

**OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR
E O PAPEL DO STF NA DEFESA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE – UMA ANÁLISE DOS
JULGAMENTOS RE 574.706 E 240.785**

Fernando Antônio Soares De Sá Júnior¹

fassj@aasp.org.br

Greiciane de Oliveira Lima²

greice_olima@hotmail.com

RESUMO: O trabalho buscou identificar as limitações ao poder de tributar dos entes federativos dentro do ordenamento jurídico, mediante análise jurisprudencial e análise aos acórdãos dos REs 240.785 e 574.706 proferidos pelo E. STF. Salvaguardando aos direitos do contribuinte e prevenindo excesso por parte do Estado, a Suprema Corte tem determinado a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e do COFINS, uma decisão que repercutirá em muitos processos que questionam a mesma matéria, além de muitos outros contribuintes que sequer buscaram o Poder Judiciário. Considerando a repercussão geral da matéria, em maio de 2019, a Procuradoria Geral da República manifestou-se a cerca da execução da decisão aplicar-se em novos casos e não retroagir no tempo. Em 29 de setembro de 2019 peticionou-se *amicus curiae*. O resultado é o juntado de informações e pesquisas que ficarão a disposição da comunidade acadêmica, bem como de todo o povo brasileiro que constantemente questiona a tributação “abusiva” no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS; tributação; limites constitucionais; Supremo Tribunal Federal; repercussão geral.

¹ Mestre pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, professor e coordenador do Curso de Direito da Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

² Graduando Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Graduada em Zootecnia pela Universidade de Marília - Unimar

ABSTRACT: The Work has sought to identify the federative entities' limits to impose a tax within legal system, through jurisprudence's analysis and studies in judgment from Res 240.785 and 574.706 pronounced by Supreme Court. Guaranteeing taxpayer rights and preventing abuse by the state, the supreme federal court has been determining the ICMS exclusion from the PIS and COFINS calculation base, a decision will reverberate too many lawsuits that quarrel the same matter, besides many taxpayer that haven't sought the judiciary. Observing the matter's reverberate, on May 2009, the attorney general office makes known about the execution of decision, to be applied to new cases and don't retroact to the past acts. On September 29, 2019 requested "amicus brief". The result is united of information and researches that will be available for academic society, as all Brazilian people that constantly discuss about abusive tax in Brazil.

KEYWORDS: ICMS; taxation; constitutional limits; Federal Court of Justice; general repercussion

1 Introdução

A atual conjuntura politico-econômico-social do Brasil, as quais demandam uma futura e cada vez mais próxima reforma tributária. Além de diversos fatos sociais, que demonstram a insatisfação da população com a carga tributária e o índice de retorno da mesma em favor da comunidade, sendo comprovado que tributamos muito e gastamos mal as receitas provenientes desta fonte de arrecadação. Cabe ainda salientar que a matéria tributária é constantemente divulgada nos meios de comunicação e neste ano foi pauta na Câmara dos Deputados, Congresso Nacional bem com, no do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo geral foi identificar as limitações ao poder de tributar dos entes federativos dentro do ordenamento jurídico, analisando as perspectivas de mudança legislativa vindoura bem como, mediante análise jurisprudencial tentar prever como tais mudanças vão impactar nas decisões judiciais sobre o tema, visualizando como nossos Tribunais, e em especial o E. STF têm se portado em julgamentos correlatos, se salvaguardando aos direitos do contribuinte e prevenindo excesso por parte do Estado, se atuando com ativismo judicial proferindo decisões mais de cunho administrativo do que jurídicas.

É sabido que o o E. STF proferiu acórdão nos REs 240.785 e 574.706 aparentemente em reverência aos direitos fundamentais do contribuinte, determinando a exclusão do

ICMS da base de cálculo do PIS e do COFINS, uma decisão que repercutirá em cerca de 10.000 (dez mil) processos que questionam a mesma situação além de sem número outros de contribuintes que sequer buscaram o Poder Judiciário. Em maio de 2019 houve movimentações referentes aos REs 240.785 e 574.706, considerando a repercussão nacional da matéria, conforme foi apresentado pela Procuradoria Geral da República.

Considerando a complexidade da matéria em questão, peticionou-se a intervenção de terceiros na modalidade *amicus curiae*, afim de auxiliar na decisão da aplicação da modulação do STF referente aos REs 240.785 e 574.706 que seria pauta de julgamento em dezembro do presente 2019 com repercussão geral no Brasil.

