

**“O ICMS está fora” -
O julgamento do RE 574.706 pelo STF
e seus impactos sobre o contribuinte**

Fábio Martins de Andrade

RE 574.706

ANDRADE
ADVOGADOS
ASSOCIADOS

Pedido: “Ante o exposto, requer a recorrente o provimento do presente recurso extraordinário para, observado o disposto no art. 195, I, ‘b’, da Constituição Federal, determinar a exclusão da parcela referente ao ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, cessando assim a contrariedade verificada no acórdão atacado ao dispositivo constitucional em questão, por ser medida de JUSTIÇA!!!” (fl. 123).

Acórdão: “Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. Pendência de julgamento no Plenário do STF do RE 240.785” (DJe 16.05.2008).

Parecer MPF: pelo provimento do RE.

Julgamento de mérito

Voto Min. CL:

Conceito de faturamento (jurisprudência do STF) + RE 240.785;

Doutrina: sujeito passivo não fatura ICMS + não cumulatividade + compensação + ingresso de caixa x receita bruta/faturamento (“ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições” – Aliomar Baleeiro e Ricardo Mariz de Oliveira).

Decisão: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Min. Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte **Tese**: “*O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS*” (cf. ata da sessão de 15.03.17 constante no *website* do STF).

Julgamento de mérito

Voto do Min. EF:

Conceito de faturamento = somatória das receitas resultantes das atividades empresariais.

Ingresso em geral x receita bruta.

Ruptura no sistema da Cofins.

ICMS “por dentro” + incidência tributária sobre tributo.

+

Voto do Min. GM:

Jurisprudência do STJ.

Conceito constitucional de faturamento e inviabilidade de interpretação da Constituição conforme as leis.

ICMS “por dentro”.

Consequências do julgamento (ruptura no sistema tributário).

= mudança de jurisprudência? (RREE 212.209 e 582.461).

E modulação?

Pleito do PGFN (da tribuna – pendente oposição de ED):

“Por fim, Senhores Ministros, a Fazenda Nacional (...) solicitamos a modulação de efeitos da decisão, para que os efeitos da decisão sejam produzidos apenas a partir de 1º de janeiro de 2018. Os valores envolvidos (...) é de 20 bi ao ano, 100 bi nos últimos 5 anos e 250 bi se levarmos em consideração o período de 2003 a 2014. São valores expressivos, obviamente, fundamentam o pedido de modulação de efeitos. Mas por que a partir de 01.01.2018? (...) a Lei de Responsabilidade Fiscal, (...) dispõe que a LDO anualmente estabeleça uma meta de superávit, melhor dizendo, uma meta de resultado primário e nominal. A meta de resultado primário deste ano é de negativa de 139 bi. (...). Esses valores que eu mencionei, de impacto econômico, obviamente, não estão previstos nessa meta. A lei de responsabilidade tem como um valor embutido nela o equilíbrio das contas públicas.

Nós vamos perceber esse valor nos vários dispositivos que a LRF contém, mas eu faço especial menção aqui ao artigo 14 da LRF que diz: ‘Quando há uma desoneração tributária, deve haver no ano em curso um aumento proporcional de tributos’, justamente para que não haja desequilíbrio nas contas públicas.

Obviamente que não cabe ao Supremo, (...) impor um aumento de carga tributária, que é um dispositivo relacionado ao legislador. Mas pode o Supremo sim, determinar que os efeitos da sua decisão que terão o impacto dessa monta apenas sejam produzidos após o período que permita que o Poder Executivo e que o Poder Legislativo discutam, aprovem, sancionem, publiquem, entrem em vigor, cumpram os princípios constitucionais como o da anterioridade mitigada, uma lei que venha a recompor essa perda de arrecadação.

É possível, a nosso ver, atende ao dispositivo legal não só da LRF, mas também o que trata da modulação de efeitos, o pedido que nós fizemos: de que em face de um impacto financeiro, o impacto econômico desta monta, o Supremo possa sim considerar, na hipótese remota de uma derrota da União, modular os efeitos nos termos aqui solicitados” (transcrição livre do vídeo ref. ao **juízo**, captado no Youtube).

