

02/12/2024

## Receita impede exclusão do ICMS-ST de cálculo do PIS/Cofins

Soluções de consulta contrariam entendimento do Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo

POR MARCELA VILLAR — DE SÃO PAULO



Três recentes soluções de consulta da Receita Federal definiram que o ICMS-ST (substituição tributária) não pode ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins. A posição do Fisco contraria decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) do fim do ano passado. Em recurso repetitivo, que orienta as varas e tribunais do país, a Corte foi favorável aos contribuintes, permitindo a dedução dos tributos federais.

Segundo advogados, essas são as primeiras manifestações da Receita após o julgamento do STJ sobre o tema. O entendimento dos ministros da Corte foi unânime (Tema 1125 ou REsp 1896678 e 1958265). Essa é uma das teses filhotes da tese do século, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a exclusão do ICMS da base das contribuições federais, em março de 2017 (Tema 69 ou RE 574706).

O fundamento usado pela 1ª Seção do STJ foi o mesmo do STF, no sentido de que o imposto estadual é transitório no caixa das empresas e não configura faturamento, base sobre a qual incide o PIS e a Cofins. No caso do ICMS-ST, a diferença é apenas operacional, pois pela substituição tributária se antecipa a cobrança do tributo de toda a cadeia produtiva para o primeiro integrante dela - normalmente fabricantes ou importadores, os “substitutos tributários” - visando facilitar a fiscalização do tributo.

As discussões no Judiciário envolveram contribuintes que fazem parte da cadeia e não recolhem o imposto diretamente ao Estado - os “substituídos”. Redes atacadistas que adquirem os produtos, por exemplo, e pequenos comércios que fazem a venda para o consumidor final.

Em relação às empresas substitutas, nunca houve polêmica, segundo advogados. Isso porque a legislação já previa que eles poderiam fazer a exclusão. Mas o mesmo direito não foi dado aos substituídos, nas soluções de consulta de nºs 4046, 4047 e 4048 de 2024 da Divisão de Tributação (Disit) da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil 4ª Região Fiscal, publicadas no Diário Oficial da União de quarta-feira.

Nos três documentos, a Disit diz que a “exclusão somente pode ser aproveitada pelo substituto tributário, não servindo, em qualquer hipótese, ao substituído na obrigação tributária correlata”. O Fisco reafirmou o entendimento da Solução de Consulta Cosit nº 104/2017, de efeito vinculante para a administração.

Em manifestações anteriores, a Receita previu a possibilidade de excluir o ICMS, porém na condição de substituto tributário e desde que destacado em nota fiscal, diz o tributarista Marcelo Bolognese, sócio do Bolognese Advogados. Diferentemente do ICMS, o ICMS-ST é destacado na nota fiscal de compra, mas não na de saída ou de revenda. “Agora, com estas novas manifestações, a Receita perdeu a oportunidade de se alinhar com o que foi decidido pelo STJ”, afirma.

Na visão dele, o acórdão do STJ deveria ter sido respeitado, pois nele se garantiu tratamento igualitário entre contribuintes. “Quando o STJ define que o ICMS-ST não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins, tanto para o substituto quanto para o substituído, conclui que é a mesma sistemática de exclusão do ICMS. Seria anti-isonômico alguns venderem mercadoria com destaque na nota e poderem excluir e outros não”, afirma.

A Receita não é obrigada a seguir o entendimento da Corte. Seria necessária a publicação de um parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) vinculando os fiscais, algo que não foi feito até então. “Haveria mais transparência e simplicidade, algo tão falado na reforma tributária, mas que não tem acontecido”, diz. “A Receita força o contribuinte a buscar a forma mais burocrática possível e abarrotar o Poder Judiciário”, conclui.

Pensamento semelhante é o do consultor tributário Douglas Campanini, sócio da Athros Auditoria e Consultoria. Ele diz que, após o julgamento do STF da tese do século, surgiu uma dúvida para as empresas substituídas tributárias. “Elas vendem um produto que o ICMS já foi pago antecipadamente e não destacam na nota fiscal. Então começou a discussão se o fato de não ter sido destacado, mas o imposto ter sido cobrado antes, geraria o mesmo efeito da tese do século”.

A dúvida ficou até a definição pelo STJ, permitindo a exclusão. Ele lembra que foi definido que a modulação dos efeitos seria para aplicar a decisão a partir de fevereiro deste ano. Mas, na análise dos embargos de declaração, passou a ser março de 2017, quando o STF julgou a tese do século. “Como foi julgado em recurso repetitivo, hoje a regra geral é que toda e qualquer empresa substituída tributária pode excluir o PIS e a Cofins da base de cálculo do ICMS-ST”, diz.

“O espanto foi essas soluções de consulta sequer terem mencionado a decisão do STJ”, completa Campanini. Ele supõe que possa ter ocorrido um “lapso temporal” dentro do órgão e as consultas terem sido feitas antes do julgamento. Mas isso não muda o fato de que “a Receita está desrespeitando a decisão do STJ”.

Procurada pelo Valor, a Receita Federal não deu retorno até o fechamento desta edição.

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2024/12/02/receita-impede-exclusao-do-icms-st-de-calculo-do-pis-cofins.ghtml>

Por entender ser de seu interesse, o Escritório Bolognese Sociedade de Advogados encaminha as informações sobre temas de natureza jurídica, porém, em respeito a sua privacidade, caso não deseje receber outras informações por email, responda esta mensagem que providenciaremos imediatamente seu descadastro.