

25 de maio de 2021

## NOTÍCIAS

### 1. STF PODERÁ LIVRAR CONTRIBUINTES DE CONTA BILIONÁRIA DO TERÇO DE FÉRIAS

*Entendimento adotado por ministros no caso da exclusão do ICMS beneficia empresas*

Por Joice Bacelo — Do Rio

O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para definir o alcance da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins - a chamada "tese do século" - poderá beneficiar as empresas em um outro julgamento, o que trata da tributação do terço de férias. São cerca de R\$ 100 bilhões em jogo nesse processo.

Os dois casos têm como pano de fundo a chamada modulação de efeitos. Essa medida pode ser adotada pelo STF, a pedido de uma das partes, para impedir que uma decisão seja aplicada de forma retroativa.

No caso da exclusão do ICMS, por exemplo, a União apresentou o pedido por meio de embargos de declaração. A intenção era a de evitar a devolução de valores cobrados dos contribuintes de forma indevida no passado.

Os ministros fizeram um recorte no tempo. Estabeleceram que só os contribuintes com ações em curso até 15 de março de 2017 terão o direito ao reembolso. Esse foi o dia em que eles decidiram que o ICMS, por não se caracterizar como receita ou faturamento, não poderia compor a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Para aplicar a modulação, os ministros usaram como justificativa "a preservação da segurança jurídica". Levaram em conta que, antes da decisão de 2017, havia julgamento de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sentido contrário - permitindo o ICMS no cálculo das contribuições sociais. O placar no STF foi de oito votos a três.

No caso do terço de férias (RE 1072485), a modulação, se aplicada, vai favorecer o contribuinte. O STF decidiu, em agosto do ano passado, que deve incidir contribuição previdenciária patronal. Até então, porém, a maioria das empresas não fazia o recolhimento com base em entendimento do STJ, que - assim como no caso da exclusão do ICMS - decidiu essa matéria em repetitivo.

Agora, por meio de embargos de declaração, os contribuintes tentam evitar que a União possa cobrar os valores que deixaram de ser pagos no passado, antes dessa decisão. A Associação Brasileira de Advocacia Tributária (Abat) estima que as empresas tenham que desembolsar entre R\$ 80 bilhões e R\$ 100 bilhões.

"O entendimento de que se estava alterando uma situação consolidada pela jurisprudência do STJ em repetitivo, adotado pelo STF no julgamento da exclusão do ICMS, se aplica ao terço de férias. Eu diria que, aqui, é ainda mais forte", afirma Alessandro Mendes Cardoso, sócio do escritório Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados.

25 de maio de 2021

Ele leva em consideração o fato de o STF, em agosto de 2016, ter negado repercussão geral a esse tema por entender que se tratava de matéria infraconstitucional. E, nesse caso, a palavra final é do STJ. "Por causa dessa decisão, a PGFN [Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional] emitiu uma nota, em 2017, autorizando os procuradores a não entrar com recurso extraordinário contra essa matéria. Ou seja, a própria PGFN absorveu essa decisão."

Em fevereiro de 2018, os ministros do Supremo voltaram a analisar o tema e mudaram de ideia. Decidiram que poderia, sim, ser julgado pela Corte.

Apesar das semelhanças com a chamada "tese do século", não há jogo ganho. Os advogados sabem que o julgamento da modulação do terço de férias não será fácil para as empresas.

Essa discussão foi incluída no Plenário Virtual no começo de abril. Estava em cinco a quatro, a favor do contribuinte, quando o presidente da Corte, o ministro Luiz Fux, apresentou um pedido de destaque. Quando isso acontece, o caso é deslocado para julgamento presencial e volta à estaca zero. Fica como se ninguém ainda tivesse proferido voto.

Fux agiu dessa forma para evitar questionamentos - inclusive de colegas do STF - sobre o quórum necessário para a modulação de efeitos: se seis ou oito votos. Essa situação causou surpresa. Advogados davam como certa a possibilidade de modulação, nesse caso, com seis votos. Isso por conta de uma decisão do dia 18 de dezembro de 2019.

Os ministros decidiram, por meio de uma questão de ordem, que nos recursos extraordinários em que não se declara a inconstitucionalidade de um ato normativo, ou seja, a decisão serve somente para uniformizar o entendimento sobre o tema, a modulação pode ser aplicada por maioria simples - seis votos.

Essa decisão reduziu o quórum que era utilizado até então. Aplicava-se, antes, a regra das ações diretas de inconstitucionalidade, que exige a aprovação por dois terços (oito votos).

Os ministros levaram em conta, para fazer essa diferenciação, o artigo 927, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil (CPC). Essa norma prevê a modulação de efeitos nas hipóteses de alteração de jurisprudência dominante nos tribunais superiores e não cita a necessidade de quórum qualificado.

Ao Valor, o STF respondeu que aquele caso de 2019 era muito específico. Havia dois ministros impedidos - Fux e Luís Roberto Barroso. Significa, portanto, que essa questão ainda está em aberto na Corte.

Se os ministros decidirem que valem oito votos e todos os que se posicionaram no Plenário Virtual repetirem o mesmo entendimento no julgamento presencial, o contribuinte perderá a disputa. Havia cinco votos pela modulação e só dois ministros, Fux e Nunes Marques, não tinham ainda se manifestado.

Alguns dos ministros que votaram contra-argumentaram, principalmente, que o STF não

2

25 de maio de 2021

modula decisões que declararam leis constitucionais - só as inconstitucionais. Essa justificativa coloca em lados opostos os dois julgamentos. Só no da exclusão do ICMS houve declaração de inconstitucionalidade.

Para Teresa Arruda Alvim, sócia do escritório Arruda Alvim, Aragão, Lins & Sato Advogados, trata-se de um argumento "equivocado". "O Código de 2015 ampliou a possibilidade do uso da modulação de efeitos. Passou a ser permitida quando há mudança de orientação do tribunal. Consta no artigo 927."

Em nota, a PGFN afirma que existem diferenças entre as discussões. É importante destacar, diz, que ao julgar o terço de férias (Tema 985 de repercussão geral), "o STF consagrou entendimento da própria Corte extraído do Tema 20 (RE 565160)" - que tratava da tributação sobre ganhos habituais do empregado.

Acesso em:

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/05/25/stf-podera-livrar-contribuintes-de-conta-bilionaria-do-terco-de-ferias.ghtml>