

Excelentíssima Senhora

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

DD. Ministra do Egrégio Supremo Tribunal Federal

REF.: RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 574.706/PR – EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PAUTADO PARA JULGAMENTO EM 29/ABRIL/2021 – INSEGURANÇA JURÍDICA

Excelentíssima Ministra,

As entidades que ora subscrevem, participantes do **FÓRUM NACIONAL DA INDÚSTRIA**, movimento que representa as associações de indústrias em âmbito nacional, vem respeitosamente à presença de V. Exa., através do presente expediente, tratar de questões relacionadas ao Recurso Extraordinário (RE) nº 574.706/PR (com repercussão geral reconhecida), sob vossa relatoria, **cujos Embargos de Declaração foram incluídos na pauta de julgamento do próximo dia 29 de abril**, em face da decisão desta Suprema Corte que fixou a seguinte tese: "*O Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços ("ICMS") não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS*".

Como é de vosso inteiro conhecimento, após a prolação da decisão em comento, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) opôs Embargos de Declaração, requerendo a modulação temporal dos seus efeitos e esclarecimentos acerca do montante de ICMS passível de exclusão da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, os quais permanecem aguardando julgamento por essa Egrégia Corte.

DA TENTATIVA DE REDEFINIÇÃO DO VALOR DO ICMS A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

Não obstante a pendência no julgamento dos referidos Embargos, em 23.10.2018, a Receita Federal do Brasil (RFB) se antecipou e publicou a Solução de Consulta Interna - COSIT nº 13/2018, que vem orientando a atuação dos servidores da administração tributária federal, dispondo acerca dos procedimentos a serem observados pelos contribuintes e do montante de ICMS que deve ser suprimido da base de cálculo destas contribuições, tanto no regime de apuração cumulativo quanto no não cumulativo, para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a matéria.

A principal justificativa à época apresentada pela RFB para a edição da referida Solução de Consulta foi a de que grande parte das decisões judiciais transitadas em julgado que versam sobre o assunto determina a aplicação da decisão proferida nos autos do RE nº 574.706/PR, **sem esclarecer, no entanto, qual o montante de ICMS que deve efetivamente ser excluído da base de cálculo para fins de apuração destas contribuições.**

Não bastasse tamanha desobediência ao acórdão proferido por esta Suprema Corte, em 15.10.2019, a RFB publicou a Instrução Normativa RFB nº 1.911/2019, de modo a regulamentar a apuração, a cobrança, a fiscalização, a arrecadação e administração das contribuições sociais em questão, trazendo, no parágrafo único do seu artigo 27, a consagração da frágil tese fazendária sobre o famigerado "ICMS pago", desta vez **sem sequer fazer qualquer ressalva a eventuais acórdãos que disponham expressamente sobre o "ICMS destacado"**, agindo de forma totalmente arbitrária e ilegítima.

Como restou evidente, a manobra intentada pela RFB, claramente, visou reduzir os impactos da restituição ou compensação de valores indevidamente recolhidos pelos contribuintes, ainda que decorrentes de decisão final transitada em julgado em suas ações individuais, **especialmente nos casos em que não foi definida de forma expressa a forma do cálculo do crédito a ser restituído ou compensado.**

Apesar das inconsistências, sobretudo jurídicas, dos entendimentos manifestados na Solução de Consulta e na Instrução Normativa retro referenciadas, ratifica-se que o precário e inapropriado direcionamento da RFB é no sentido de que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é, tão somente, o ICMS efetivamente recolhido pelos contribuintes, e não o montante destacado na nota fiscal, conforme entendimento do setor produtivo nacional, majoritariamente defendido por renomados tributaristas.

