

2 de agosto de 2021

NOTÍCIAS

1. MODULAÇÃO NO STF GERA CORRIDA POR EXCLUSÃO DO ISS DO PIS/COFINS

Esperando entendimento similar ao ICMS no PIS/Cofins, empresas buscam garantir restituição dos últimos 5 anos

Com a modulação do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso sobre ICMS na base do PIS e da Cofins, escritórios de advocacia notaram uma corrida de empresas do setor de serviços para ajuizar ações requerendo a retirada do ISS da base de cálculo das contribuições.

O movimento vem da expectativa de que o imposto municipal seja excluído do PIS e da Cofins, com modulação semelhante à aplicada ao caso do ICMS. Se a lógica for a mesma, empresas que não ajuizarem ações antes da decisão pelo STF não terão direito à restituição dos cinco anos anteriores ao processo.

Em maio deste ano, ao modular a “tese do século”, o STF decidiu que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins vale a partir de 15 de março de 2017, data em que o STF julgou o mérito da questão. Com isso, apenas empresas que entraram com ações antes dessa data tiveram direito à restituição dos valores recolhidos a mais nos cinco anos anteriores ao ajuizamento do processo, prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário.

Em relação ao ISS, a corrida é para protocolar as ações antes de o Supremo concluir o julgamento do Recurso Extraordinário 592.616, iniciado em 14 de agosto de 2020. A tese proposta pelo relator e ex-ministro Celso de Mello é de que o valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo do PIS e da Cofins. O julgamento foi

interrompido pelo pedido de vista do ministro Dias Toffoli, então presidente do STF.

Teses são praticamente idênticas, diz advogado Os tributaristas Rafael Bragança e Rodrigo Fragoas, do Daudt, Castro e Gallotti Olinto Advogados, avaliam que o cerne da discussão sobre o ICMS é muito semelhante, senão idêntico, ao do ISS.

No caso do ICMS, a maioria dos ministros entendeu que o imposto não é uma receita própria, mas um valor repassado ao estado, e por isso não pode ser incluído no conceito de faturamento, que é a base de cálculo para a cobrança das contribuições. A diferença agora, explicam, é que o ISS é um imposto municipal, e não estadual, e incide sobre serviços, como de saúde, estética, hotelaria, cinema e tecnologia da informação.

“A tese é a mesma. Então, a nosso ver, o Supremo deve votar de modo semelhante, definindo a exclusão também do ISS da base de cálculo do PIS e da Cofins”, afirma Bragança.

O problema, ressalta o advogado, é que, embora favorável ao contribuinte, a semelhança nas teses traz também preocupação, uma vez que o Supremo pode modular do mesmo modo, com efeitos a partir da data do julgamento do mérito.

“No caso do ICMS, os contribuintes que aguardaram a conclusão do julgamento para ajuizar suas ações foram impossibilitados de reaver as quantias pagas indevidamente nos anos que antecederam o julgamento, representando

2 de agosto de 2021

uma perda financeira substancial”, observa Bragança.

Na visão de Fragoas, um dos argumentos utilizados no caso do ICMS para se realizar a modulação “para frente” permanece atual. Trata-se do cenário de “profunda e arrastada crise fiscal da União”, nas palavras da relatora do caso, ministra Cármen Lúcia. Para o fechamento de 2021, mesmo com o início da retomada da atividade econômica e a alta na arrecadação, o governo central projeta um déficit primário de R\$ 155,4 bilhões (1,8% do PIB).

“Agora no período de pandemia da Covid-19, no qual o STF julgou mais causas repetitivas, tem sido recorrente a justificativa econômica para se decidir por uma ‘modulação para frente’. Temos visto o STF mais sensível à questão econômica, o que pode se repetir no caso do ISS”, argumenta Fragoas.

Empresas não sabem quanto, como nem quando pagar

Para Newton Domingueti, tributarista do Vellozo Advogados, tanto a demora do STF para julgar o tema quanto o modo “errático” com que tem modulado as suas teses causam insegurança jurídica para os contribuintes, o que aumenta a procura antecipada pelo Judiciário.

Apenas em seu escritório há cerca de 40 processos requerendo a exclusão do ISS da base do PIS e da Cofins, sendo 20 protocolados após a modulação no caso do ICMS. “Diante da indefinição, as empresas têm adotado uma postura mais proativa, buscando garantir a restituição de seus créditos”, diz Domingueti.

O escritório Chenut Oliveira Santiago Advogados também registrou uma alta na demanda pelo tema. “Percebemos um aumento significativo tanto nas consultas quanto nas medidas judiciais

afetas a tal tema, em patamares superiores a 50%”, disse Geraldo Mascarenhas L.C. Diniz, sócio do escritório e ex-integrante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf).

No BNZ Advogados há 60 processos em andamento pedindo a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Segundo Gustavo de Godoy Lefone, sócio coordenador do departamento de Direito Tributário do escritório, desse total 40 são de um grupo de hotéis e foram ajuizadas uma semana depois da modulação no caso do ICMS.

“A meu ver, no momento em que julga o mérito, o STF já deveria realizar a modulação. A demora entre a decisão e a definição dos seus efeitos gera uma imensa insegurança jurídica”, avalia Lefone.

Gláucia Lauletta, sócia do escritório Mattos Filho, afirma que a morosidade na definição do tema no Judiciário gera uma série de dúvidas para as empresas. O problema, diz, não é recolher o tributo, mas não saber quanto, como e nem quando recolher.

“Esse é o risco endêmico de um ambiente tributário litigioso que temos. Há muito litígio não porque as empresas querem entrar em juízo, mas porque, embora tenhamos uma Constituição garantista, as leis são elaboradas não necessariamente considerando a Constituição”, critica.

Demora incentiva multiplicação de “teses filhotes” Além de gerar insegurança jurídica, a demora na decisão de casos como o do ICMS e agora do ISS incentiva a multiplicação das chamadas “teses filhotes”. Essas teses pedem a exclusão de outros tributos das bases de cálculo de impostos e contribuições e causam riscos para as contas públicas justamente em um momento de crise fiscal como o atual.

2 de agosto de 2021

Segundo Domingueti, do Velloza Advogados, uma das teses em voga é a exclusão do PIS e da Cofins de suas próprias bases de cálculo, o chamado “cálculo por dentro”. A razão de decidir nesse caso também seria que essas contribuições não são faturamento e, portanto, não podem estar na própria base de cálculo.

Outra tese é a que pede a exclusão do ISS de sua base de cálculo, também um “cálculo por dentro”. “Aqui a discussão já muda um pouco. A base do ISS é a prestação de serviços, mas alguns municípios equiparam a prestação de serviços ao faturamento, o que permite o pedido de exclusão do ISS de sua própria base de cálculo”, explica o advogado.

CRISTIANE BONFANTI – Repórter do JOTA em Brasília. Cobre a área de tributos. Passou pelas redações do Correio Braziliense, O Globo e Valor Econômico. Possui graduação em jornalismo pelo UniCeub, especialização em Ciência Política pela UnB e MBA em Planejamento, Orçamento e Gestão Pública pela FGV. Cursa Direito no UniCeub.

Acesso em:

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/modulacao-no-stf-gera-corrída-por-exclusao-do-iss-do-pis-cofins-30072021>