



**IX CONGRESSO DE DIREITO
TRIBUTÁRIO DO PARANÁ**

08 A 10 DE AGOSTO DE 2018

SEDE DA OAB | CURITIBA | PR

**EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE
CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO PIS E DA
COFINS: MODULAÇÃO DOS
EFEITOS NO STF**

JÚLIO M. DE OLIVEIRA

SUMÁRIO

- EVOLUÇÃO DO TEMA NO JUDICIÁRIO
- REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA UNIÃO
- MANIFESTAÇÃO ORAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
- MODULAÇÃO DOS EFEITOS
 - PREVISÃO LEGAL
 - ART. 927, §3º DO CPC/15
 - ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE
 - INTERESSE SOCIAL
 - SEGURANÇA JURÍDICA
 - MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
 - CENÁRIO ATUAL



EVOLUÇÃO DO TEMA NO JUDICIÁRIO

- **1992** → Súmula 68 do STJ: “*a parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS*”;
- **1994** → Súmula 94 do STJ : “*a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL*”;
- **1996 e 1997** → recursos extraordinários não conhecidos pelo STF por considerar que a matéria seria infraconstitucional;
- **1999** → início do julgamento do **RE 240.785**;



EVOLUÇÃO DO TEMA NO JUDICIÁRIO

- **2007** → foi proposta a **ADC 18**;
- **2008** → reconhecida a repercussão geral da matéria do **RE 574.706/PR**;
- **2008** → deferida a medida cautelar na **ADC 18 MC** para suspender o julgamento das demandas análogas, tendo sua eficácia cessado em 2010;
- **2014** → O Plenário do STF concluiu o julgamento do **RE 240.785**, prevalecendo a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS, uma vez que não faz parte do conceito de faturamento;



EVOLUÇÃO DO TEMA NO JUDICIÁRIO

- **2015** → 1ª Seção do STJ no Resp 1.330.737/PR: o valor relativo ao ISS compõe o conceito de faturamento para fins da incidência do PIS e da COFINS;
- **2016** → 1ª Seção do STJ no Resp 1.144.469/PR - recurso repetitivo:

“o artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica”.



EVOLUÇÃO DO TEMA NO JUDICIÁRIO

- 2017 → O Plenário do STF no RE 574.706/PR, por maioria de votos (6x4), favoravelmente à pretensão dos contribuintes, firmou a tese de repercussão geral nº 69:

“O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”.



REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA UNIÃO

- Alteração do entendimento histórico dos tribunais a respeito do conceito constitucional de “faturamento”, promovendo profundas alterações no sistema jurídico tributário, notadamente por sua repercussão sobre outras exações;
- Impacto financeiro nas contas públicas: *“realisticamente, ser extremamente difícil estimar tais dados com precisão”* (fl. 19 dos embargos de declaração);



REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA UNIÃO

- **Transferências aleatórias de riqueza social:** para compensar os impactos orçamentários com as restituições, a União:
 - aumentaria as alíquotas das contribuições;
 - se endividaria; ou
 - ficaria inerte, deixando que a inflação realizasse o ajuste necessário.

A redistribuição dos recursos se daria em desfavor do contribuinte em geral e dos futuros beneficiados pelo regime de seguridade social.



REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA UNIÃO

- Dificuldades operacionais para a aplicação retroativa do entendimento: “a Receita Federal do Brasil não dispõe de dados para aplicar a decisão em questão de forma puramente retroativa, adequadamente” (fl. 22 dos embargos de declaração).



MANIFESTAÇÃO ORAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, *verbis*:

“Por fim, me impressionou muito o pronunciamento do advogado da Fazenda Nacional. Ele quase me convence de que se pagarmos mais impostos pagaremos menos. E que se pagarmos menos impostos, pagaremos mais. Eu quase acreditei na tese, Sra. Presidente, mas não é possível. Há uma contradição em termos nessa sustentação oral”.

Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=tGpANl1ltAY>,

acesso em 25/07/2018.