De fato, o ICMS a pagar deriva do confronto entre os débitos do imposto nas saídas e os créditos relativos às entradas, cujo valor a recolher pode:

- (i) Equivaler ao ICMS destacado nos documentos fiscais de vendas (quando não há créditos a serem apropriados no período pelo contribuinte), **situação pouco usual;**
- (ii) Ser menor que o ICMS destacado nos documentos fiscais de vendas (caso haja créditos apurados no mês para abatimento dos débitos escriturados), **hipótese mais usual;** ou
- (iii) Inexistir quantia a pagar, nos casos em que o contribuinte apura saldo credor.

É cediço nunca ter havido qualquer dúvida de que o ICMS a ser suprimido da base de cálculo em questão trata-se do **ICMS destacado** nos documentos fiscais, razão pela qual esta questão sequer foi suscitada pelas partes no decorrer deste longo julgamento.

Em qualquer dessas situações, o ICMS que comporá a receita bruta, base de cálculo do PIS/COFINS, sempre será aquele incidente sobre as vendas, ou seja, o destacado nos documentos fiscais de saída e que, na apuração do período, será escriturado como débito em conta gráfica.

Na prática, a aplicação do entendimento manifestado na Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018, regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.911/2019, faz com que o montante de ICMS a ser excluído das bases de cálculo destas contribuições seja menor do que seria acaso fosse considerado o ICMS destacado nos documentos fiscais de saídas.

Registre-se que **o entendimento da RFB é manifestamente contrário ao contido em vosso voto** que, frise-se, destaca-se pelo notório brilhantismo e irrefutável conhecimento jurídico, ao discernir de forma taxativa que *“embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, **todo ele**, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”* (grifos nossos).

Nessa direção, importa destacar que todos os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), de forma reiterada e sem maiores divergências, interpretam e aplicam a decisão deste E. STF exatamente no sentido de que todo o ICMS destacado não deve compor a base de cálculo das contribuições (vide quadro anexo com indicação de alguns julgados). Existe, pois, uma estabilização dessa controvérsia no âmbito dos TRFs.

Outrossim, **a referida Solução de Consulta, em conjunto com a Instrução Normativa retro referenciada, acaba por antecipar entendimentos que serão objeto de julgamento por esta Suprema Corte quando da análise dos Embargos de Declaração opostos pela PGFN**, o que não só deprecia os esforços envidados pela PGFN, como também mitiga a própria autoridade deste Egrégio Tribunal.

Ora, a União, por meio da PGFN, opôs Embargos de Declaração perante o Supremo Tribunal Federal (STF) alegando dúvida em relação à forma de cálculo de determinado crédito, ao passo que a própria União, dessa vez por meio da Secretaria da RFB, edita normas de caráter regulamentar manifestando seu entendimento convicto quanto à forma de cálculo desse mesmo crédito. Atitude, no mínimo, questionável sob a ordem de moralidade pública.

Além disso, **a orientação e a regulamentação promovida pela RFB costumam a atentar contra a isonomia tributária**, uma vez que empresas cujas operações são destinadas majoritariamente ao comércio exterior, que usualmente não possuem ICMS a pagar na medida em que apuram saldo credor acumulado do imposto, não teriam nada para abater da base de cálculo do PIS/COFINS. De acordo com o cenário proposto pela RFB, a decisão do STF de nada valer para as empresas com viés exportador.

Cumprido ainda destacar que as normas publicadas pela RFB (v.g. Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018 e Instrução Normativa RFB nº 1.911/2019) são revestidas de vícios operacionais, uma vez que, no processo de emissão das notas fiscais ao longo de determinado mês, ao compor a base de cálculo destas contribuições e o preço dos produtos comercializados, não seria possível mensurar o valor do ICMS que deveria ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, **haja vista que a apuração do ICMS a recolher somente é realizada após o final de cada período fiscal** (neste caso, mensal).

