

Nesta sexta-feira, 27, o ministro Luiz Fux, do STF, pediu destaque e retirou do plenário virtual ação que decidirá se o ISS integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e a Cofins. Antes disso, o julgamento estava empatado em 4 a 4. Com o pedido, o caso será analisado pelo plenário em data a ser definida.

A ação

O recurso extraordinário foi interposto pela Viação Alvorada Ltda. contra decisão do TRF da 4ª região, segundo o qual o ISS integra a base de cálculo da contribuição para o PIS e a Cofins. A empresa pede exclusão do valor pago a título de ISS dessa base, invocando, analogicamente, a questão relativa ao ICMS.

Voto do relator

O caso começou a ser julgado em 2020, ocasião em que o relator, ministro aposentado Celso de Mello, proferiu seu voto no sentido de afastar o ISS da base de cálculo do PIS/Cofins. À época, Toffoli pediu vista e a análise do RE foi suspensa.

A tese proposta pelo relator foi a seguinte:

"O valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS, pelo fato de o ISS qualificar-se como simples ingresso financeiro que meramente transita, sem qualquer caráter de definitividade, pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte, sob pena de transgressão ao art. 195, I, ' b ', da Constituição da República (na redação dada pela EC nº 20/98)."

S. Exa. explicou que o valor arrecadado a título de ISS, por não se incorporar ao patrimônio do contribuinte, não integra a base de cálculo das referidas contribuições sociais, "notadamente porque a parcela correspondente ao recolhimento do ISS não se reveste nem tem a natureza de receita ou de faturamento, qualificando-se, ao contrário, como simples ingresso financeiro que meramente transita pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte".

Conforme Celso de Mello, tal como ocorre com o ICMS, o ISS é repassado ao município ou ao DF, dele não sendo titular o contribuinte, pelo fato de tal ingresso não se qualificar como receita que pertença, por direito próprio, a esse mesmo contribuinte: "Inaceitável, por tal razão, que se qualifique qualquer ingresso como receita."

A orientação que exclui o valor do ISS da base de cálculo PIS/Cofins, afirmou o ministro aposentado, vem sendo adotada tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais pátrios.

"Impõe-se a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, que constituem contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social, enfatizando-se que o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal - firmado em sede de repercussão geral a propósito do ICMS - revela-se inteiramente aplicável ao ISS em razão dos mesmos fundamentos que deram suporte àquele julgado."

Por fim, ministro Celso de Mello não conheceu do pedido de compensação tributária da recorrente, por ser matéria estranha ao âmbito do recurso extraordinário.

Veja o voto do relator.

Celso de Mello foi acompanhado por Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Divergência

Com a devolução da vista, o caso foi reinserto no plenário virtual, momento em que Toffoli abriu divergência. Eis a tese sugerida:

"O valor correspondente ao ISS integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao PIS e à COFINS."

O ministro lembrou que no RE 574.706, quando votou pela possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, ficou vencido na companhia de Fachin, Barroso e Gilmar Mendes.

"Em primeiro lugar, continuo convencido de que o ICMS integra a base de cálculo do PIS/COFINS. Não obstante, ressaltando o entendimento pessoal, curvo-me à orientação da Corte firmada no julgamento do Tema nº 69. Em segundo lugar, tenho, para mim, que a tese de 'o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS' não nos conduz à tese de que o valor correspondente ao ISS não integra a base de cálculo dessas contribuições."

No entendimento de Toffoli, no ISS não existe aquela técnica de arrecadação, que é própria do ICMS.

"O imposto municipal não está sujeito à não cumulatividade. Ademais, não é ele destacado na nota fiscal por força de sistemática de tributação igual ou análoga à citada (muito embora a Constituição estabeleça que a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços)."

Segundo S. Exa., dizer que o valor correspondente ao ISS embutido no preço não integra o patrimônio do prestador, porque irá servir para o pagamento desse tributo (sendo, assim, transferido ao município), é realizar interpretação econômica do contexto, e não interpretação jurídica, o que não se admite.

Leia o voto de Toffoli.

Toffoli foi acompanhado por Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso.

Processo: RE 592.616