



PIS e Cofins no STF: o Brasil em busca da verdadeira segurança jurídica

Robinson Vieira, Renato Aparecido Gomes, Renata Martins Alvares, Nicolau A. Haddad Neto, Othon Teobaldo Ferreira Junior e Luis Antonio Scavone Junior*

26 de abril de 2021 | 06h30



Supremo Tribunal Federal. FOTO: DIDA SAMPAIO/ESTADÃO

Já é sabido que, após longuíssima espera, o STF pautou para o próximo dia 29/04 o julgamento do recurso extraordinário n. 574.706-PR, relativo à exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições conhecidas como COFINS e PIS, recurso esse já analisado por dez Ministros: Cármen Lúcia (relatora), Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, o qual, com sua aposentadoria, foi substituído por Cássio Nunes Marques, que, desde o fim de 2020, passou a compor a Corte Suprema, então já complementada por Alexandre de Moraes.

Denominada, não sem grande apelo fazendário, como a “tese do século”, sobre ela serão julgados “embargos de declaração”, opostos pela Fazenda Nacional que, é bom que se diga, mais parece recurso de revisão do julgado, como já mencionado alhures por outros comentaristas e pessoas interessadas no desfecho de tal embate, mercê de seus pleitos.

Certo é, no entanto, que a despeito da sua utilização para muito além dos seus estritos limites legais, os referidos embargos declaratórios têm, efetivamente, potencial para causar verdadeiro caos no ambiente jurídico institucional do país ante as tremendas, e quase insondáveis, consequências que podem advir da conclusão e desfecho que o STF vier a adotar.

Aliás, esse risco foi recentemente muito bem apontado em manifestação endereçada ao Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, elaborada pelo Colégio de Presidentes das Comissões de Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (*veja abaixo*), fato que, inclusive, órgãos de defesa da Fazenda Nacional insistiram em desconsiderar, brandindo absurdamente em manifestações pela ineficácia dos julgamentos já consagrados pela Corte Suprema, unânimes a favor do pleito dos contribuintes, sem qualquer modulação e todos produzidos por nosso Tribunal Maior em sua composição plenária.

Documento

MANIFESTAÇÃO



A julgar pelas últimas manifestações da Suprema Corte, vê-se que seu padrão decisório vem sendo guiado pelo que a doutrina tem denominado como *ativismo judicial*, já tão criticado, mas que se mostra a cada dia fortalecido e, mais que isso, estendido, ganhando incríveis ares de autêntico *leitmotiv* da própria existência do Poder Judiciário. Em verdade, tem-se visto um acelerado abandono dos parâmetros que marcaram e marcam as próprias linhas do desenho institucional-constitucional daquela Corte. Tem-se surpreendido com um remanejamento de seus limites, o que por vezes a faz adentrar os movediços campos da política, tudo – e lamentavelmente se deve dizer! – sob a justificativa de uma urgente e pretensa segurança jurídica, de fato, a verdadeira vítima do atual estágio que cerca o Poder Judiciário brasileiro.

E não têm faltado sofismas acerca da evidência de que base de cálculo do PIS e da COFINS só poder ser concebida sem o ICMS, construções sofisticadas que tentam justificar o injustificável. É o que, *data venia*, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Ricardo Soriano, não se corou em fazer, com manifestação tornada pública em 17/4/21 pela mídia. Mesmo com todas as vênias que o representante da Fazenda Nacional nos merece, não há como sustentar suas construções, por qualquer ângulo que sejam examinadas. Defendera a modulação para que o STF só permita que os efeitos naqueles tributos sejam para frente, alegando que houvera mudança de jurisprudência sobre a questão. Mas, para fundamentar isso, evocara duas vetustas súmulas do STJ, uma de fevereiro de 1994 (súm. 94) e outra de dezembro de 1992 (súm. 68). Contudo, omitira que o STJ só tinha e tem competência para tratar de temas infraconstitucionais e que a questão em referência fora oficialmente encampada pelo STF desde 1998, por reconhecer que se tratara de temática exclusivamente constitucional. Acrescente-se a isso, o fato de que o Supremo proferira a primeira maioria sobre o tema no RE 240.785-MG, em 24/8/2006, ou seja, há praticamente 15 anos! De lá para cá, mesmo com o entra e sai de Ministros e com a consequente diversidade de composições da Corte Maior, esta sempre se manteve com a mesmíssima posição. Portanto, insustentável a tese fazendária, pois que nunca houvera alteração de jurisprudência constitucional, ao menos até agora!

