

Decisão do STF (ICMS na base de cálculo da COFINS)

No último dia 24 de agosto o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu continuidade ao julgamento do Recurso Extraordinário nº. 240.785, em que se questiona se a base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) inclui, ou não, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

A questão tem forte impacto financeiro para os contribuintes que comercializam mercadorias ou serviços de transporte ou comunicação, pois o ICMS que incide em suas vendas acaba sendo considerado como receita suscetível de incidência da COFINS. E isso onera significativamente o contribuinte, pois o valor recebido a título de ICMS não é, a rigor, uma receita que se incorpore ao patrimônio da empresa, pois é recolhido aos cofres da Fazenda Estadual - já que o vendedor das mercadorias ou serviços de transporte ou comunicação (o "contribuinte de direito" do ICMS) funciona como agente arrecadador da Fazenda Estadual junto ao "contribuinte de fato" do imposto, adquirente dos bens ou serviços.

Brazilian Supreme Court Decision (ICMS on the taxable basis of the COFINS tax)

On August 24 the Plenary Sitting of the Brazilian Supreme Court has continued the judgment of Extraordinary Appeal N. 240.785, in which it is discussed if the COFINS tax (tax on gross receipts) includes or not on its taxable basis the ICMS tax (the Brazilian "VAT" tax).

The matter has a strong financial impact for those taxpayers that sell goods or render transport or communication services, since the ICMS levied on its sales is considered to be a revenue subject to the COFINS levy. And that is a significant burden to taxpayers, since the amounts received as ICMS are not, eventually, revenues that integrate the taxpayers' assets, because they are paid to the States - considering that the seller of goods or transport or communications provider (the ICMS "legal taxpayer") acts as a collecting agent for the State tax authorities before the "taxpayer-in-fact" of the tax, who acquires goods or services.

<p>Ainda não se tem decisão definitiva do STF sobre o assunto, pois o julgamento está suspenso por força de pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes. Mas <u>já se desenha decisão final favorável aos contribuintes</u>, pois seis dos onze Ministros já decidiram que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS. Embora exista a possibilidade teórica de reformulação dos votos já proferidos e, portanto, de reversão do placar que, até aqui, assegura a vitória dos contribuintes, é extremamente improvável que isso venha a ocorrer.</p> <p>Por isso é recomendável que as empresas iniciem o quanto antes o levantamento dos montantes recolhidos nos últimos 5 (cinco) anos a título de COFINS e de PIS (pois também ao PIS são extensíveis os argumentos levados ao STF com relação à COFINS) e proponham as medidas judiciais cabíveis imediatamente. Tal levantamento deverá buscar identificar a diferença entre (i) o que foi pago com a inclusão do ICMS na base de cálculo daquelas duas contribuições; e (ii) o que seria devido sem a inclusão do ICMS.</p> <p>Uma vez apurada tal diferença é possível, antes mesmo do resultado final do julgamento em curso no STF, ingressar em Juízo buscando (a) o reconhecimento do direito de compensação da diferença com tributos federais vencidos, administrados pela Secretaria da Receita Federal; e (b) o reconhecimento de que PIS/COFINS incidentes sobre receitas futuras não compreendem, em sua base de cálculo, o valor do ICMS.</p> <p>Colocamo-nos à inteira disposição dessa empresa para esclarecimentos complementares acerca da matéria.</p>	<p>There is not a final decision on the matter, since the judgment has been suspended because of a request for a personal examination of the dockets from Justice Gilmar Mendes. But a <u>final favorable decision to taxpayers can be already envisaged</u>, since six of the eleven Justices have already casted their votes in the sense that the ICMS cannot be included on the taxable basis of the COFINS tax. Although there is a theoretical possibility that any of the votes casted to date be reversed and, thus, that the outcome of the leading case turns to be unfavorable to taxpayers, it is very unlikely that such a reversal happens.</p> <p>Therefore, it is advisable that companies begin to calculate the amounts paid in excess in the past five years as COFINS and PIS (because the same arguments for the COFINS tax are applicable to that of the PIS tax) and file the proper tax lawsuits in court immediately. Such calculation must indicate the difference between (i) what has been paid with the inclusion of the ICMS on the taxable basis of both taxes and (ii) what should have been paid without such inclusion.</p> <p>Once determined and even before the Brazilian Supreme Court reaches a final decision, such difference can be claimed in court by means of a tax lawsuit aiming at obtaining (a) a judicial decision recognizing the company's right to offset the amounts paid in excess with taxes due in the future to the federal tax authorities and (b) a judicial decision recognizing the company's right not to pay the COFINS and PIS taxes with the inclusion of the ICMS as from the filing of the claim.</p> <p>We remain at your service for any clarification you might need on this matter.</p>
---	---

Para mais informações, entre em contato:

Trench, Rossi e Watanabe Advogados

São Paulo:

Antonio Carlos Q. Ferreira -
antonio.carlos.q.ferreira@bakernet.com

Heloísa Uelze -
heloisa.b.uelze@bakernet.com

Paulo Sehn -
paulo.r.sehn@bakernet.com

Simone Dias Musa -
simone.d.musa@bakernet.com

Juliana de Sampaio Lemos -
juliana.s.lemos@bakernet.com

Marcos Vinícius P. Prado -
marcos.v.prado@bakernet.com

Rio de Janeiro:

Sérgio Pyrrho -
sergio.pyrrho@bakernet.com

Porto Alegre:

Claudio Moretti -
claudio.m.moretti@bakernet.com

Este informativo constitui apenas uma revisão geral das matérias tratadas e não se constitui numa opinião ou consulta jurídica.

For more information, please contact:

Trench, Rossi e Watanabe Advogados

São Paulo:

Antonio Carlos Q. Ferreira -
antonio.carlos.q.ferreira@bakernet.com

Heloísa Uelze -
heloisa.b.uelze@bakernet.com

Paulo Sehn -
paulo.r.sehn@bakernet.com

Simone Dias Musa -
simone.d.musa@bakernet.com

Juliana de Sampaio Lemos -
juliana.s.lemos@bakernet.com

Marcos Vinícius P. Prado -
marcos.v.prado@bakernet.com

Rio de Janeiro:

Sérgio Pyrrho -
sergio.pyrrho@bakernet.com

Porto Alegre:

Claudio Moretti -
claudio.m.moretti@bakernet.com

This e-alert is a general review of the subjects discussed above and does not constitute a legal opinion or legal consult.