
Opinião: O infeliz parecer da PGR para modular decisão sobre ICMS

No último dia 4, a Procuradoria-Geral da República protocolou manifestação a respeito dos embargos de declaração opostos pela União no Recurso Extraordinário 574.706/PR. No recurso, o Fisco tenta reverter a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins ou, quando menos, que haja uma modulação dos efeitos da sua decisão, fazendo com que ela valha apenas para o futuro, inibindo, assim, a devolução dos valores recolhidos indevidamente pelos contribuintes.

Em seu parecer, a PGR, apesar de dizer não ver motivos para a mudança da decisão do STF no mérito, manifesta-se de modo favorável à modulação de efeitos da decisão, para que ela somente produza resultado após o julgamento dos embargos de declaração protocolados pela União, o que ainda não tem sequer data para acontecer.

Segundo a PGR, o impacto e a abrangência da decisão do STF motivariam a modulação de efeitos. Em seu entendimento, a decisão do tribunal “rompe com entendimento jurisprudencial histórico e tem potencial de influenciar outras exações, além de promover significativa alteração no sistema jurídico tributário”, e “pode acarretar o pagamento de restituições que implicarão vultosos dispêndios pelo Poder Público”.

Vê-se, portanto, que a manifestação da PGR reverbera os argumentos apresentados pela União em seus embargos de declaração.

Primeiramente, é necessário destacar que a manifestação apresentada pela PGR não vincula de nenhuma forma os ministros do STF, podendo ou não ser acatada. A opinião da PGR deverá ser avaliada pelo tribunal em conjunto com a manifestação das partes, levando em conta a convicção de cada ministro e a jurisprudência da corte.

É interessante notar, a esse respeito, que, em que pese a PGR ter se manifestado neste mesmo processo de modo contrário à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, o seu entendimento não foi o que prevaleceu no julgamento da tese. Trata-se, portanto, convém reiterar, de uma opinião a respeito da matéria em julgamento, cuja probabilidade de prevalecer nos parece bastante remota.

Isso porque, ao contrário do que pregou a PGR, não estão preenchidos os requisitos para que seja feita a modulação de efeitos.

Segundo as normas que regem o procedimento de modulação de efeitos de uma decisão proferida pelo STF, bem como a jurisprudência já sedimentada pelo tribunal a respeito do assunto, a modulação de efeitos apenas poderia ser realizada (i) para preservar a segurança jurídica, (ii) em casos onde houve mudança de jurisprudência do STF e (iii) para resguardar o interesse social.

Entendemos, com o devido respeito à manifestação da PGR, que a modulação de efeitos da decisão do STF, além de não observar esses requisitos, com eles colidiria de modo frontal!

Depois de os contribuintes terem se sujeitado por décadas a uma cobrança inconstitucional, conforme já reconhecido pelo Plenário da corte há mais de dois anos, entender que a decisão do STF que declara essa inconstitucionalidade só deve produzir efeitos para o futuro representaria um desrespeito inaceitável a todos os direitos e garantias dos contribuintes estabelecidos na Constituição Federal. Além disso, abriria perigosíssimo precedente para a cobrança inconstitucional de tributos, que poderá ser posteriormente perdoada pelo Poder Judiciário caso a devolução do que foi pago indevidamente possa representar um desequilíbrio momentâneo nas contas do governo.

À toda evidência, não há como se preservar a segurança jurídica acobertando-se uma inconstitucionalidade que perdura há décadas, especialmente considerando que o STF já havia sinalizado o seu posicionamento desde 2006, quando já se havia formado no tribunal maioria para declarar como indevida a cobrança do PIS e da Cofins sobre o ICMS. Desde 2006, nada foi feito pelo governo federal para estancar esse passivo. Entendemos, assim, que agora, quase 13 anos depois de o STF sinalizar pela primeira vez o seu entendimento sobre o tema, é completamente despropositado e desproporcional falar-se em segurança jurídica para preservar o caixa da União.

Mas não é só. Também não há, quanto ao tema da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, mudança de jurisprudência do STF para que seja possível cogitar a aplicação do instituto da modulação de efeitos. A primeira oportunidade que o STF teve de se manifestar sobre a questão foi em 2006, quando, como dito, já se formou maioria para o reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança. Depois disso, esse entendimento se confirmou em 2014 e, novamente, em 2017.

Reforçando a relevância desse fundamento, vale destacar que recentemente, no início de maio, através do julgamento do Recurso Extraordinário 635.688, o STF reiterou o seu entendimento quanto à necessidade de haver mudança de jurisprudência da corte para que seja possível uma modulação de efeitos; o que, como já se demonstrou, não ocorreu no caso da não incidência de PIS e Cofins sobre o valor do ICMS.

