. 110 do CTN.



Reação da Fazenda

STF – Embargos opostos pela PGFN (19.10.2017):

- **Modulação de efeitos** – Efeitos *ex nunc* a partir da data do julgamento dos embargos;
- **Omissão** – Lei 12.973/14 – Alargamento do conceito de receita bruta previsto no art. 12 do DL 1.598/77:
 - § 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes”
- **Contradição** – Valor exato do ICMS a ser excluído?



Reação da Fazenda

STF – Negou sobrestamento de processos até julgamento dos embargos (AgRg no RE 437.817, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 21.05.2018; entre outros);

RFB – Ausência de entendimento vinculante enquanto não julgada a ADC 18 (Solução de Consulta 137/17);

STF – Perda de objeto da ADC 18 (decisão monocrática, rel. min. Celso de Mello, DJe 10.09.2018);



Reação da Fazenda

**Guia Prático da EFD Contribuições –
Atualização em 04.07.2018:**

“Observação Importante: (...) No caso da pessoa jurídica beneficiária (...) de ação judicial, com sentença favorável à exclusão do ICMS (...) a RFB somente se vincula à citada decisão (...) após a manifestação da PGFN. (...) **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.**”





Controvérsia – Qual ICMS?

- ICMS “cheio” (destacado na nota fiscal):

CÁRMEN LÚCIA: “(...) o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do **ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento (...).**”

- ICMS efetivamente pago (após compensação):

CÁRMEN LÚCIA: “(...) é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e **o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.**”

Controvérsia – Qual ICMS?

- **TRFs 3 e 4** – Entendimento pacífico – Exclusão do ICMS destacado na nota fiscal;
- **TRF 2** – Divergência jurisprudencial – Alguns precedentes autorizam apenas exclusão do ICMS efetivamente pago.



“Teses-filhote”

GILMAR MENDES – “(...) há também os efeitos que a decisão deverá produzir em relação ao próprio sistema tributário nacional. (...) e os demais tributos? Também deverão ser decotados do conceito de faturamento os valores eventualmente recolhidos a título de ISSQN? (...) Além do PIS/COFINS, a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (...) como o próprio nome diz, também incide sobre a receita bruta (...) e, portanto, terá sua arrecadação impactada pela decisão no presente caso. E não para por aí! A receita bruta consiste, ainda, na materialidade indireta do IRPJ e da CSLL quando recolhidos com base no lucro presumido (...).” (voto vencido no RE 574.706)



ISS na BC do PIS/COFINS

STF – Reconhecimento de repercussão geral (RE 592.616, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.10.2008) – Aguarda-se julgamento;

STJ – Recurso Repetitivo – Legalidade da inclusão do ISS na BC do PIS/COFINS (1ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, **DJe 14.04.2016**);

STJ – Após decisão do RE 574.706 – Fundamento constitucional da discussão (AgInt no REsp 1.574.079, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, **DJe 02.04.2018**);



ISS na BC do PIS/COFINS

TRFs 1, 2 e 3 – Entendimento favorável – Exclusão imediata do ISS (aplicação analógica do RE 574.706);

TRF 4 – Entendimento desfavorável – Aplicação do repetitivo do STJ;

TRF 5 – Divergência jurisprudencial.



ICMS na BC da CPRB

- **Lei 12.546/11** – BC = Receita bruta (art. 8º);
 - **RFB** – Parecer Normativo 03/12 – Mesmo conceito de “receita bruta” do PIS/COFINS;
- **STF** – Decisões monocráticas – Exclusão do ICMS;
- **STJ** – Precedentes de ambas as turmas de direito público – Exclusão do ICMS;
- **STJ – 1ª Seção** – Afetação de repetitivo – Aguarda-se julgamento (REsps 1.638.772, 1.624.297 e 1.629.001).



ICMS na BC do IRPJ/CSLL (Lucro Presumido)

- **Lei 9.249/95** - Lucro presumido:
 - IRPJ/CSLL – Base de cálculo – Aplicação de percentual sobre a sobre a receita bruta auferida (arts. 15 e 20);
- **STF** – Matéria infraconstitucional;
- **STJ** – Precedentes recentes desfavoráveis:
 - Lucro Presumido – deduções previamente estabelecidas (devoluções, vendas canceladas, descontos incondicionais, etc.);
 - Somente Lucro Real autoriza dedução de tributos pagos;
 - Não é possível misturar regimes de apuração distintos.



PIS/COFINS na sua própria base

- **DL 1.598/77** – Art. 12, §5º - “(...) na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes”;
- **Tribunais superiores** – ainda não analisaram o tema;
- **TRF 4** – Precedentes desfavoráveis;
- **1ª instância** – liminares e sentenças favoráveis.



Outras teses

- ICMS-ST na BC do PIS/COFINS
(substituído);
 - ISS na BC da CPRB;
- PIS/COFINS na BC da CPRB;
- ICMS na base de cálculo do
FUNRURAL;
 - Etc.





Obrigado!

gbrigagao@bdee.com.br