

## Reflexões sobre o Recurso Extraordinário n. 574.706/PR

### *Reflections on the Extraordinary Appeal n. 574.706/PR*

Viviane Lemes da Rosa

Advogada. Diretora da Geslat – Gestão de Laticínios. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Especialista em Gestão Estratégica pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em *Marketing Intelligence* pela Universidade NOVA de Lisboa. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Santa Catarina. *E-mail*: viviane@geslat.com.br.

Recebido em: 09-04-2019

Aprovado em: 29-10-2019

#### *Resumo*

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não compõe a base de cálculo das Contribuições aos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Este estudo tem como objeto o julgamento do Recurso Extraordinário n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal enquanto Corte de Precedentes responsável por dar a última palavra, dentro do Judiciário, a respeito da interpretação das normas constitucionais. Após analisar o precedente, foram realizadas cinco críticas ao julgamento e cinco apontamentos de ordem processual.

*Palavras-chave*: Supremo Tribunal Federal. Precedente. Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. ICMS. PIS/COFINS.

#### *Abstract*

In judging Extraordinary Appeal No. 574.706/PR, the Federal Supreme Court ruled that the Tax on the Circulation of Goods and Services (ICMS) does not compose the calculation basis for Contributions to the Programs of Social Integration and Formation of Public Servants' Patrimony (PIS/PASEP) and the Contribution for Social Security Financing (COFINS). The present study has as its object the study of the judgment of Extraordinary Appeal No. 574.706/PR by the Federal Supreme Court as Court of Precedents responsible for giving the last word within the Judiciary regarding the interpretation of constitutional norms. After analyzing the precedent, five criticisms to the judgment and five procedural notes were made.

*Keywords*: Federal Supreme Court. Precedent. Extraordinary Appeal no. 574.706/PR. ICMS. PIS/COFINS.

## I. Introdução

Este estudo tem por objeto analisar a controvérsia acerca da exclusão do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) a partir do Recurso Extraordinário (RE) n. 574.706/PR, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 15 de março de 2017, com repercussão geral reconhecida.

Trata-se de decisão contraposta à posição já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) – inclusive por enunciados de súmula – e adotada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Entretanto, a decisão da Corte Constitucional a respeito da matéria deve alterar totalmente o quadro, que é especialmente complexo por se tratar de matéria tributária que afeta diretamente inúmeros contribuintes em todo o território brasileiro.

Ressalta-se que o objeto deste estudo não é a análise do mérito do recurso repetitivo, ou seja, a (in)constitucionalidade da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, mas as questões processuais e constitucionais que a decisão envolve, principalmente à luz da teoria dos precedentes.

Em um primeiro momento, identificaremos a controvérsia de fundo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, que é a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS e suas repercussões no âmbito jurisprudencial. Posteriormente, realizaremos uma análise sob o viés precedentalista para levantar cinco críticas ao julgamento do referido recurso. Por fim, faremos cinco apontamentos relacionados a aspectos processuais do julgamento.

## II. A controvérsia sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS

Enquanto a contribuição para o PIS está prevista no art. 239 da Constituição Federal, a contribuição para a COFINS consta no art. 195, I, “b”, da Constituição Federal. Inicialmente, essas contribuições eram pagas em um regime cumulativo, sobre o lucro presumido e em alíquotas relativamente baixas. Todavia, as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003 introduziram o regime não cumulativo às contribuições ao PIS/COFINS, estabelecendo alíquotas maiores para esse regime de apuração e permitindo o aproveitamento de créditos. Ao contrário do regime não cumulativo, o regime cumulativo não admite a dedução posterior das contribuições pagas anteriormente, o que tem feito inúmeros contribuintes optarem pelo regime não cumulativo.

A controvérsia jurídica reside no fato de que, enquanto no regime cumulativo a base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS é o faturamento, no regime não cumulativo a base de cálculo consiste na totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, como se pode inferir do art. 1º, § 2º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003.