2 Fundamentação teórica

2.1 O Estado e o tributo

A figura do Estado compõe a sociedade desde tempos remotos objetivando disciplinar o homem. De acordo com Thomas Hobbes, “fora dos estados civis, há sempre guerra de todos contra todos”.

É na Grécia que vamos encontrar as primeiras manifestações e preocupações com o Estado, mas assim mesmo confundido pelo pequeno universo representado pela polis grega. Ou seja, o fenômeno decisório, de mando e aplicação das normas de conduta, era circunscrito aos muros de cada cidade-estado, cada qual com suas peculiaridades próprias [...] os que detêm o poder político devem sempre colocar suas paixões e interesses pessoais abaixo dos da sociedade que governam, sob pena de exercitarem uma forma impura de governo. (FILOMENO, 2015. p. 35 e p. 36).

A concepção de tributo, bem como a do estado, dista no tempo:

“O tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação. Inúmeros testemunhos, desde a Antiguidade até hoje, excluem qualquer dúvida”. (BALEIRO, 2003 p.1).

O tributo acompanha o Estado para manter suas necessidades financeiras e para seu efetivo funcionamento.

3 Limites constitucionais ao poder do Estado de tributar

O Estado necessita do tributo para manter seu quadro de servidores, seus imóveis e até mesmo o subsídio de seus governantes. De modo especial, os tributos revertem-se em políticas públicas eficientes para atender a população em saúde, educação, segurança públicas entre outras necessidades. Todavia, a tributação não pode comprometer o patrimônio do contribuinte. Sendo princípio constitucional os limites que os entes federativos têm ao tributar.

Pode-se desde logo perceber que as normas constitucionais sobrepõem-se às normas em geral existentes no universo do ordenamento jurídico do Estado. [...] Desta forma, a Constituição de um Estado é sua lei maior, ou como se diz mais popularmente, “lei das leis”, no sentido de que todas as demais, ainda que dela complementares, e, sobretudo as ordinárias, a ela se subordinam, sob pena de serem feridas de morte pelo vírus da inconstitucionalidade. (FILOMENO, 2015, p. 305 e 306).

Conforme o doutrinador Balleiro, que é referência no Direito tributário, vemos:

Nos países de Constituição rígida e de controle jurídico das leis e atos administrativos, os princípios que a Ciência das Finanças apurou em sua compósita formação política, moral, econômica ou técnica são integrados em regras estáveis e eficazes, funcionam como limitações ao poder de tributar (BALEIRO, 2003, p.3).

Ao que tange a soberania e suas limitações, Filomeno (2015) em seu livro Manual de teoria geral do Estado e ciência política, descreve:

Nessa acepção, era efetivamente “poder absoluto e perpétuo de uma república”, ou então “poder incontestável e incontrastável que o Estado tem de, no seu território, e sobre uma população, criar, executar e aplicar ordenamento jurídico, visando ao bem comum” [...] E, com efeito, embora tenha a conotação de poder incontestável e incontrastável, deve a soberania sofrer limitações exatamente nos âmbitos políticos, jurídicos e social. (FILOMENO, 2015, p. 181 e p.182).

Os princípios que limitam a tributação constam na Constituição Federal de 1988 e relacionam-se de modo particular com a competência tributária.

4 Competência tributária

No artigo 150,I da CF 88 “é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

Diante do princípio da legalidade tributária, que admite a criação de tributos somente através da lei, - vemos que a competência acha-se ligada à criação do tributo. O poder tributante fica, pois, com a faculdade de legislar sobre o tributo, devendo, para fazê-lo, definir o fato gerador da respectiva obrigação, a base de cálculo do tributo e o contribuinte, no mínimo. Essa competência tributária diz-se: a) competência tributária privativa, quando a entidade política que recebe o poder de decretar determinado tributo é uma única, não se admitindo que outra entidade política atinja tal área, ficando com competência idêntica. É o caso da União diante do IPI; b) competência tributária comum, quando duas ou mais entidades políticas recebem poderes para decretar um mesmo tributo. É o caso do Estado e o Município diante do imposto sobre a circulação de combustíveis líquidos e gasosos; c) competência tributária residual, quando determinada entidade política fica com o poder para decretar outros tributos, diferentes dos previstos. É o caso da União, que tem competência para decretar “outros impostos”, diferentes dos que constam na Constituição. (Moraes, R.B, 2000. p. 273).