Acenara ainda o procurador fazendário com a famigerada cifra 258,3 bilhões de suposto prejuízo para a União, monta que pretensamente seria mitigada com modulação. Entretanto, esquecera que nunca se produzira prova do cálculo utilizado para o suspeito número; apenas se afirmara que referir-se-ia ao total das empresas brasileiras, o que muito longe está da realidade, uma vez que apenas uma parca parcela dos contribuintes ajuizara sua ação judicial até hoje. Mais ainda. Olvidara que o aumento-recorde de arrecadação tributária em janeiro e fevereiro deste ano, amplamente festejado pela Secretaria da Receita Federal e pelo Ministério da Economia, devera-se justamente à redução da tributação do PIS e da COFINS em razão das compensações realizadas em 2020, reduzindo-se os tributos federais dos contribuintes com os respectivos créditos de ações transitadas em julgado sobre a exclusão do ICMS daqueles tributos, comprovando uma vez mais que a Curva de Laffer^[i] é realidade incontestável, porquanto, em relação ao PIB, a carga tributária brasileira baixara de 35,17%,

em 2019, para 31.6%, em 2020. Pode-se, em verdade, dizer, que se saber por praticamente 15 anos em todo o Judiciário que PIS e COFINS devem incidir apenas sobre a receita das empresas e que o ICMS é receita dos Estados e não dos contribuintes, isso sim é estado de segurança jurídica e que já se mostraram no próprio aumento de arrecadação ocorrido os efeitos dessa certeza, que Direito ajuizado nos trouxe até o presente momento.

Vê-se, pois, que se tomada a segurança jurídica como bússola, tal como disposto pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 (Código Fux), em seu artigo 927, §§ 3º e 4º,^[ii] não se pode imaginar outro caminho para o noticiado julgamento, que não seja o de confirmação daquilo que vem decidindo a Corte e formalmente publicou com efeitos para repercussão geral em sua apreciação imediatamente anterior, ocorrida em meados de março do ano de 2017, portanto, há quatro anos.

Vale lembrar que o posicionamento adotado em 2017 fora a confirmação do que o STF já assentara em 2014 que, por sua vez, confirmara a sua primeira postura, de 2006, como bem ressaltou a manifestação do Colégio de Presidentes das Comissões de Direito Tributário da OAB, atrás referida.

Contudo e em outra hipótese, a simples cogitação de algo diverso do mencionado e concreto posicionamento do Supremo, por si só, já revela o estado de insegurança que grassa entre nós, posto que, a essa altura, após a decisão categórica proferida pela Corte, dúvida nenhuma poderia existir quanto ao que se cogitaria esperar como resultado dos meros embargos declaratórios opostos.

Ensina Canotilho que “o cidadão poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos [...]”.^[iii]

“O homem necessita de segurança para conduzir, planificar, e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam o princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos do acto”.^[iv]

No entanto, essas lições parecem ameaçadas.

Mesmo após o julgamento ter sido realizado pelo plenário da Corte (que, como se disse, apenas reiterou o posicionamento já adotado pelo mesmo Tribunal diversas vezes), a sensação que se espalha no meio da sociedade é que a questão ainda pode merecer novo desenlace, o que, com todas as *vênias*, é a implosão da própria ideia de segurança jurídica.

Algumas verdades que saltam do caso não podem ser ocultadas. Uma leitura atenta do julgado, já a partir de sua própria ementa, revela sem tergiversações que o ICMS a ser excluído é o destacado nas notas fiscais e o fato de ter decorrido mais de 4 anos do julgamento do mérito do RE 574.706-PR, coloca a modulação de seus efeitos sob significativas aspas, visto que nesse período inúmeras relações jurídicas foram efetivadas e se mostram de difícil contemporização, no caso de uma estapafúrdia guinada de posicionamento do STF.

Diversas ações propostas anteriormente ao julgamento de 2017 já transitaram em julgado, o que colocaria em choque o instituto legal da modulação frente a cláusula pétrea da coisa julgada, com a enxurrada de ações rescisórias que poderiam brotar em todos os rincões do país, a ocasionar caos sem precedentes no sistema judiciário. Um verdadeiro tsunami jurídico.

Vale notar que também se tomaram coisa julgada as ações propostas após o julgamento, sobretudo as há 4 anos e

vale anotar que também se tornaram coisa julgada ações propostas após o julgamento concretizado na 4ª sessão e que foram justamente fiadas na publicação oficial da respectiva tese de mérito, ocorrida no DJE nº 52, divulgado em 16/03/2017.