Ante o teor lacunoso da legislação, surgiram os seguintes questionamentos: qual a definição de receita? A legislação refere-se à receita bruta ou à receita líquida?

da? Qual a diferença entre os conceitos de receita e faturamento? Pode o ICMS integrar a receita ou o faturamento? Então, pode o ICMS compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS?

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 606.107/RS – com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* em razão do reconhecimento da repercussão geral, com base no art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973 –, o Supremo Tribunal Federal definiu que “o conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, “b”, da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil”<sup>1</sup>.

Em referido precedente, o Supremo Tribunal Federal afastou a incidência das contribuições ao PIS/COFINS sobre os valores oriundos da transferência onerosa de créditos de ICMS decorrentes de exportação. Todavia, apesar de ter consolidado o entendimento de que o conceito de receita não é o contábil, não definiu qual seria o conceito jurídico de receita.

Fabio Rodrigues de Oliveira esclarece que essa operação não consiste em receita contábil porque “na transferência de crédito acumulado do ICMS não se transita em conta de receita”<sup>2</sup>. O autor destaca que tributos incidentes sobre a venda (como, por exemplo, IPI, ICMS, ISS) e as contribuições ao PIS e à COFINS não configuram receitas da empresa, mas do ente tributário que os recebe<sup>3</sup>.

Por sua vez, Geraldo Ataliba sustenta que nem toda entrada é uma receita, pois “o conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada”, e esta “é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de uma entidade”. Desse modo, “nem toda entrada é uma receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso que venha a integrar o patrimônio da entidade que a recebe”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> A ementa do julgado foi a seguinte: “Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Imunidade. Hermenêutica. Contribuição ao PIS E COFINS. Não incidência. Teleologia da norma. Empresa exportadora. Créditos de ICMS transferidos a terceiros. (...) V – O conceito de receita, acolhido pelo art. 195, I, ‘b’, da Constituição Federal, não se confunde com o conceito contábil. Entendimento, aliás, expresso nas Leis 10.637/02 (art. 1º) e Lei 10.833/03 (art. 1º), que determinam a incidência da contribuição ao PIS/PASEP e da COFINS não cumulativas sobre o total das receitas, ‘independentemente de sua denominação ou classificação contábil’. Ainda que a contabilidade elaborada para fins de informação ao mercado, gestão e planejamento das empresas possa ser tomada pela lei como ponto de partida para a determinação das bases de cálculo de diversos tributos, de modo algum subordina a tributação. A contabilidade constitui ferramenta utilizada também para fins tributários, mas moldada nesta seara pelos princípios e regras próprios do Direito Tributário. Sob o específico prisma constitucional, receita bruta pode ser definida como o ingresso financeiro que se integra no patrimônio na condição de elemento novo e positivo, sem reservas ou condições. (...) Recurso extraordinário conhecido e não provido, aplicando-se aos recursos sobrestados, que versem sobre o tema decidido, o art. 543-B, § 3º, do CPC”. (BRASIL. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 606.107/RS. Relatora Ministra Rosa Weber, j. 22.05.2013).

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de. *PIS e COFINS na prática*. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft Editora, 2016, p. 56.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>4</sup> ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre Serviços. Empresa de propaganda. Conceito de receita e critérios de lançamento. *Revista de Direito Administrativo* n. 107. Rio de Janeiro: FGV, 1972, p. 361.

Em suma, mesmo no âmbito doutrinário, há discussões e divergências a respeito das definições de receita e faturamento. Por isso, era muito importante que o Supremo Tribunal Federal tivesse definido tais noções durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 606.107/RS.

Posteriormente, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 240.785 por meio de decisão com efeitos *inter partes*, o Supremo Tribunal Federal afastou o ICMS da base de cálculo da contribuição à COFINS<sup>5</sup>. A conclusão de que o ICMS não compõe a base de cálculo da COFINS pautou-se em dois fundamentos: na impossibilidade de um tributo consistir em base de incidência de outro e no entendimento de que o ICMS é estranho ao conceito de faturamento.

