



**MICHELONI**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

# Informativo Extraordinário



[secretaria@micheloni.com.br](mailto:secretaria@micheloni.com.br)



Av. Presidente Wilson, 228 4º  
andar Centro - Rio de  
Janeiro



[www.micheloni.com.br](http://www.micheloni.com.br)

# GOVERNO EDITA MP N.º 1.159/2023 PARA OBSTRUIR EFEITO DA DECISÃO DO STF, SOBRE A EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E PIS - MAS TRF2 CONCEDE LIMINAR PARA MANTER O ICMS NA APURAÇÃO DOS CRÉDITOS.

Conforme é de amplo conhecimento, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR o STF por Repercussão Geral, decidiu quanto a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais de saída, da base de cálculo do PIS e COFINS. Esta decisão de mérito de 2017 foi alvo de insistentes recursos pela Fazenda, razão pela qual o acórdão transitou em julgado apenas em setembro de 2021.

Entretanto, em função do impacto financeiro, o atual Governo, através do Ministro da Fazenda, apresentou um pacote de medidas que inclui a MP 1.159/2023, com vigência desde 1º de maio.

A MP teve como diretriz retirar os créditos de ICMS da base de cálculo das referidas contribuições, sob o pretexto de se adequar a decisão do STF. Porém a controvérsia é idêntica à já aduzida nos embargos de declaração e que foram rejeitados pelo STF na ocasião do julgamento do TEMA 69.

A “lógica” na exposição de motivos da MP é a de que se o ICMS destacado nas notas fiscais de saída não integram o preço da mercadoria, deve ser efetuada também a exclusão do imposto estadual na nota fiscal de aquisição.

Ocorre que o julgamento pelo STF em nada alterou a forma de apuração dos créditos das contribuições do PIS e da COFINS.

A tese já firmada foi no sentido de que o conceito constitucional de receita ou faturamento para fins de pagamento do PIS e da COFINS não comporta a parcela relativa ao ICMS, uma vez que o valor do referido imposto apenas transita pela contabilidade, não sendo patrimônio do contribuinte. O que se tributa na incidência das contribuições são as receitas oriundas do desenvolvimento das atividades do contribuinte, e não meros ingressos que devem ser repassados aos cofres públicos.

Nesse sentido, toda a discussão travada no STF foi relativa à base de cálculo das operações de saída, sendo certo que a relação jurídica do crédito é segregada da relação jurídica do débito, não havendo vinculação entre elas. Quanto ao ponto, em recente decisão liminar proferida pelo TRF da 2ª Região, foi registrado que:

“(…) entendo que o ICMS deve compor a base de cálculo do crédito do PIS e da COFINS, eis que se trata de um custo na aquisição. Ademais, o STF ao julgar o RE 574706 (Tema 69), trata unicamente da incidência do ICMS na base das contribuições, não estendo este entendimento aos crédito/entradas, não podendo, assim, o contribuinte ser lesado pela MP ° 1.159/2023.” (grifou-se)

Nesse sentido, a exclusão do ICMS das notas fiscais de saída, não autoriza a extensão à apuração dos créditos dessas contribuições, em razão da legislação de regência, em especial dos arts. 2º e 3º da Lei nº10.637/2002 e da Lei nº 10.833/2004.

Ocorre que a MP altera exatamente o §2º do art.3 da Lei nº 10.833/2003, nos seguintes termos:

“(…) 2º Não dará direito a crédito o valor:

III – do ICMS que tenha incidido sobre a operação de aquisição.”

Em que pese a alteração pelo Executivo, ainda sob pendência de aprova pelo Legislativo, em até 90 dias sob pena de não convalidação, há flagrante violação à sistemática de não-cumulatividade nos termos do art. 195, §º 12, da CRFB[1], elevando a carga tributária das empresas nas operações de entrada.

Oportuno ressaltar que a não-cumulatividade do PIS e da COFINS é diferente da não-cumulatividade do ICMS e do IPI, vez que aquelas não são incidentes sobre o quantum recolhido nas operações anteriores. No caso das contribuições o desconto incide sobre uma relação que enumera os tipos de créditos a serem descontados, tendo a MP implementado um regime diferenciado e incompatível. Além disso, o ICMS incidente na operação de aquisição compõe o custo da mercadoria e não pode ser segregado.

Ao que tudo indica, é evidente a inconstitucionalidade e ainda incompatibilidade entre os regimes, ensejando a MP o aumento da carga tributária de forma indevida.

A decisão do TRF da 2ª região registra o claro intuito do Poder Público em reduzir o alcance da vitória dos contribuintes:

“Estamos diante de um caso em que parece evidente a intenção do Poder Executivo de compensar a perda de arrecadação decorrente de decisão proferida no RE 574706 (Tema 69), julgado pelo STF.” (grifou-se)

[1] Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...) § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

**A equipe especializada da Micheloni Advogados está à disposição de seus clientes sobre o tema, podendo ainda acessar o site [www.micheloni.com.br](http://www.micheloni.com.br) ou o LinkedIn, [www.linkedinmicheloniadvogadosassociados](http://www.linkedinmicheloniadvogadosassociados).**

**Este informativo foi redigido meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerado opinião legal para qualquer operação ou negócio específico. Direitos autorais reservados a Micheloni Adv.**

**Advogados responsáveis pela redação e revisão:**

**Ricardo Micheloni da Silva  
Patricia Van der Put  
Marcus Vinicius Gontijo  
Beatriz da Silva Martinho  
Nadine Van der Put  
Pedro Henrique Freire**

**Av. Presidente Wilson, 228 – 4 andar  
Centro – Rio de Janeiro  
secretaria@micheloni.com.br  
(21) 97429-4347**