4.1 O tributo

4.1.1 O Objetivo do tributo

Como apresentado anteriormente o tributo tem suas finalidades, cabe destacar também seu objetivo:

“A Constituição, ao fazer a distribuição dos impostos, é obrigada a adotar uma terminologia para estes, que será jurídica ou econômica, levando em conta o objeto dos mesmos, a fim de encontrar os diversos fatos que podem ser submetidos à tributação. O objeto de cada imposto será encontrado nas expressões utilizadas pelo legislador contribuinte ao colocá-lo no sistema tributário [...] O objetivo do imposto é representado, pois, pelos fatos contidos em sua denominação, susceptíveis de serem convertidos em fatos geradores [...] somente com a norma tributária ordinária é que esse dado pré-jurídico poderá se transformar em fato gerador da respectiva obrigação tributária, competindo ao legislador a opção. O objetivo do imposto, como dado pré-jurídico, é conceituado exclusivamente diante de fatos escolhidos antes da norma ordinária positiva, única capaz de decretar o imposto.” (MORAIS 1993, vol I, p. 278)

Dentre o exposto torna-se clara, ao entendimento, a denominação do tributo ICMS que é também objeto deste artigo.

4.2 O tributo ICMS

O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) é determinado no artigo 155,II, § 2º I da CF de 1988 como é apresentado:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: I - impostos sobre:

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Diante do que foi exposto anteriormente e considerando o que será tratado nos recursos extraordinários em questão, faz-se necessário a menção da base de cálculo do ICMS, conforme Lei Complementar 87/96 que “dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências”, (LEI KANDIR).

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

IV - no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12;

a) o valor da operação, na hipótese da alínea a;

b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, na hipótese da alínea b;

V - na hipótese do inciso IX do art. 12, a soma das seguintes parcelas:

a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observado o disposto no art. 14;

b) imposto de importação;

c) imposto sobre produtos industrializados;

d) imposto sobre operações de câmbio;

e) quaisquer despesas aduaneiras;

f) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

VI - na hipótese do inciso X do art. 12, o valor da prestação do serviço, acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização;

VII - no caso do inciso XI do art. 12, o valor da operação acrescido do valor dos impostos de importação e sobre produtos industrializados e de todas as despesas cobradas ou debitadas ao adquirente;

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;

IX - na hipótese do inciso XIII do art. 12, o valor da prestação no Estado de origem.

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

§ 1o Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.

Abaixo é apresentado o posicionamento do doutrinador Machado quando a base de cálculo do ICMS, bem como a interpretação da Lei Kandir.

A Base de cálculo do ICMS, como regra geral, é o valor da operação relativa à circulação da mercadoria, ou o preço do serviço respectivo [...] inclui-se o montante do próprio imposto, constituindo o próprio destaque mera indicação para fins de controle. É o que estabelece a Lei Complementar 87/1996, em seu art. 13,§1º,I. Inclui-se, também, as despesas recebidas do adquirente, ou a este debitadas, bem como os descontos condicionais a este concedidos, mas não se incluem os descontos incondicionais, porque evidentemente não integram estes o valor da operação. Condicional é um desconto cuja efetivação fica a depender de evento futuro e incerto, como, por exemplo, o pagamento em certo prazo” (MACHADO, 2017,p. 385) .

A base cálculo do ICMS foi mérito analisado nos RE 574.706 E 240.785 no STF, sendo assim faz-se indispensável compreender qual o papel do Supremo Tribunal Federal em defesa da Constituição Federal bem como nas garantias dos direitos fundamentais do contribuinte.

5 Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição

5.1 STF e seu papel

O legislador da Constituição Federal de 1988 preocupou-se por assegurar o “guardião” dos princípios constante na Carta Magna, está expresso no art. 102. Nos incisos I, “a”; III, “a”, “b” e “c”, bem como no § 3º do mesmo artigo encontra-se as disposições contra os recursos extraordinários.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal traz à baila a definição de Recurso Extraordinário, que será apresentado no próximo tópico.