MODULAÇÃO DOS EFEITOS - PREVISÃO LEGAL

- Declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo → art. 27 da Lei nº 9.868/99;
- Alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos → art. 927, §3º do CPC/15;
- O STF interpretou o conceito constitucional de “faturamento” para fins da incidência das contribuições ao PIS e à COFINS → art. 927, §3º do CPC/15;



ART. 927, §3º DO CPC/15

*“Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, **pode** haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.*



ART. 927, §3º DO CPC/15

“A modulação dos efeitos de decisão que altere compreensão iterativa do STF é faculdade processual do Plenário desta Corte, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica. Não há, então, relação de causalidade entre a mudança de entendimento e a adoção da técnica do prospective overruling”.

Min. Edson Fachin, RE 593849 ED-SEGUNDOS / MG (ICMS - Substituição Tributária), DJ 21/11/2017



ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

- Proteção da confiança legítima;
- Ausência de identidade entre os objetos das decisões cotejadas;
- No RE 574.706/PR o STF apenas **ratificou** o entendimento anteriormente firmado sobre o conceito de faturamento no julgamento do RE 240.785/MG;



INTERESSE SOCIAL

- A proteção dos direitos fundamentais e o reforço dos próprios valores da Carta Magna;
- O impacto orçamentário → se isoladamente considerado não autoriza a modulação dos efeitos;
- Modulação dos efeitos do RE 556.664/RS (prazo decadencial das contribuições sociais) → segurança jurídica;



SEGURANÇA JURÍDICA

- **Certeza do direito** → assegurada através da aplicação *ex tunc* de um entendimento já consolidado;
- Para quem? **Estado ou Contribuinte?**
- Eventual modulação não alcança os casos já judicializados (RE 556.664, 559.882 e 560.626).



MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

- Ministro Cezar Peluso, nos autos do RE 363.852/MG, alertou que a

*“(...) modulação de efeitos em matéria tributária, na prática implica, pura e simplesmente, **abolição do instituto de repetição do indébito**. Se, em todos os casos de decisão de inconstitucionalidade, em matéria tributária, o Tribunal dispuser que só valerá dali para a frente, a repetição de indébito tributário e a prescrição não servem para mais nada!”*

RE 363.852, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ 23/4/2010



MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

- **Decadência e Prescrição** → simplificar e outorgar **segurança jurídica** ao contínuo, complexo e incessante processo de aplicação do direito, especialmente quanto ao “tempo”;
- **Modulação dos efeitos** → garantir **segurança jurídica** aos casos para os quais o direito não garantiu formas de lidar com o tempo.



CENÁRIO ATUAL

- Oposição de Embargos de Declaração requerendo o sobrestamento do julgamento em cada processo;
- TRF e STJ → não acolhimento dos pedidos de sobrestamento e aplicação imediata do entendimento do RE 574.706/PR; e
- STF → aplicação de multa por litigância de má-fé nos recursos apresentados pela Fazenda Nacional (RE 440.787 e 352.759).



MUITO OBRIGADO!

JÚLIO MARIA DE OLIVEIRA

joliveira@machadoassociados.com.br



BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Fábio Martins de. *A ADC 18 e a Modulação Temporal dos Efeitos: Por que a Eventual Decisão acerca da Inconstitucionalidade da Inclusão da Parcela do ICMS na Base de Cálculo da Cofins e do PIS na ADC nº 18 não deve ter Efeito ex nunc em Benefício da Fazenda Nacional*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Ed. Dialética, n. 166, jul 2009, p. 61-77;

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

ÁVILA, Humberto. O ICMS na Base do PIS e da Cofins: Incompetência, Iniquidade e Desigualdade. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, n. 195, dez 2011, p. 58-68;

_____, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 3ª Ed., 2014;

BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 7ª Ed., 2016;

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed., 2016;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 5ª Ed., 2015;



BIBLIOGRAFIA

DIDIER JR, Freddie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, vol. 2. Salvador: JusPodivum, 10ª ed. 2015;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões vinculantes*. Revista de Processo, vol. 100/2000, p. 166-185;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2017;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2017;

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MACEDO, Alberto *et al.* *Sistema tributário brasileiro e a crise atual*. São Paulo: Noeses, 2009;

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011;

SANTI, Eurico de. Parecer sobre “Modulação de efeitos no controle de constitucionalidade de normas que instituem tributos: Na jurisprudência do STF, a segurança jurídica está em respeitar a legalidade como limitação constitucional ao poder de tributar”.

