

DIREITO TRIBUTÁRIO

ICMS E COFINS

A contribuição para financiamento da seguridade social, denominada de COFINS, foi instituída pela Lei Complementar nº. 70, de 1.991, estabelecendo que esta contribuição incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Posteriormente, através da Lei nº. 9.718, de 1998, intentou-se modificar esta base de incidência, dispondo em seu artigo 3º. § 1º, que se entenderia por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. No que diz respeito à integração de sua base de cálculo, previu este último diploma legal que se encontra em vigor, que nela não se inclui o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI --, e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal – ICMS --, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços, na condição de substituto tributário.

Estabeleceu-se desde suas edições, a celeuma relativa à integração ou não do ICMS na base de cálculo do COFINS. Esta celeuma tornou-se ainda mais acirrada, em face das disposições do acima mencionado artigo 3º, § 1º, da Lei nº. 9.718/98, que alterou de forma significativa sua base de cálculo, dizendo que a receita bruta para este fim, seria a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, dando a entender que nesta receita se integraria o ICMS. Em virtude da manifesta inconstitucionalidade desta norma, ela foi assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para impedir a incidência do tributo sobre as receitas não compreendidas no conceito de faturamento da Lei Comp. Nº. 70/01, cujo conceito de receita bruta foi mantido.

Em sua sanha arrecadatória, a União insiste em exigir dos contribuintes, que paguem imposto sobre imposto, como ocorre no COFINS. Vale dizer: que se incluía como se fosse receita, para fins de sua incidência, o ICMS. Porém, necessário se faz considerar-se que o princípio básico de surgimento da obrigação tributária principal, é o seu fato gerador, assim compreendida a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Considerando-se que ele ocorreu, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias matérias necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios.

Ora, a acima mencionada Lei Complementar nº. 70/01, define claramente o que se configura como receita, para fins do surgimento da obrigação correspondente ao COFINS, dizendo que ela incidirá sobre o faturamento, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. Por outro lado, o ICMS, é imposto, que incide justamente sobre a venda de mercadoria e sobre prestação de serviços, na forma constitucionalmente prevista, sendo sua instituição de competência dos Estados e do Distrito Federal, portanto, não podendo ser considerado receita de contribuinte, e sim dos referidos Estados e do Distrito Federal.

O fato de estar sendo cobrado, direta ou indiretamente, do adquirente de mercadorias ou serviços, não autoriza qualquer interpretação de que se integraria na receita do contribuinte, simplesmente porque ele é obrigado a recolher este imposto nas condições impostas pelos Estados, sob pena de sofrer pesadas sanções em caso de inadimplência.

Neste sentido já se pronunciou o Ministro Marco Aurélio, em sua relatoria no RE-240785, deduzindo que o COFINS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, a riqueza obtida com a realização da operação e não sobre ICMS. Este recurso encontra-se suspenso, em decorrência de Ação Declaratória de Constitucionalidade proposta pelo Presidente da República (ADC 18-DF), sendo que já votaram favoráveis ao contribuinte seis Ministros, sinalizando que será assentada a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS em questão.

Como está se tornando habitual, alguns profissionais se apresentaram em algumas empresas de nossa cidade, lhes propondo o levantamento e a compensação dos valores relativos ao ICMS que integraram a base de cálculo do COFINS; porém sem as devidas cautelas, e interessados muito mais em seus honorários, do que no direito daquelas contribuintes, as

orientaram a proceder ao auto-lançamento dos valores apurados, deles se compensando diretamente, sem previamente requererem o seu reconhecimento pelas Fazendas Públicas. Disto resultou em notificações de lançamentos dos valores não recolhidos, com aplicação de pesadas sanções, provocando execuções fiscais caso não cumpridas as obrigações exigidas nestas notificações.

Na hipótese de estarem sofrendo estas conseqüências, recomenda-se que exercitem seus direitos de ampla defesa, postulando pelo reconhecimento da ilicitude da incidência do COFINS sobre ICMS, cujo resultado favorável poderá ser em decorrência do julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal. Caso não seja por ele declarada esta inconstitucionalidade, devem propor ação indenizatória contra os profissionais ou escritórios que os induziram à compensação, deles exigindo que paguem todos os encargos sofridos em razão do não recolhimento da contribuição, cumulado com danos morais, pois, em sua esmagadora maioria, são empresas que nunca tiveram qualquer pendência com as Fazendas Públicas.

Dr. José Maria Duarte Freire
Especialista em Direito Tributário