5.2 Recurso Extraordinário:

A Suprema Corte apresenta em sua página oficial, no item glossário, a determinação de Recurso extraordinário, em quais situações se aplicam e os requisitos para requerê-lo assim como a fundamentação legal, como segue:

Recurso de caráter excepcional para o Supremo Tribunal Federal contra decisões de outros tribunais, em única ou última instância, quando houver ofensa a norma da Constituição Federal. Na Corte, esse recurso é representado pela sigla RE. Uma decisão judicial poderá ser objeto de recurso extraordinário quando:

i. contrariar dispositivo da Constituição;

ii. declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

iii. julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

iv. julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Fundamentação Legal: Artigo 102, III, da CF/1988; Artigos 987; 994, VII e 1.029 a 1.041, do CPC/2015 e Artigos 321 a 329, do RISTF.(BRASIL, 2019).

Frente ao exposto é válido o requerimento para análise dos RE 574.706 E 240.785

6. Análise dos RE 574.706 E 240.785 pela ótica do STF

Abaixo constam os Recursos Extraordinários acompanhados de suas respectivas emendas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 PARANÁ
RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA RECTE.(S) :IMCOPA
IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E INDÚSTRIA DE ÓLEOS
LTDA ADV.(A / S) : LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA
AZEVEDO E OUTRO (A / S) ADV.(A / S) : ANDRÉ
MARTINS DE ANDRADE RECDO.(A / S) : UNIÃO PROC.
(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DA FAZENDA
NACIONAL. **EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO
COM REPERCUSSÃO**

**GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO
DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO.
APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE
NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 240.785 MINAS GERAIS
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO RECTE.(S) :AUTO
AMERICANO S/A DISTRIBUIDOR DE PEÇAS ADV.(A/S)
:CRISTIANE ROMANO E OUTRO(A/S) RECDO.(A/S)
:UNIÃO PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA
FAZENDA NACIONAL **Ementa: TRIBUTO – BASE DE
INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não
bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico
constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo
tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE
DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que
relativo a título de Imposto sobre a Circulação de
Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de
incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de
faturamento**

Por se tratar de análise de mérito semelhante o Secretário Judiciário do Supremo, nos termos da Resolução nº 384/2008, encaminhou a Petição/STF nº 47.034/2014, de autoria da Fazenda Nacional, endereçada ao Ministro Presidente a fim de que os recursos extraordinários fossem julgados em conjunto conforme DJE nº 200, divulgado em 13/10/2014:

O Secretário Judiciário do Supremo, nos termos da Resolução nº 384/2008, encaminha a Petição/STF nº 47.034/2014, endereçada ao Ministro Presidente, mediante a qual a Fazenda Nacional suscita a conveniência de submeter ao crivo do Plenário questão de ordem referente à possibilidade de julgamento conjunto deste recurso e o de nº 574.706 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, ou pelo menos dos extraordinários.

No contra ponto, o Ministro Marco Aurélio – relator, em decisão monocrática “Indefiro o pedido formalizado”, em 08 de outubro de 2014.

O STF emitiu o informativo 762/STF em que excluiu o RE 240.785 da qualidade de repercussão geral, por conter vícios, e conferiu RE 574.706 o mérito que após acordo final será de repercussão geral. Vejamos:

PLENÁRIO - Incidência da COFINS sobre o ICMS -

O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF [“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: ... b) a receita ou o faturamento”] — v. Informativos 161 e 437. Com base nesse entendimento, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, proveu recurso extraordinário. De início, deliberou pelo prosseguimento na apreciação do feito, independentemente do exame conjunto com a ADC 18/DF (cujo mérito encontra-se pendente de julgamento) e com o RE 544.706/PR (com repercussão geral reconhecida em tema idêntico ao da presente controvérsia). O Colegiado destacou a demora para a solução do caso, tendo em conta que a análise do processo fora iniciada em 1999. Ademais, nesse interregno, teria havido alteração substancial na composição da Corte, a recomendar que o julgamento se limitasse ao recurso em questão, sem que lhe fosse atribuído o caráter de repercussão geral. Em seguida, o Tribunal entendeu que a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento. Vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, que desproviavam o recurso. O primeiro considerava que o montante do ICMS integraria a base de cálculo da COFINS por estar incluído no faturamento e se tratar de imposto indireto que se agregaria ao preço da mercadoria. O segundo pontuava que a COFINS não incidiria sobre a renda, e nem sobre o incremento patrimonial líquido, que considerasse custos e demais gastos que

viabilizassem a operação, mas sobre o produto das operações, da mesma maneira que outros tributos como o ICMS e o ISS. Ressaltava, assim, que, apenas por lei ou por norma constitucional se poderia excluir qualquer fator que compusesse o objeto da COFINS. (RE 240785/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 8.10.2014. (RE-240785)

