

Modulação do PIS/Cofins e o desrespeito aos contribuintes litigantes



Fernando Facury Scaff
Tributarista e professor

Começo o texto com uma *profissão de fé*. Acredito que o sistema de

controle *difuso* de constitucionalidade é uma das garantias fundamentais dos indivíduos no Brasil. Através do controle *difuso*, qualquer indivíduo, em qualquer dos 5.540 municípios brasileiros, pode alegar que uma determinada norma é inconstitucional. Penso que isso complementa o sistema democrático *ativo* brasileiro, que não se encerra apenas no direito de voto.

O outro sistema, de controle *concentrado*, está nas mãos de apenas nove legitimados listados no artigo 103 da Constituição, dos quais apenas as confederações sindicais (patronais e obreiras) e as entidades de classe de âmbito nacional são tipicamente privadas. Todos os demais têm vinculação com o poder público.

Penso com muito carinho na imagem de um indivíduo procurando um advogado, em qualquer lugar do Brasil e relatando um problema a ele, que diz: “Seu problema não decorre de um *ato* de autoridade pública (quando então seria cabível o uso do *mandado de segurança*), mas de uma *norma* que não está de acordo com a Constituição”. E, a partir daí, promove uma ação judicial para arguir a inconstitucionalidade daquela norma, iniciando seu trâmite perante um juiz singular, podendo chegar até o Supremo Tribunal Federal, que declara sua invalidade.

Isso aconteceu recentemente no RE 574.706, proposto por uma empresa localizada no interior do Paraná. Não sei ao certo quando o processo foi iniciado, mas chegou ao STF em dezembro de 2007, tendo sido reconhecida a repercussão geral da tese em abril de 2008. O julgamento foi realizado em 15 de março de 2017 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo por relatora a ministra Cármen Lúcia. Por maioria de votos, foi assentada a tese (tema 69 da repercussão geral): “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Foram vencidos os ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Surpreendentemente, não foi proposto pedido de *modulação dos efeitos do julgamento*. Dizem as



notícias, contudo, que serão interpostos embargos de declaração pelos advogados do Fisco, tão logo seja publicado o acórdão.

A possibilidade de modulação dos efeitos está prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99, assim lançada: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Lendo o texto, duas dúvidas iniciais assomam: 1) a Lei 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e, no caso, a decisão decorreu da análise de um recurso extraordinário, ou seja, através do *controle difuso (concreto)* de constitucionalidade e não pelo controle direto (abstrato) que prevê a referida lei; 2) o que quer dizer a parte final da norma: “...ou de outro momento que venha a ser fixado”?

A primeira questão é facilmente ultrapassada pela própria jurisprudência do STF, que admite a modulação dos efeitos das decisões em julgamento realizado pelo controle difuso de constitucionalidade, a despeito de não existir norma a respeito do assunto. Vê-se que tal procedimento ocorreu no [RE 500.171](#), de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em julgamento ocorrido em 16/3/2011. Não há norma, mas há precedente. Portanto, tudo indica que esse pode ser o caminho a ser trilhado.

A segunda questão também possui fácil explicação. O “outro momento”, mencionado no artigo 27, acima transcrito, implica na possibilidade de que a norma, mesmo declarada inconstitucional, venha a ser mantida vigorando até momento futuro, a ser determinado pelo acórdão. Vê-se isso no julgamento da ADI 875 (que englobou outras ADI), relatada pelo ministro Gilmar Mendes, julgada em fevereiro de 2010, declarando inconstitucional o artigo 2º da Lei Complementar 62/89, que regulava o rateio do FPE, cuja validade e vigência foram mantidas até 31/12/2012 (para mais detalhes, veja [artigo de Celso Correia](#)). Outro exemplo, em controle difuso, vê-se no [RE 197.917](#), de relatoria do ministro Maurício Corrêa, julgado em 2002, acerca do número de vereadores em diversos municípios brasileiros, quando também foi atribuído pelo STF efeitos *pro futuro*.

Ultrapassadas as duas primeiras dúvidas, outras assomam. Será possível atribuir efeitos retroativos, imediatos ou *pro futuro* no caso em apreço, do afastamento da base de cálculo do ICMS na incidência do Pis e da Cofins?

Como se vê nos precedentes antes mencionados, o STF pode vir a fazê-lo, invocando o artigo 27 da Lei 9.868/99, desde que hajam razões de *segurança jurídica* ou *excepcional interesse social*.

Porém, haverá mesmo uma situação que envolva *segurança jurídica* no presente caso? Tudo indica que *não*, pois, uma vez decidido o processo, nada haverá de juridicamente inseguro para sua aplicação. Juridicamente, a situação tornou-se segura, a partir da decisão proferida. Será suficiente *um clique* nos sistemas de informática para que, em todas as notas fiscais que venham a ser emitidas, a base de cálculo do Pis e da Cofins seja corrigida, deixando de nela constar o ICMS. Logo, não se vislumbra nenhuma insegurança jurídica a frente.



