

## MEMORANDO INFORMATIVO

### **A batalha judicial do ICMS na base de cálculo do Pis e da COFINS**

Um dos principais temas tributários debatidos hoje no País é o da exclusão do ICMS da base de cálculo do Pis e da COFINS, questão que interessa de perto a todas as empresas que sejam contribuintes destes três tributos.

Tramita no STF uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC nº 18) ajuizada pela própria União com intuito dirimir esse impasse. Decisão proferida nesta ADC havia suspenso, até o último dia 15 de outubro de 2010, todas as ações judiciais individuais que versavam a matéria. Acreditava-se, então, que o julgamento da ADC fosse retomado e concluído até aquele dia e, como isso não ocorreu, as ações individuais voltaram a tramitar normalmente. Por essa razão, acredita-se, agora, que a ADC deva voltar à pauta do STF a qualquer momento para julgamento definitivo.

Há boa perspectiva de julgamento favorável aos contribuintes, uma vez que cinco dos atuais dez Ministros da Corte já se pronunciaram nesse sentido por ocasião do julgamento já iniciado de uma ação individual (REExt nº 240.785), e que possivelmente será concluído juntamente com o julgamento da própria ADC.

Caso essa perspectiva se confirme e a tese dos contribuintes prevaleça, o benefício fiscal será bastante relevante, e será sentido tanto nos recolhimentos futuros do Pis e da Cofins, quanto na possibilidade de se restituírem ou compensarem os valores recolhidos a maior nos últimos cinco anos.

O próprio Governo estima que estas devoluções/compensações podem chegar a R\$60 bilhões, valor que tem sido usado pela Advocacia Geral da União como argumento ad terrorem junto ao STF, isto é, como apelo para que o Tribunal julgue a questão com motivações econômico-sociais (rombo nas contas públicas etc.) e não propriamente jurídicas.

Caso os Ministros do STF se sensibilizem com tal argumento, especula-se no meio jurídico-tributário que o Tribunal possa, a exemplo do que fez em recentes casos tributários de grande impacto, decidir pela modulação dos efeitos de sua decisão.

Essa modulação poderia ocorrer da seguinte forma: apenas as empresas que já houverem ajuizado ação até o julgamento da ADC fariam jus à devolução/compensação dos pagamentos passados, enquanto as empresas que não ajuizaram ação não poderiam mais fazê-lo, assistindo-lhes o benefício apenas para os recolhimentos futuros de Pis e Cofins.

Ante essa possibilidade, inúmeras empresas têm corrido ao Judiciário e ajuizado ações nos últimos dias, de modo a potencialmente assegurar o direito à devolução/compensação dos valores pagos a maior desde 2005.

Às empresas interessadas no assunto fica, pois, o alerta para que procurem assegurar judicialmente o direito à devolução/compensação dos valores pagos a maior nos últimos cinco anos, na hipótese de o STF decidir por eventual modulação de efeitos de sua decisão na ADC nº 18.