6.2 Acórdão do RE 574.706 PARANÁ e posicionamento da Procuradoria Geral da Republica

A decisão do STF na de tese de “o ICMS não compor a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins” foi em defesa dos direitos fundamentais do contribuinte conforme segue parte do acórdão do RE 574.706:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto (Plenário,15.3.2017).

A então Procuradora geral da república Raquel Elias Ferreira Dodge, requereu por petição apresentada em 30.4.2019, vistas ao Recurso Extraordinário. Tendo o despacho em DJE nº 107 divulgado em 21/05/2019, pela Ministra Carmen Lúcia.

Em 04/06/2019 ocorreu a manifestação da PGR conforme citação abaixo:

O feito veio com vista à Procuradoria-Geral da República quando do reconhecimento da existência de repercussão geral da questão constitucional debatida, tendo este órgão ministerial opinado, à época, no sentido de que se aguardasse decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade que debatia controvérsia semelhante (ADC 18). Sem novo encaminhamento ao Ministério Público Federal, o recurso foi incluído em pauta e julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 15 de março de 2017, tendo a Corte, na oportunidade, fixado a seguinte tese: “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”[...] Em outras palavras, a questão destes autos consiste em definir se revela-se compatível ou inconciliável com a ordem constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. O tema guarda complexidade, tanto que a solução deste recurso deu-se após amplo debate e por apertado placar, mesmo com a matéria já tendo sido analisada em diversas outras oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal (DODGE, 2019).

É possível notar neste fragmento, que a matéria em questão, possui grande grau de complexidade. Abaixo duas vertentes: “em defesa do contribuinte” ou na repercussão que se dará aos cofres do Estado.

O Plenário da Suprema Corte, por maioria, entendeu indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições, assentando que os valores correspondentes ao tributo não compõem a definição de faturamento para aquela finalidade. Concluiu o acórdão que o valor pertinente ao ICMS é repassado ao Poder Público, dele não sendo titular a empresa, situação que faz tal ingresso não se qualificar como receita pertencente ao contribuinte. Orientação em sentido oposto tiveram os ministros da corrente minoritária que fixaram a premissa de que (i) o conceito constitucional de faturamento é aberto e não afronta o art. 195–I–b da Constituição o fato de o ICMS compor a base de cálculo do PIS e da COFINS; e (ii) a inclusão do ICMS na base de cálculo daquelas contribuições não constitui lesão a qualquer direito fundamental do contribuinte (DODGE, 2019).

Por fim, a Procuradoria Geral da República considerando o posicionamento da Fazenda Nacional conclui o embargo da declaração como segue:

Contra esta decisão, a União opõe os presentes embargos de declaração, suscitando a existência de vícios que possibilitariam a atribuição de efeitos infringentes ao recurso, impondo a modificação do aresto. Requer, ainda, seja feita a modulação dos efeitos do julgado [...] Além de explicitar detalhadamente a orientação jurisprudencial da Corte acerca da definição de faturamento, a Relatora minudenciou o decidido no RE 240785 – que tam bém tratou da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS – elucidando as duas correntes então formadas no julgamento: a dos ministros que concluíram compor o ICMS o preço da mercadoria ou do serviço e afirmaram a sua inclusão no conceito de faturamento; e a daqueles que entendiam o inverso e afastaram o tributo daquela definição.[...] Assim, opino pelo parcial provimento dos embargos, tão somente para que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste recurso paradigmático tenha eficácia *pro futuro*, a partir do julgamento destes declaratórios (DODGE, 2019).

A procuradora geral da república Raquel Dodge enfatizou que a modulação do RE 574.706 poderia acarretar um evento negativo considerando a situação econômica do Brasil se efetivamente retroagir a decisão para todos os casos ajuizados.