Por outro lado, haverá um *excepcional interesse social* nessa modulação de efeitos? Também não parece ser esse o caso. Onde residiria o *interesse social*? O que se vê é um *interesse estatal* em tal procedimento, afastado do *interesse social*, *este* ínsito à *sociedade*, e *aquele* próprio do *aparato governamental*. Ou seja, o *governo* tem interesse em modular os efeitos, não a *sociedade*. Onde está o dissenso? Alega o *governo* que terá menos de R\$ 20 bilhões/ano para fechar as contas, porém, considere-se que essa é uma alegação que vem desde tempos remotos, e de lá para cá muita coisa mudou, dentre elas a EC 95, que estabeleceu um *teto de gastos*. Ora, *se há um teto para os gastos*, seguramente a receita não necessita ser ampliada, e a modulação não mais se faz necessária ([esse aspecto foi tratado anteriormente](#)). Aqui, haverá no máximo um *interesse estatal*, não um *interesse social* em jogo — o que foge ao preceito normativo em questão.

Por outro lado, isso pode ocorrer através do mecanismo de *embargos de declaração*, uma vez que, tecnicamente, esses servem para *suprir omissões*, *afastar contradições* e *obscuridades* e *corrigir erros materiais* (artigo 1.022, CPC)?

Não parece adequada essa via processual. Se até aqui não foi invocada a modulação dos efeitos, após incontáveis anos de trâmite processual, pode ser *inovado* o feito após a decisão de mérito? Seguramente, não. No caso, não se poderá alegar *omissão*, *contradição* ou *obscuridade*, e nem se há de falar em *erros materiais*. O que se pretenderá com os embargos de declaração é *innovar* nos autos — o que é ilegal, pois contraria o CPC e é vastamente coibido pelos tribunais.

Então, o que se tem até aqui é que: 1) é possível o STF modular os efeitos da decisão judicial que declare uma norma inconstitucional; 2) isso pode ocorrer através do sistema de controle difuso; 3) é necessário que estejam presentes os requisitos legais estabelecidos: hipóteses de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*; 4) e que tal pedido de modulação tenha sido formulado por uma das partes envolvidas, modificando a regra geral de aplicação dos efeitos retroativos; e que, por fim, 5) o STF delibere nesse sentido, por dois terços de seus membros, ou seja, 8 dos 11 ministros.

No caso em apreço, acerca do julgamento do ICMS na base de cálculo do Pis-Cofins, verifica-se que os itens 3 e 4 não estão presentes, o que impede a deliberação (item 5). Não há *insegurança jurídica* na matéria que justifique tal modulação, e muito menos *excepcional interesse social*; há *interesse estatal*, e apenas da *esfera federal de governo*, o que deve ser mitigado em face da recente aprovação da EC 95, que estabeleceu um teto de gastos, o que diminuirá fortemente a necessidade de ampliação das receitas. Além disso, os embargos de declaração não podem ser manejados nesse sentido, por ausência de previsão legal.

Caso o STF acate o pedido que, tudo indica, virá a ser formulado pelo governo federal, estará procedendo de forma claramente *consequencialista*, com forte viés de *ativismo judicial*, pois estará cedendo aos interesses governamentais em vez de respeitar as normas jurídicas e seus próprios julgados.



Proceder dessa forma será desrespeitar o enorme rol de contribuintes que, de forma *difusa*, bateram às portas do Poder Judiciário, *um a um*, buscando corrigir essa inconstitucionalidade, ora reconhecida. Modular será desrespeitar essa multidão de pessoas que, pouco a pouco, foram construindo a decisão que culminou no julgamento do RE 574.706.

A Constituição não estabelece que é para tratar desigualmente aos desiguais, buscando equipará-los? Pois bem, quer-me parecer que os indivíduos que se expuseram aos trâmites processuais devem ser tratados de forma desigual, pois foram eles que, ao fim e ao cabo, permitiram que o debate chegasse ao STF e o julgamento se completasse, expurgando a norma inconstitucional do ordenamento.

Caso o STF entenda que deve seguir esse caminho *consequencialista*, cedendo à *pressão governamental já presente* — verifica-se que não há pressão social nem sequer *excepcional interesse social* envolvido... —, que resguarde os *efeitos passados* daqueles contribuintes que trilharam todas as vias processuais. Os efeitos *imediatos* e *futuros* devem ser iguais para todos; não os *passados*.

Quem litigou, venceu. E tem o *direito* de ser tratado de forma desigual.

Date Created

10/04/2017