Essas questões necessariamente têm de ser confrontadas com a legítima confiança depositada nos pronunciamentos da Suprema Corte, mazelas que, dentre outras tantas, pesam sobre o julgamento em tela.

Aliás, sobre segurança jurídica, é relevante a passagem que envolve nosso Sodalício Supremo:

“O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, disse que o Estado Democrático de Direito é indissociável da ideia de segurança jurídica e que cabe ao Poder Judiciário promovê-la ‘por meio de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente’. A afirmação foi feita nesta segunda-feira (3/8/2020), na abertura da I Jornada de Direito Administrativo, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF). O ministro destacou que, por serem os vértices do sistema nas respectivas áreas de atuação, os tribunais superiores exercem papel crucial na promoção da segurança jurídica, ao proporcionar uniformidade na interpretação do Direito e evitar decisões divergentes sobre temas semelhantes. De acordo com Toffoli, os enunciados produzidos nas jornadas promovidas pelo CJF contribuem significativamente para esse objetivo. ‘A previsibilidade e a confiança na interpretação do Direito e a segurança jurídica delas decorrentes são pressupostos para o desenvolvimento econômico e social do país’, assinalou.” [v]

Eufemisticamente, poder-se-ia dizer que é da natureza do direito o dinamismo. Até mesmo poder-se-ia pensar que as adaptações aos novos cenários seriam necessárias de modo a compensar a natural lentidão que caracteriza o processo legislativo. Contudo, a verdade é que o julgamento do RE 574.706-PR escancara uma real e desconfortável sensação de que nada há de concreto no âmbito judicial, ao contrário, tudo se mostrando fluído e nada, absolutamente nada, garantindo ao jurisdicionado estabilidade, nem mesmo a voz já reiteradamente proclamada da Suprema Corte.

***Robinson Vieira, Renato Aparecido Gomes, Renata Martins Alvares, Nicolau A. Haddad Neto, Othon Teobaldo Ferreira Junior e Luis Antonio Scavone Junior, advogados**

[i] O economista norte-americano Arthur Laffer, na década de 1970, estudou e teorizou os efeitos que a carga tributária tem em relação à arrecadação tributária, teoria que fora popularizada como “**A Curva de Laffer**”. Seus estudos foram retomados em 2007 por David H. Romer e Christina D. Romer, chefe do Conselho de Economistas do presidente norte-americano Barack Obama. A atualização das pesquisas demonstrou que na sociedade contemporânea a curva de decréscimo de arrecadação dá-se quando a carga tributária atinge 33% do PIB. As constatações de Laffer foram também corroboradas por outros tantos trabalhos, dentre eles, “The Behavioral Model for Estimating the Laffer Fiscal Points”, de Iuri Ananiashvili e Vladimer Papava, da “Ivane Javakhishvili Tbilisi State University”, da Geórgia, Rússia. Tais pesquisadores, inclusive, estimaram quantitativamente a dependência da produção em relação ao montante da carga tributária e concluíram que “os chamados pontos fiscais, relativos ao efeito máximo de produção e as receitas fiscais máximas de arrecadação, correspondem exatamente ao raciocínio de Arthur Laffer”.

[ii] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 3º 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**. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando **os princípios da segurança jurídica**, da proteção da confiança e da isonomia.

[iii] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1995, p. 373.

[iv] Op. Cit., p. 252.

[v] Destaque na imprensa do sítio eletrônico do STF, com a seguinte manchete, de 8/8/2020: “Presidente do STF

reatirma importância da segurança jurídica para a democracia” –

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448781&ori=1>, último acesso em 6/4/21, às 17h06).

Tudo o que sabemos sobre:

Artigo

DESTAQUES EM *POLÍTICA*



Novo comandante quer Exército como ‘vetor de estabilidade e de garantia da ordem’; veja



Apto para 2022, Lula reforça articulação com Renan e o ‘velho MDB’



Delegado que caiu após notícia-crime contra Salles rebate fala de Bolsonaro na cúpula do clima: ‘Até 2030 o desmatamento vai acabar... por falta de floresta’

Tendências:

[Sob Jair Bolsonaro, Polícia Federal prende e apura menos](#)

[Novo comandante quer Exército como ‘vetor de estabilidade e de garantia da ordem’](#)

[Moro suspeito e condenações de Lula anuladas: entenda o que acontece agora](#)

[STF mantém envio de ações de Lula para Justiça Federal do DF](#)

[Irmão de Witzel é preso em operação contra o PCC no interior de São Paulo](#)