Fica claro que a decisão tomada pela Suprema Corte, formada em sede de repercussão geral e, portanto, com eficácia vinculante e efeitos ultra partes, produz importante modificação no sistema tributário brasileiro, alcança um grande número de transações fiscais e pode acarretar o pagamento de restituições que implicarão vultosos dispêndios pelo Poder Público. Todos esses riscos, somados à atual e notória crise econômica por que passa o país e à necessidade de dar-se primazia ao equilíbrio orçamentário financeiro do Estado, impõem a cautela de proceder-se à modulação dos efeitos da decisão embargada, de modo que o cumprimento do aresto não detenha efeitos retroativos, mas eficácia póstera. Assim, opino pelo parcial provimento dos embargos, tão somente para que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste recurso paradigmático tenha eficácia *pro futuro*, a partir do julgamento destes declaratórios (DODGE, 2019).

Por todo o exposto a Suprema Corte apresenta-se dividida, tendo em questão o direito do contribuinte que se modulado retroagindo alcançará mais de 10.000 processos e no oposto uma possível consequência desastrosa aos cofres públicos.

7 O Amicus Curiae no processo constitucional

Diante do que foi exposto e, notada a divergência entre o Direito Fundamental do contribuinte assegurado pelo STF, bem como a posição da procuradoria Geral da república quanto da aplicação da modulação, fez necessário a intervenção de terceiros no processo, na modalidade de Amicus Curiae .

“A figura do amicus curiae é, inquestionavelmente, no panorama jurídico contemporâneo brasileiro, de grande relevância no processo constitucional, porquanto o Supremo Tribunal Federal vem, cada vez mais, admitindo seu ingresso como interveniente, tanto em sede controle de constitucionalidade abstrato como em sede de controle de constitucionalidade concreto (CNM, 2016, p.13).

O Capítulo V do CPC/2015 positiva a aplicação do Amicus Curiae:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em 06/06/2019 às 13:48:06 peticionou-se o pedido de Amicus Curiae no RE 574.706, a fim de observar a lide, nela intervir fazendo apontamentos e sugestões à Corte.

8 Votação para modulação

Definiu-se a votação para 05/12/2019 conforme publicado no portal do STF, toda via a mesma foi excluído do calendário de julgamento pelo Presidente em 28/11/2019. Sendo que até o momento de conclusão deste artigo não se tem um prazo para submissão ao plenário do recurso extraordinário.

9 Conclusão e Resultados

Além do contexto doutrinal e da jurisprudência que foram estudados pode-se apresentar como resultado que o mérito do artigo é sem dúvida, de interesse comum de todos os brasileiros, e não somente de acadêmicos e pesquisadores. Trata-se um questionamento político-econômico-social que está no ápice de sua apreciação pelos poderes constituídos de modo especial em apreciação pela Procuradoria Geral da Republica no e pelo E.STF.

Outro resultado é o juntado de informações e pesquisas que ficarão a disposição da comunidade acadêmica bem como de todo o povo brasileiro que constantemente questiona a tributação “abusiva” no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Florense, 2003.

BRASIL. **Processos STF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1736915> Acesso em: 15/11/2019

BRASIL. **Informativo STF**: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo762.htm#Incid%C3%Aancia%20da%20COFINS%20sobre%20o%20ICMS%20-%203> Acesso em: 15/11/2019

BRASIL. **Peça STF** [http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id= 267360963&ext=.pdf](http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267360963&ext=.pdf)

BRASIL, **Lei complementar nº 87, de 13 de Setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 15/11/2019

BRASIL, **Glossário STF** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/> Acesso em: 15/11/2019

BRASIL. **STF Acórdão** Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&do cID=630123](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doCID=630123) Acesso: 25/10/2018

CNM – Confederação Nacional de Municípios. **Amicus Curiaes. Causas Municipalistas**. STF. – Brasília: CNM, 2016, 112 p.

FILOMENO, J. G. B, **Manual de teoria geral do Estado e ciência política**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

HOBBS, T., 1588/1679. **Leviatã/Thomas Hobbes**; [tradução Rosina D'Angina]. 1.ed. – São Paulo; Martin Claret, 2014

MACHADO, H. B. **Curso de direito tributário**. 38.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. 560 p.

MORAES, B. R. **Compêndio de direito tributário** 3 ed. rev., aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v 1.

MORAES, B. R. **Compêndio de direito tributário** 3 ed. rev., aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v 2.

VADE Mecum **RT 2019/Equipe RT**. – 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.