E agora? Próximos passos

Atual status:

Ata de julgamento publicada em 20.03.2017, com a proclamação do resultado final alcançado sobre o mérito no julgamento de 09 e 15.03.2017.

Aguarda-se a disponibilização/**publicação do acórdão**. Previsão?

Passos seguintes:

Oposição de ED pela PGFN contemplando certamente a questão específica referente à modulação (a partir de 01.01.2018) +

Resposta da Recorrente + memoriais +

Inclusão em pauta +

Julgamento (Min. AM) +

Publicação +

Trânsito em julgado. Previsão?

Argumentos contrários à FN

1) O argumento econômico do rombo nas contas públicas não deve nortear o julgamento sobre modulação, mas corroborar ou subsidiar os argumentos jurídicos centrais na tomada de decisão (cf. “Modulação em Matéria Tributária: O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF”).

2) Segurança jurídica x segurança orçamentária, pecuniária ou financeira: “Segurança jurídica tem a ver com o Direito, não com o dinheiro”. “Por fim, é preciso dizer que a perda de arrecadação com a declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições não é fundamento para a manutenção dos efeitos pretéritos de lei inconstitucional. O fundamento é a segurança jurídica, não a segurança orçamentária. Fosse a perda da arrecadação fundamento para manter efeitos de leis inconstitucionais, quanto mais gravosa fosse a lei, e maior fosse a arrecadação dela resultante, maior seria a chance de ela ser mantida. Quanto mais inconstitucional ela fosse mais chance teria de ser declarada... Constitucional! Seria a institucionalização do princípio do quanto pior, melhor” (Prof. Humberto Ávila).

Argumentos contrários à FN

3) Inércia da União, desde 2014 (conclusão do RE 240.785), 2006 (com a maioria absoluta de 6x1), 2008 (com o reconhecimento da RG do RE 574.706), 1999 (com a afetação do RE 240.785 ao Pleno) e 1993 (com as primeiras ações questionando a espúria sistemática).

4) União se aproveitaria de sua própria “torpeza”: ADC 18 (manobra processual) + inércia mesmo diante dos fatos acima + “apropriação indébita”.

5) STF como “segunda instância” do Governo > mensagem pedagógica.

6) Mudança de jurisprudência em relação ao STJ: diante dos fatos acima, a jurisprudência do STJ restou superada há bastante tempo, ainda que constante e até recentemente reafirmada (RESp. 1.330.737 para ISS, DJe 14.04.2016 + RESp. 1.144.469 para ICMS, DJe 02.12.2016).

7) Números mágicos e sem comprovação, mas contingenciados e mapeados pelo Anexo V de Riscos Fiscais da LDO/2017 (Lei 13.408, pub. 27.12.2016) + o suposto rombo não seria imediato, mas nos próximos anos (ver adiante).

Argumentos contrários à FN

8) Retrocesso de + 200 anos no processo civilizatório, ao devolver à relação tributária a odiosa característica de uma relação de poder, e não de uma relação jurídica (Prof. Humberto Ávila).

9) A injeção do \$\$\$ estacionado - em razão do litígio - na Economia viria na linha da política econômica, com o reinvestimento na indústria e comércio, contratação de pessoal e até mesmo distribuição de dividendos, com a necessária circulação de riqueza (Parecer Dr. Raul Velloso).

10) Precedente aplicável: *“São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”* (RREE 560.626, 556.664 e 559.882, Min. GM) + *“Declaração de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991”* (RREE 559.943, Min. CL).

Desdobramentos

(nos últimos 3 meses)

ANDRADE
ADVOGADOS
ASSOCIADOS

STF:

- RE 574.706: petições (certidão, notas taquigráficas, trânsito)
- MA decidiu monocraticamente vários a partir do julgamento:
RREE 330.582, 362.057, 363.988, 370.218, 414.991, 439.482, 440.787,
476.138, 504.898, 521.326, 535.019, 545.162, 545.163 etc. (**AgR da FN**)
- ISS (RE 592.616 – CM)
- CPRB (RE 1.034.004 – Parecer do PGR)
- Retorno dos autos à origem:
ICMS (RE 1.041.841 – CL) + ICMS (RE 1.039.698 – DT) +
CPRB (RE 1.028.440 – RB) + CPRB (RE 943.804 – DT) +
CPRB (RE 1.050.232 – GM) + ISS x CPRB (RE 1.021.180 – EF).