Vale registrar que as Instruções Normativas podem ser definidas como atos puramente administrativos, como normas complementares de âmbito administrativo, tão somente. Jamais podem inovar o ordenamento jurídico, colidir com Leis ou Decretos, ainda mais, com posicionamentos jurisprudenciais, sobretudo em sede de repercussão geral, já firmados pela Suprema Corte, guardiã da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo assim, empresas vêm sendo penalizadas, indevidamente, por causa dos dados enviados à RFB por meio da Escrituração Fiscal Digital (EFD). Dado o efeito vinculante da Solução de Consulta em âmbito interno, endossada pela Instrução Normativa ora publicada, fomenta-se ainda mais o nível de litigiosidade que norteia o nosso sistema tributário nacional, cujo contencioso tributário já atinge a monta de aproximadamente R\$ 5,4 bilhões (INSPER), correspondente a 75% do PIB nacional (ref. 2019).

Nesse sentido, visando evitar a manifesta insegurança jurídica trazida pelo posicionamento da RFB, é mister que sejam envidados esforços para que o referido processo seja julgado com a máxima brevidade, confirmada a pauta do próximo dia 29 de abril, diante da magnitude do tema, com vistas a trazer pacificação definitiva para a presente matéria.

DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

A outra manobra intentada pela União foi o pedido de modulação dos efeitos da decisão proferida, também requeridos em sede de Embargos de Declaração opostos

pela PGFN, para que a decisão passe a produzir efeitos apenas a partir do julgamento dos próprios Embargos.

A justificativa utilizada é, no mínimo, despropositada, na medida em que se fundamenta no suposto impacto financeiro e orçamentário que pode advir da aplicação do entendimento sedimentado pelo STF em todos os processos em que se discute a matéria objeto de julgamento do RE nº 574.706/PR.

A pretexto de que o resultado do julgamento poderia impactar severamente as contas públicas, como se a interpretação da norma constitucional devesse ser feita de trás para frente, vê-se que, na prática, o tamanho do rombo financeiro seria bem menor se a própria União não tivesse adotado o estratagema de impedir o desfecho a ela desfavorável quando do julgamento do RE nº 240.785/MG, há quatorze anos portanto, quando já discutia a mesma matéria.

Registre-se que, em 2006, quando o STF sinalizou majoritariamente que decidiria o tema pela exclusão do ICMS da base de cálculo das referidas contribuições, chegando naquela ocasião a seis votos (contra apenas um) convergentes no RE nº 240.785/MG, a União deveria ter classificado este tema como de “*perda provável*” nas leis de diretrizes orçamentárias, quando da prestação de informações sobre ações ajuizadas contra a União que representam riscos fiscais, mas optou por manter a classificação como “*perda possível*”.

Ademais, ainda no ano de 2014, o Plenário do STF concluiu o julgamento do RE nº 240.785/MG, decidindo pela impossibilidade de inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS. Conquanto esse julgamento não tenha sido realizado na sistemática de repercussão geral, foi uma indicação concreta de qual o entendimento deveria prevalecer no âmbito do STF.

Em outras palavras, inegavelmente, teve a União tempo mais do que suficiente para provisionar os impactos fiscais e financeiros desta decisão, sem falar nas possibilidades em promover ajustes nas respectivas legislações, que evitariam **o agora alarmado “rombo nas contas públicas”**. Preferiu, de outra forma, manter a cobrança já sabida inconstitucional, apostando na futura modulação dos efeitos da decisão, no que podemos chamar de “**inconstitucionalidade conveniente**”.

E mais, o acórdão proferido no bojo do RE nº 574.706/PR foi publicado em 02 de outubro de 2017, ou seja, há mais de três anos, mas a classificação do passivo só veio a ser corrigida pelo atual Governo Federal em 31 de dezembro de 2019.

Nesta senda, há de se registrar que somente em 2020 o Governo federal apresentou Projeto de Lei (nº 3.887) com vistas a instituir a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, em substituição à atual contribuição para o PIS e à COFINS. E, alinhada à decisão do STF no julgamento do RE nº 574.706/PR, propôs a exclusão do ICMS da base de cálculo da nova contribuição.

Ainda que tardiamente, o PL nº 3.887/20 é muito claro no sentido de que todo o ICMS não deve compor a base de cálculo da CBS, em inequívoco reconhecimento de que este E. STF julgou a matéria e resolveu a controvérsia.