O Ministro Marco Aurélio afirmou que o ICMS caracteriza ônus e que é difícil conceber um tributo que não traga vantagem para o contribuinte. Sustentou que o ICMS não poderia servir à incidência da COFINS porque “não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea ‘b’ do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal”. Segundo o Ministro, “se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado, e não o vendedor da mercadoria”.

Como o julgado não era dotado de efeito vinculante e apresentava eficácia apenas *inter partes*, o entendimento não foi cristalizado por meio de precedente ou de coisa julgada com eficácia *erga omnes*<sup>6</sup>. Assim, não alcançou a coletividade dos jurisdicionados e não impediu que inúmeras ações discutindo a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS assolassem o Judiciário<sup>7</sup>.

As decisões judiciais divergiam diametralmente: enquanto alguns tribunais julgavam devida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/

<sup>5</sup> Segue a ementa do julgado: “Tributo – Base de incidência – Cumulação – Improriedade. 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”. (BRASIL. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 240.785/MG. Relator Ministro Marco Aurélio de Melo, j. 08.10.2014)

<sup>6</sup> Precedente e coisa julgada não se confundem. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni explica que, enquanto o precedente é caracterizado por (i) configurar Direito; (ii) auxiliar/contribuir para o juiz na solução do caso; (iii) ser passível de distinção e superação; (iv) aplicar-se a casos similares; (v) depender de interpretação e admitir espaços de manobra, a coisa julgada (i) constrange ou limita o juiz; (ii) é aplicada somente a casos idênticos; (iii) inibe novos processos; (iv) não admite superação e distinção; (v) não depende de interpretação, pois é aplicada no regime do “tudo ou nada” (MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. *Revista dos Tribunais* v. 284, 2018, p. 115-136).

<sup>7</sup> Em um sistema de precedentes ideal, levado a sério, seria absolutamente desnecessário que o Supremo Tribunal Federal proferisse outra decisão para definir a questão, funcionando esta mesma como precedente em razão da função da Corte Constitucional Suprema de intérprete das normas constitucionais. No entanto, no Brasil, há dificuldade em encarar as decisões da Corte como precedentes se a decisão não possui efeito vinculante. A existência do efeito vinculante (como eficácia anexa conferida por lei) sequer seria necessária se o próprio Supremo Tribunal Federal e as demais Cortes levassem os precedentes a sério.

COFINS<sup>8</sup>, outros a consideravam indevida<sup>9</sup>. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) chegou a julgar inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS na Arguição de Inconstitucionalidade n. 5032663-08.2014.404.7200, que foi posteriormente suspensa para aguardar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 574.706/PR.

Por sua vez, em sentido contrário ao Recurso Extraordinário n. 240.785, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou o entendimento de que a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS era devida. A jurisprudência dominante implicou a emissão dos Enunciados de Súmula n. 68 e 94. Apesar disso, havia na mesma Corte julgados contrários, como o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 593.627, o que demonstra que as súmulas não foram capazes de uniformizar sequer o posicionamento dentro da própria Corte.

Diante da multiplicidade de recursos versando sobre a mesma questão, da importância do tema em nível nacional – com consideráveis repercussões econômicas para o fisco e os contribuintes – e da ausência de um posicionamento firme e consolidado no âmbito judicial, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão em 24 de abril de 2008.

Com fulcro no art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973, a Corte afetou o Recurso Extraordinário n. 574.706/PR para julgamento por meio de decisão dotada de efeito vinculante (obrigatório para os poderes Executivo e Judiciário) e com eficácia *erga omnes* (modo de formação da coisa julgada que se estende a todos os jurisdicionados no território brasileiro), de modo a consolidar o entendimento do Judiciário acerca da possibilidade ou não de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

### III. Análise e críticas ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 574.706/PR

Após quase nove anos de tramitação e dos requerimentos de ingresso de várias entidades na condição de *amici curiae*, o Recurso Extraordinário n. 574.706/PR foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Em 15 de março de 2017, a Corte Constitucional definiu o Tema n. 69 da Repercussão Geral: “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”.