Quanto ao argumento da PGR de que a devolução dos valores pagos indevidamente pelos contribuintes implicará em “vultosos dispêndios pelo Poder Público”, que deveriam ser evitados em um cenário de “notória crise econômica por que passa o país”, cabe trazer o outro lado dessa mesma moeda. Contribuintes foram, por décadas, inclusive no meio de profundas crises econômicas, obrigados a recolher aos cofres públicos vultosas quantias, que representaram, muitas vezes, na redução da capacidade de investimento, no fechamento de postos de trabalho e, por que não dizer, na impossibilidade até mesmo da sobrevivência de muitas empresas. E tudo isso, reforça-se, em meio a crises talvez mais profundas do que a atual.

Com o respeito sempre devido à PGR, que possui entre as suas elevadas incumbências constitucionais a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais, a leitura da manifestação levada ao STF não permite compreender que interesses o órgão busca assegurar. Para, supostamente, preservar o interesse público, propõe-se que sejam desconsideradas regras e princípios básicos da defesa do contribuinte. E não apenas dele, mas de todo e qualquer cidadão, pois a modulação de efeitos representaria, neste caso, um atentado sem precedentes a alguns dos mais básicos direitos garantidos pela Constituição: o direito à propriedade, à segurança jurídica, e à defesa dos direitos do cidadão pelo Poder Judiciário.

Outro fator de incompreensão na manifestação da PGR é o seu protocolo apenas agora, mais de dois anos após o julgamento pelo STF, e mais de um ano e meio após a oposição dos embargos de declaração pela União. O pesado efeito econômico da decisão do STF, apontado pela PGR, não surgiu apenas agora. Se a questão apontada é tão relevante, a ponto de sugerir uma modulação de efeitos de um modo e em proporções jamais adotadas pelo STF, por qual motivo tal preocupação não havia sido manifestada antes? Vale lembrar que a PGR teve voz ativa durante todo o trâmite do processo no STF e jamais havia se manifestado quanto à necessidade de modulação de efeitos do julgamento da corte.

A solução apoiada pela PGR tem consequências devastadoras para a ordem constitucional brasileira, afinal de contas, que lição pedagógica se está passando aos Poderes Executivo e Legislativo? Que resposta está sendo dada àqueles que durante décadas viram ser retirada uma parte expressiva de seu patrimônio para atender a uma demanda tributária manifestamente inconstitucional? Como esperar que os contribuintes continuem confiando no Poder Judiciário da maneira como um Estado Democrático de Direito requer?

O recado que estará sendo dado — caso se realize a modulação de efeitos conforme pretende a União e agora, de modo surpreendente, apoia a PGR — é que, fazendo uma analogia, o “crime compensa”! Que vale a pena exigir um tributo de forma contrária à Constituição, pois em algum momento, mesmo que depois de décadas, o Poder Judiciário poderá reconhecer aquela cobrança como inconstitucional, mas, ainda assim, perdoar o Fisco, sob uma justificativa exclusivamente calcada num aspecto econômico circunstancial.

Trata-se de mais uma inaceitável tentativa de retirar dos contribuintes o seu direito, protegido pela Constituição, à devolução dos valores recolhidos de forma inconstitucional durante décadas, além de aceitar o absurdo enriquecimento ilícito da União caso se confirme o entendimento defendido pela PGR.

Por fim, caso o STF decida fazer algum “recorte” temporal na sua decisão, entendemos que o tribunal deveria ao menos resguardar o direito daqueles contribuintes que já estavam questionando a matéria em juízo ao tempo em que o STF proferiu a sua decisão pela inconstitucionalidade da cobrança, como já fez em outros julgamentos. Somente assim se estará, de alguma forma, preservando o direito daqueles que conservadoramente se socorreram do Poder Judiciário para a proteção do seu direito, e de modo legítimo nele confiaram.

De um estudo das manifestações do STF em casos tributários em que a modulação de efeitos foi cogitada, percebe-se que a modulação proposta pela União e defendida pela PGR não encontra precedentes em casos semelhantes ao em questão.

Resta aos contribuintes manter de modo inabalável a sua confiança no Supremo Tribunal Federal, pois a esta corte cabe a última palavra quanto à defesa da Constituição. Tal missão exige que seja afastada com veemência essa tentativa ilegítima de supressão de direitos dos contribuintes, de modo que todos possamos continuar contando com o Poder Judiciário para a garantia de uma ordem tributária que respeite as regras constitucionais e a lei.

Date Created

13/06/2019