Sob o pretense argumento de impacto nas contas públicas, **para fins de modulação de efeitos**, convém destacar que quanto mais tempo permanece uma norma inconstitucional no sistema, sob a perspectiva de julgamento, mais razão ainda haverá para ser mantida, tendo em vista que o rombo da arrecadação, com o passar do tempo, será muito maior quando a decisão for favorável aos contribuintes, ainda que lhe assegure o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos.

Ademais, ao realizar o controle de constitucionalidade, a Suprema Corte, desenganadamente, estimula que todo o Sistema Tributário Nacional se ajuste à Constituição Federal. Se a inconstitucionalidade porventura é mantida dentro deste sistema de forma reiterada, na medida em que o STF passa a adotar, como regra, a modulação de efeitos em julgamento de matérias tributárias, sobretudo com efeitos póstumos ao trânsito em julgado, estimula-se a criação de outras normas inconstitucionais, ou, ao menos, reduz a preocupação dos Poderes Legislativo e Executivo em respeitarem à Constituição, quando da edição de suas normas, no exercício de suas funções típica e atípica, respectivamente.

Registre-se que **não cabe ao STF ser o guardião das contas públicas, e sim, da Constituição Federal**, sob pena de violação à separação de poderes. Até porque, o Executivo e o Legislativo possuem mecanismos e instrumentos precípuos para fomentar e promover o aumento da arrecadação no exercício de suas funções.

A demora no encerramento da questão e no julgamento dos Embargos de Declaração – ainda que considerada toda a limitação própria deste recurso – com pedido de modulação de efeitos, acaba por gerar mais insegurança jurídica, com risco iminente de ajuizamento de ações rescisórias por parte da Fazenda Nacional, a depender dos termos da modulação de efeitos que venha a ser decidida por esta Suprema Corte.

Vale ressaltar que a segurança jurídica serve para restringir e não para aumentar os poderes do Estado sobre o contribuinte. No caso em comento, não se está diante de hipótese de declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, nem de alteração da orientação da jurisprudência dominante. Ainda que fosse possível e cabível em abstrato a modulação, não se teria guarida na preservação de segurança jurídica, cuja tutela está endereçada exclusivamente ao contribuinte em face do Estado (e nunca ao contrário).

Diante do exposto, as entidades signatárias deste documento vêm, neste ato, **solicitar a V. Exa. que sejam envidados esforços para que os referidos Embargos de Declaração sejam prontamente julgados**, confirmando a data de 29 de abril de 2021 para tal, com vistas a trazer pacificação para o tema em comento, arrefecendo o aberrante quadro de insegurança jurídica atual, o que só favorecerá a redução do nível de litigiosidade em relação ao tema, e, conseqüentemente, promoverá impactos positivos no fortalecimento do ambiente de negócios, sobretudo no setor produtivo e na economia nacional.

Certos de contar com a atenção de V. Exa., apresentamos nossas

Cordiais saudações,



João Carlos Basilio da Silva
Presidente Executivo

**ABIHPEC - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE
HIGIENE PESSOAL, PERFUMARIA E COSMÉTICOS**



Otávio Augusto Rezende Carvalheira
Presidente do Conselho

ABAL - Associação Brasileira do Alumínio



Associação
Brasileira de
Cimento Portland

Paulo Camillo Penna
Presidente

**ABCP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIMENTO
PORTLAND**



Christian Arntsen

Presidente do Conselho de Administração
**ABFA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE
FERRAMENTAS EM GERAL, USINAGEM E ARTEFATOS DE
FERRO E METAIS**



João Dornellas
Presidente Executivo
ABIA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS



Haroldo Ferreira
Presidente Executivo
ABICALÇADOS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE CALÇADOS



Afonso Gonzaga
Presidente
ABIFA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FUNDIÇÃO



Trilhando o desenvolvimento
Vicente Abate
Presidente
ABIFER – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA FERROVIÁRIA