<sup>8</sup> Nesse sentido há diversos julgados do STJ apoiados, sobretudo, nas Súmulas n. 68 e 94 do STJ: AgRg no Ag 1.005.267/RS, REsp 881.370/RJ, AgRg no REsp 1.135.146/RJ, AgRg no Ag 1.018.355/RS, AgRg no Ag 1.006.265/RS, REsp 1.144.469/PR, AgInt no AgInt no AgRg no REsp 1.068.235/PE 2008/0133176-3, AgInt no Ag 1.421.447/BA 2011/0131356-0, AgRg no Ag 1/069/974/PR, EDcl no AgRg no Ag 833/908/SP, AgRg no REsp 1.135.146/RJ. Também os TRFs das 1ª e 2ª Regiões: TRF-1 – AGA: 00071963120154010000 0007196-31.2015.4.01.0000, TRF-1 – AGA: 00025784320154010000 0002578-43.2015.4.01.0000, TRF-2 00064002620074025001 ES 0006400-26.2007.4.02.5001, TRF-2 – EDREO: 0 92.02.16432-0.

<sup>9</sup> Há inúmeras decisões do TRF-4: AC 5042092-81.2014.4.04.7108/RS; AC 0032314-12.2008.4.04.7100/RS; AC 5044818-52.2014.4.04.7100/RS; AC 5072923-39.2014.4.04.7100/RS; AC 5042034-78.2014.4.04.7108/RS; AC 5073235-24.2014.4.04.7000/PR; AC 5073772-20.2014.4.04.7000 PR; AC 5070114-47.2012.4.04.7100/RS; AC 5047871-41.2014.4.04.7100/RS; AC 5035290-82.2014.4.04.7200/SC; AC-RN 5035290-82.2014.4.04.7200/SC.

Embora o dispositivo do acórdão e o referido tema tenham sido inseridos no *site* da Corte no mesmo dia do julgamento, o inteiro teor do acórdão só foi publicado em 2 de outubro de 2017, ocasionando preocupação nos jurisdicionados e tumulto no Judiciário. Com a ampla divulgação na mídia de um dos primeiros resultados benéficos ao contribuinte desde a instauração da crise político-econômica que assola o país desde a eleição presidencial de 2014, inúmeros contribuintes propuseram demandas para obter a declaração de inexistência de PIS/COFINS sobre o ICMS e o ressarcimento dos valores pagos dentro do prazo prescricional. Essas demandas foram propostas apenas com base no resultado do julgamento e no tema inserido no próprio *site* do STF: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

O clima de insegurança jurídica instaurado com a demora na publicação do inteiro teor do acórdão se intensificou por conta do posicionamento da Procuradoria da Fazenda Nacional, que passou a sustentar que apenas determinadas modalidades de ICMS poderiam ser ressarcidas ao contribuinte – o ICMS efetivamente recolhido e não aquele constante nas notas fiscais de saída – e que isso só ficaria claro com a publicação do precedente. A verdade é que a Procuradoria buscava ganhar tempo por meio da suspensão dos processos, pois opôs embargos declaratórios em face do acórdão do Supremo Tribunal Federal objetivando a modulação dos efeitos da decisão.

A Corte Constitucional não fez qualquer ressalva quanto à inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições a PIS/COFINS no acórdão do precedente, que restou assim ementado:

“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.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”<sup>10</sup>

Em ordem cronológica, assim votaram os ministros:

<i>Ministro</i>	<i>Posição</i>	<i>Proposição</i>
Cármen Lúcia	Vencedor	“O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.”
Luiz Edson Fachin	Vencido	“O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela sociedade empresária, compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS e à COFINS, por ser integrante do conceito de receita bruta, base de cálculo das referidas exações.”
Luís Roberto Barroso	Vencido	“É constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.”
Rosa Weber	Vencedor	Acompanhou relatora
Luiz Fux	Vencedor	Acompanhou relatora
Dias Toffoli	Vencido	Não formulou
Ricardo Lewandowski	Vencedor	Acompanhou relatora
Marco Aurélio	Vencedor	Acompanhou relatora
Gilmar Mendes	Vencido	Acompanhou a divergência de Fachin
Celso de Mello	Vencedor	“O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.”

