



## Na Mídia

28/08/2024 | [Migalhas](#)

### **STF: Gilmar vota a favor de ISS na base do PIS/Cofins; Mendonça contra**

Julgamento ocorria no ambiente virtual e foi retomado no plenário físico após pedido de destaque do ministro Luiz Fux. Placar é reiniciado.

Redação

Em sessão plenária nesta quarta-feira, 28, STF voltou a analisar se ISS integra a base de cálculo do PIS/Cofins.

O julgamento foi levado ao plenário físico após pedido de destaque do ministro Luiz Fux.

No plenário virtual, o placar estava empatado em 4 a 4, mas o pedido de destaque reinicia a votação, de modo que os pares podem alterar os posicionamentos. São mantidos apenas os votos dos ministros já aposentados (Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski).

Nesta quarta-feira, 28, ministro Dias Toffoli renovou seu voto, mantendo posicionamento divergente inaugurado no plenário virtual. S. Exa. entende que o ISS incide na base de cálculo do PIS/Cofins. Toffoli foi acompanhada pelo ministro Gilmar Mendes.

Já ministro André Mendonça votou conforme o relator, ministro Celso de Mello, pela exclusão do ISS da base de cálculo.

Veja o resultado até o momento:

## ISS integra base de cálculo de PIS/Cofins?

|                      | Sim | Não |
|----------------------|-----|-----|
| Alexandre de Moraes  |     |     |
| Cármen Lúcia         |     |     |
| Dias Toffoli         | X   |     |
| Edson Fachin         |     |     |
| Gilmar Mendes        | X   |     |
| Celso de Mello       |     | X   |
| Luís Roberto Barroso |     |     |
| Luiz Fux             |     |     |
| Ricardo Lewandowski  |     | X   |
| André Mendonça       |     | X   |
| Rosa Weber           |     | X   |

Created with [Datawrapper](#)



STF retoma julgamento da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/Cofins. (Imagem: Rosinei Coutinho/STF)

### Caso

O recurso 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 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.

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 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)."

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.

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

Celso de Mello foi acompanhado no plenário virtual pela ministra Cármen Lúcia e pelos ministros, atualmente aposentados, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Ministro André Mendonça seguiu o relator ao votar na tarde desta quarta-feira, 28.

Veja o voto do relator.

#### **Divergência**

Com a devolução da vista, o caso foi reinserido 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.

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

"O imposto municipal não está sujeito a 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.

Toffoli foi acompanhado no plenário virtual por Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso.

Nesta quarta-feira, 28, ministro Gilmar Mendes .

Leia o voto de Toffoli.

#### **Sustentação da empresa**

Em nome da Viação Alvorada Ltda., o advogado Heron Charneski, do escritório Charneski Advogados, enfatizou a relevância histórica do julgamento. O advogado fez análise abordando a evolução do debate, iniciado em 2006, e destacou como, ao longo dos anos, a jurisprudência do STF foi se consolidando em torno da exclusão do ICMS, o que resultou no precedente conhecido como a "Tese do Século", estabelecido no tema 69 de repercussão geral.

Questionou a existência de regras de tributação distintas para empresas que operam exclusivamente dentro dos limites municipais e para aquelas que prestam serviços intermunicipais ou interestaduais. Afirmou que a diferenciação fere o princípio da isonomia e da uniformidade geográfica da tributação, criando tratamento desigual que não encontra respaldo na CF.

Outro argumento apresentado foi a distinção entre o conceito de receita ou faturamento. O advogado destacou que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos que não representam um acréscimo patrimonial positivo para as empresas, mas obrigações que são automaticamente direcionadas ao erário público. Dessa forma, incluí-los na base de cálculo do PIS e da Cofins seria, segundo ele, inconstitucional.

O advogado também abordou a importância da estabilidade jurídica e da segurança do sistema de precedentes. Argumentou que a manutenção de interpretações divergentes sobre temas já pacificados pelo STF gera insegurança e instabilidade no sistema jurídico. Defendeu que o tema 118 não deve ser visto como uma simples extensão do tema 69, mas sim como uma questão de igual importância e relevância, uma vez que ambos têm origem no mesmo conceito constitucional de receita e faturamento.

Ao final, reforçou que a exclusão do ISS e do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins não transforma essas contribuições em tributos sobre a renda ou o lucro, mas sim em uma aplicação correta do conceito de receita conforme determinado pela Constituição e pela jurisprudência do STF.

### **Defesa da União**

Em sustentação oral, a procuradora da Fazenda Nacional, Patrícia Grassi Osório, esclareceu que há uma confusão entre o contribuinte do tributo (prestador de serviço) e a possibilidade de repasse do ônus econômico do ISS ao consumidor.

Segundo ela, o ISS não impõe obrigação jurídica de repasse do tributo ao valor da fatura do serviço, seja embutido ou destacado. O prestador pode, por questões de mercado, optar por repassar ou não esse ônus, que é puramente econômico e sem efeitos jurídicos.

O ISS recai sobre o patrimônio do prestador e deve ser tratado como despesa tributária, independentemente do pagamento pelo consumidor. Mesmo mencionado na nota fiscal, o ISS não altera a condição de contribuinte do prestador, e o adquirente paga apenas o preço do serviço.

