
Fábio Andrade: STF precisa decidir inclusão de ICMS no cálculo da Cofins

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 18 foi ajuizada pelo presidente da República em outubro de 2007 com o objetivo de tentar reverter decisão parcial anterior que se configurou virtualmente favorável aos contribuintes (seis votos a um) nos autos do RE 240.785, com a declaração de inconstitucionalidade da inclusão da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, em agosto de 2006.

Contudo, em outubro de 2010, a medida cautelar anteriormente deferida na ADC 18 perdeu sua eficácia, por ter sido prorrogada expressamente pela última vez no Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, desde então, o restante do Poder Judiciário voltou a decidir a respeito do tema.

Em um primeiro momento, esse movimento de retomada dos julgamentos foi iniciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que retomou sua antiga linha de entendimento e passou a aplicar indiscriminadamente as Súmulas 68 e 94, nas quais expressamente reconhece a legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS.

Em seguida, verificou-se enorme quantidade de julgamentos, proferidos tanto em primeira instância como também nos cinco Tribunais Regionais Federais voltando a decidir a questão. Em sua grande maioria, as decisões que têm sido proferidas são no sentido de pura e simplesmente aplicar as referidas súmulas.

Ocorre que, hoje, tais súmulas perderam qualquer sentido e servem apenas como mero registro histórico jurisprudencial. Em outras palavras, o Poder Judiciário vem aplicando entendimento do STJ que é antigo e está fadado inexoravelmente à superação. De fato, independentemente do pronunciamento definitivo do STF sobre a questão jurídica, é certo dizer que o entendimento do STJ está superado pela decisão que se aguarda do STF. É que, aqui, a questão é analisada sob o ponto de vista constitucional, e no STJ foi examinada sob o enfoque legal ou infraconstitucional. De qualquer modo, na ordem jurídica a decisão do STF se sobreporá integralmente àquela do STJ.

Cabe lembrar que a fase processual adequada para levantamento de eventuais questões preliminares já foi superada tanto no RE 240.785 como também na ADC 18 e sempre a questão jurídica foi reconhecida como de índole eminentemente constitucional. Além disso, cabe mencionar que no RE 574.706/PR, o STF reconheceu expressamente a repercussão geral da questão constitucional relativa à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS (julgado em 24.04.2008 e DJU de 16.05.2008).

Nesse sentido, cabe lembrar a seguinte situação semelhante que ocorreu recentemente: o STJ editou a Súmula 276, pela qual “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”. Com o julgamento, no âmbito do STF, dos RREE 377.457 e 381.964, reconheceu-se a legitimidade da revogação pelo artigo 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida pelo art. 6º, inciso II, da Lei Complementar 70/91. Como decorrência, a súmula deixou de ser aplicada até que foi expressamente cancelada.

Com a adoção indiscriminada da posição já superada do STJ, o Poder Judiciário está contribuindo para multiplicar desnecessariamente o número de recursos interpostos nos processos que já tramitam, vez que passa a ser necessária a oposição de embargos de declaração, a interposição de recurso especial (e até de agravo de despacho denegatório).

Em realidade, essa posição de acomodação e aplicação acrítica de jurisprudência superada do STJ pelas instâncias inferiores tem gerado transtornos para os contribuintes, que por vezes têm decisões monocráticas contrárias aplicando o art. 557 do CPC e são obrigados a recorrer para o STJ de modo desnecessário, gerando, conseqüentemente, crescente insegurança jurídica em torno do tema.

Verifica-se grande paradoxo em torno da atual racionalidade judiciária adotada pelo STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, e seguida pelos demais tribunais e juízes: a) a precedência da ADC 18 sobre o RE 240.785, que foi justificada pela maior abrangência da decisão e possível suspensão dos processos em curso mediante adoção da medida cautelar, provou-se com o tempo não se justificar; b) o princípio da celeridade processual e a garantia da razoável duração do processo foram flagrantemente violados, especialmente se considerarmos que o tema encontra-se no Pleno do STF aguardando pronunciamento definitivo desde 1999 (quando por lá chegou o RE 240.785); c) atualmente, os recursos se multiplicam em razão da demora no julgamento da questão pelo STF, vez que os tribunais das instâncias inferiores insistem na aplicação do entendimento sumulado superado do STJ.

Hoje, o esforço junto às instâncias inferiores é fazer com que o aspecto constitucional do debate seja apreciado, vez que com as metas de produtividade em jogo todos os julgadores limitam-se apenas e tão somente a aplicar o entendimento sumulado do STJ como se fosse suficiente para concluir a discussão posta sob exame (e que ainda pende de pronunciamento definitivo pelo STF).

E pior ainda, isso muitas vezes ocorre até com a aplicação equivocada do art. 557 do CPC, o que leva a interposição de mais uma série de recursos (como agravo regimental e embargos de declaração).

Aqui, parece claramente que há um paradoxo entre o esperado desejo de uma Justiça mais célere, eficiente e “produtiva” (com números cada vez mais impressionantes de julgamentos no menor tempo possível) e a distribuição da prestação jurisdicional (especialmente aos jurisdicionados que bateram à porta em socorro do Poder Judiciário).

Cabe ao STF assumir a sua vocação de órgão de cúpula do Poder Judiciário e levar, sem mais delongas, a matéria ao seu Plenário para conhecimento e julgamento, com vistas à necessária pacificação social, ao invés de aumentar a litigiosidade nos casos em trâmite.

Date Created

29/05/2012