Levi Ceregato
Presidente
ABIGRAF – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA GRÁFICA



Cláudio Zanão
Presidente Executivo
ABIMAPI - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE BISCOITOS, MASSAS ALIMENTÍCIAS E PÃES & BOLOS INDUSTRIALIZADOS



José Velloso Dias Cardoso
Presidente Executivo
ABIMAQ - Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos



Ricardo Martins
Presidente
ABIMETAL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA PROCESSADORA DE AÇO



Franco Pallamolla
Presidente
ABIMO - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE ARTIGOS E EQUIPAMENTOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, HOSPITALARES E DE LABORATÓRIOS



Humberto Barbatto
Presidente Executivo
ABINEE - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA ELÉTRICA E ELETRÔNICA



Ambra Nobre Sinkoc
Diretora Executiva
**ABIÓPTICA – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS
INDÚSTRIAS ÓPTICAS**



Juliana Durazzo Marra
Presidente
**ABIPLA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA INDÚSTRIAS DE
PRODUTOS DE HIGIENE, LIMPEZA E SANEANTES**



José Ricardo Roriz Coelho
Presidente
**ABIPLAST – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DO
PLÁSTICO**



Ciro Marino
Presidente Executivo
**ABIQUIM - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA
QUÍMICA**



Fernando Pimentel
Presidente Executivo
ABIT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA TÊXTIL



Rubens Barbosa
Presidente Executivo
**ABITRIGO – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA
DO TRIGO**



Patrício de Figueiredo
Presidente
**ABIVIDRO – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS
DE VIDRO**



Cristiane Foja
Presidente Executiva
ABRABE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BEBIDAS



Edmund Klotz
Presidente
**ABREGEL - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE
ALIMENTOS, CONGELADOS, SUPERCONGELADOS,
SORVETES, CONCENTRADOS, LIOFILIZADOS, GELO E
BEBIDAS**



Synésio Batista da Costa
Presidente
**ABRINQ – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS FABRICANTES
DE BRINQUEDOS**



Marco Polo de Mello Lopes
Presidente Executivo
Instituto Aço Brasil



**Associação de
Comércio Exterior
do Brasil - AEB**

José Augusto de Castro
Presidente Executivo
**AEB - Associação de Comércio Exterior do
Brasil**



Maurício Borges
Presidente Executivo
**ANFACER - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS
FABRICANTES DE CERÂMICA PARA REVESTIMENTOS,
LOUÇAS SANITÁRIAS E CONGÊNERES**



Natel Henrique Moraes
Presidente
**ANICER - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA
CERÂMICA**



Luís Henrique Teixeira Baldez
Presidente Executivo
**ANUT – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS USUÁRIOS DO
TRANSPORTE DE CARGA**



José Carlos Rodrigues Martins
Presidente
**CBIC - CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA
CONSTRUÇÃO**



Paulo Petroni
Presidente
**CERVBRASIL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA
DE CERVEJA**



José Fernando Bello
Presidente Executivo
**CICB - CENTRO DAS INDÚSTRIAS DE CURTUMES DO
BRASIL**



Robson Braga de Andrade
Presidente da CNI
CNI – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA



José Jorge do Nascimento
Presidente Executivo
**ELETROS – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE FABRICANTES
DE PRODUTOS ELETROELETRÔNICOS**



Reginaldo Braga Arcuri
Presidente Executivo
**GRUPO FARMABRASIL – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA
INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA E DE CAPITAL
NACIONAL**



Paulo Hartung
Presidente Executivo
IBÁ - Indústria Brasileira de Árvores



Elizabeth de Carvalhaes
Presidência Executiva
**INTERFARMA - ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA
FARMACÊUTICA DE PESQUISA**



Telma Salles
Presidente Executiva
**PRÓGENÉRICOS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS
INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS**



Paulo Camillo Penna
Presidente
**SNIC – SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE
CIMENTO**