Desdobramentos

(nos últimos 3 meses)

ANDRADE
ADVOGADOS
ASSOCIADOS

STJ:

- 1ª Turma unânime (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho) +
- dec. monocrática do Min. Mauro Campbell Marques (RESp. 1.658.442) > agravo interno da empresa provido para determinar novo julgto do recurso +
- ICMS x CPRB (Min. Napoleão) > AgR. da FN (AREsp. 1.038.346) +
- VP (Min. Humberto Martins) > manteve o sob. do Ag 1.407.238 +
- ISS x PIS/Cofins: 1ª Turma decidiu aguardar a pub. do acórdão do STF.

Desdobramentos

(nos últimos 3 meses)

ANDRADE
ADVOGADOS
ASSOCIADOS

TRFs:

1ª Região > 4ª, 6ª, 7ª e 8ª T aplicam o precedente x Presidente e 3ª T aguardam pub. do acórdão.

AR na 4ª Turma, por unanimidade, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso.

2ª Região > 3ª e 4ª Turmas aplicam o precedente.

3ª Região > 3ª T aplica x 4ª e 6ª T e Pres. aguardam a pub. do acórdão + 2ª T não vem aplicando para CPRB. Há dec. monocráticas favoráveis, inclusive para CPRB.

4ª Região > 1ª e 2ª T aplicam.

5ª Região > 1ª, 2ª, 3ª e 4ª T aplicam.

Justiça Federal

A partir do julgamento, liminares e sentenças de acordo com o precedente.

(CONVERGÊNCIA CRESCENTE DEPOIS DO *LEADING CASE*)

Questões interessantes:

- Impacto em outras discussões:

- ISS x PIS/COFINS (RE 592.616 – CM) +
- ICMS x CPRB (RE 1.034.004 – Parecer PGR) +
- ISS x CPRB (RE 1.021.180 – EF)

- ADC 18 (SC Disit/SRRF 06 nº 6.012, pub. 04.04.17):
tende a perder o objeto ou ser decidida monocraticamente.

- Lei 12.973/14 – está abarcada.

- Art. 166 do CTN – Não impacta (cuida de tributos indiretos x PIS/COFINS).

- Ação rescisória x modulação: incabível (RE 593.849).

- Cuidados: crise política x atual composição.

Questões interessantes:

- Cálculo

O valor que efetivamente reflete na base de cálculo do PIS/COFINS (ag. acórdão)

- Redução do benefício na hipótese de aproveitamento de créditos

Não, vez que o crédito tem outro fundamento de validade (art. 3º das leis).

- Aplica-se ao PIS/COFINS-Monofásico? Quem teria direito ao crédito?

Sim; o importador ou o fabricante.

- Importação, compra por conta e ordem de terceiros e ICMS-ST

Não altera a necessidade de exclusão, vez que está embutido no faturamento de quem vende a mercadoria, independente de quem pagar o ICMS.

- Mudança de prognóstico? Perfil conservador x ousado (caso a caso).

- Reversão/baixa de provisão? É uma questão interna da empresa.

- E quem não entrou com ação? Corra!!! (efeito limitado do *leading case*)

Questões interessantes:

- Mudança jurisprudencial – Não há! (*quorum*)

Conceito constitucional de faturamento (RREE 150.755, 150.764,
Mesmo tema (RE 240.785); ADC 01 e 357.950);
ICMS “por dentro” (RREE 212.209 e 582.461);
STJ (Súmulas 68 e 94 + RESp. 1.330.737 e RESp. 1.144.469).

- Realização financeira pelos contribuintes (a partir do TJ de cada caso específico):

Pedido de habilitação e compensação (3-5 anos de contencioso adm +
10 anos de contencioso judicial) – outra questão (matéria de prova).
Precatórios (x compensação, cf. EC 62/09 modulada – ADI 4.357);
Levantamento de depósitos efetuados (\pm 1 ano).

- **Muito obrigado pela ATENÇÃO!**

Contatos:

fandrade@andrade.adv.br

Tel.: (11) 3704 3710