Esse entendimento está consolidado no STJ, especialmente no REsp 1.330.737. Diferente do ICMS, que exige o repasse para garantir a não cumulatividade, o ISS permite o repasse como uma escolha econômica, sem gerar crédito para o adquirente.

Portanto, defendeu que não se aplicam os precedentes do tema 69 ao ISS, dada sua natureza distinta da do ICMS.

### **Manifestação de amici curiae**

Representando a CNS - Confederação Nacional de Serviços como amicus curiae, o advogado Alexander Andrade Leite, da banca Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia, defendeu que a noção de colegialidade é essencial no caso em análise, especialmente para garantir a preservação da posição já estabelecida pelo STF no tema 69.

Ele argumentou que a questão da cumulatividade não deve ser usada para separar os assuntos, destacando que as empresas confiaram que o precedente do tema 69 seria respeitado, e que a interpretação sobre o conceito de faturamento seria mantida.

Também ressaltou que a posição do ministro Og Fernandes, do STJ, mencionada pela União, já foi superada. Ele enfatizou que não podemos admitir uma interpretação que não seja isonômica, permitindo que contribuintes em situações semelhantes sofram diferentes tipos de tributação.

Em nome da CNSaúde - Confederação Nacional de Saúde, Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, o advogado Breno Ferreira Martins Ferreira Vasconcelos, do escritório Mannrich e Vasconcelos Advogados, destacou que a prosperidade e o desenvolvimento econômico de um país estão atrelados a instituições estáveis e bem desenhadas, como o direito de propriedade, sufrágio universal, pluralismo político e um Judiciário independente. Segundo ele, essas instituições são fundamentais para o bem-estar social e a segurança jurídica.

O causídico frisou que o Direito é a materialização das regras do jogo em sociedade, definidas pelo parlamento ou pelo STF, e que o respeito aos precedentes é indispensável, especialmente quando a opinião do magistrado diverge. Ele ressaltou que os precedentes garantem segurança jurídica, isonomia e eficiência no Judiciário, reforçando a legitimidade desse Poder.

Mencionou ainda o art. 926 do CPC, que exige a uniformização da jurisprudência pelos tribunais para mantê-la íntegra. Destacou que os fatos relevantes, a questão jurídica submetida, o fundamento determinante e a solução adotada devem ser consistentes em casos semelhantes.

**Por sua vez, representando a Brasscom - Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e de Tecnologias Digitais, a advogada Angela Baeta Neves, da banca Demarest Advogados, apresentou parecer econômico da consultoria Tendências sobre o impacto econômico do tema em discussão.**

Ela apontou a similaridade entre os tributos ISS e ICMS, ambos ad valorem sobre a atividade econômica, com arrecadação variável conforme o montante circulado ou a quantidade de serviços prestados. Ambos incidem sobre o faturamento de empresas do setor de serviços.

A causídica afirmou que o estudo também demonstrou que, apesar das diferenças técnicas e de contabilização dos tributos, essas peculiaridades não são suficientes para torná-los economicamente distintos.

Ressaltou que setores como o da construção civil, com grande capacidade de gerar atividade econômica, seriam fortemente impactados, e que a coerência nas regras de arrecadação resultaria em ganhos econômicos e sociais.

Segundo o estudo apresentado, eventual diminuição imediata na arrecadação seria compensada pelo impacto positivo na economia, com os recursos economizados redirecionados para consumo, poupança, aumento de empregos e, conseqüentemente, maior arrecadação futura.

### **Coerência interna**

Ao proferir seu voto, ministro André Mendonça destacou que, em busca de coerência interna e integridade da jurisprudência do STF, considerou imperativo estender as mesmas conclusões da "Tese do Século" para o caso do ISS.

Com base na jurisprudência da Corte quanto ao art. 195, I, alínea "b" da CF, subscreveu o voto do ministro Celso de Mello.

Mendonça compartilhou o entendimento de que "o valor arrecadado a título de ISS, por não se incorporar definitivamente ao patrimônio do contribuinte, não integra a base de cálculo das contribuições sociais referentes ao

PIS e à Cofins, especialmente porque a parcela correspondente ao recolhimento do ISS não se caracteriza como receita ou faturamento, mas sim como um simples ingresso que meramente transita pelo patrimônio e pela contabilidade do contribuinte".

Quanto aos efeitos da decisão, o ministro esclareceu que, em relação aos valores ainda não recolhidos ou não convertidos em renda, mesmo que por decisão judicial não definitiva, não há incidência do PIS/Cofins.

No que tange aos créditos tributários já extintos, devido ao excepcional interesse social e à preservação da integridade do ciclo orçamentário, o ministro propôs a modulação dos efeitos da decisão, atribuindo-lhes efeitos prospectivos a partir da publicação da ata de julgamento.

Ao final votou por dar provimento ao recurso unicamente para excluir da base de cálculo das contribuições referentes ao PIS/Cofins o valor arrecadado a título de ISS, nos termos do voto do relator, com a devida modulação dos efeitos.

Ainda, aderiu à tese de julgamento do relator, mas, propôs outra, mais suscinta, na hipótese de reabertura da discussão da tese, nos seguintes termos:

"O ISS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS/Cofins."

Processo: RE 592.616