Tabela 1: Decisões dos Ministros no Recurso Extraordinário n. 574.706/PR.

Fonte: O autor (2018).

Vê-se que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, foi a de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”. O fundamento determinante do precedente<sup>11</sup> não foi a

<sup>10</sup> BRASIL. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 15.03.2017.

<sup>11</sup> O art. 927, III, do Código de Processo Civil expressamente prevê que a decisão proferida em recurso extraordinário repetitivo deve ser observada pelos demais órgãos do Judiciário. Além disso, os arts. 1.040 e 1.041 do mesmo Código preveem a necessidade de observância de referida decisão pelos juízes e tribunais. O art. 988, § 5º, II, do Código dispõe sobre o cabimento de reclamação para garantir a autoridade e o cumprimento de tais modalidades decisórias da Corte Suprema.

impossibilidade de incidência de um tributo sobre outro – em verdade, vários Ministros fizeram questão de ressaltar que essa assertiva não é verdadeira e que sequer reflete a jurisprudência da Corte e a própria legislação brasileira –, mas o entendimento de que o ICMS não se insere no conceito de faturamento. O voto vencedor deixa claro o posicionamento adotado:

“Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na ‘fatura’ é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo, ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido. (...)”

9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. (...)

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”.

A Ministra Cármen Lúcia defendeu que o ICMS terá que ser repassado ao fisco em dado momento, motivo pelo qual não constitui receita do contribuinte e não se insere na definição de faturamento para os fins de apuração da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

O Ministro Ricardo Lewandowski também ressaltou que o ICMS é repassado ao Estado, limitando-se a transitar pela contabilidade do contribuinte, sem ingressar em seu patrimônio:

“Eu queria dizer que entendo, com a devida vênia, que não se pode considerar como ingresso tributável uma verba que é recebida pelo contribuinte apenas com o propósito de pronto repasse a terceiro, ou seja, ao Estado. E está-se diante de um fenômeno que o grande, eminente tributarista Roque Carrazza denomina de ‘mero trânsito contábil’. É um simples trânsito contábil, não ingressa no patrimônio da empresa, do contribuinte.

Não me impressiona, com o devido acatamento, o argumento que foi manejado aqui hoje nesta Sessão de que o contribuinte teria uma disponibilidade momentânea, transitória, do valor a ser repassado pelo Estado, inclusive passível de aplicação no mercado financeiro. É que essa verba correspondente ao

ICM é do Estado, sempre será do Estado e terá que um dia ser devolvida ao Estado; não ingressa jamais, insisto, no patrimônio do contribuinte. Em suma, eu penso que a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e Cofins subverte, sim, o conceito de faturamento ou de receita, em afronta àquilo que dispõe o artigo 195, I, b, da Constituição Federal, como foi, com muita propriedade, a meu ver, e com o devido respeito aos argumentos em contrário, agora ressaltado pelo Ministro Luiz Fux: o valor corresponde ao ICMS – eu, mais uma vez, repiso esse argumento – não possui a natureza jurídica de faturamento ou de receita. Por esse motivo é que a incidência dessas mencionadas contribuições – o PIS e a Cofins – sobre o tributo estadual fere, como disse o Ministro Celso de Mello num voto brilhante, agora reportado pelo Ministro Luiz Fux, dentre outros princípios, o princípio da capacidade contributiva”.

Após reiterar os termos do voto proferido no Recurso Extraordinário n. 240.785, o Ministro Celso de Mello manteve o posicionamento adotado anteriormente e explicou que, para configurar receita, o ingresso no patrimônio do contribuinte precisaria ser definitivo e importar acréscimo patrimonial, o que não ocorre com o ICMS.

O Ministro Marco Aurélio também retomou o voto proferido no Recurso Extraordinário n. 240.785 para defender que o ICMS não configura faturamento e nem receita bruta: “seja qual for a modalidade utilizada para recolhimento do ICMS, o valor respectivo não se transforma em faturamento, em receita bruta da empresa, porque é devido ao Estado”.

Sem adentrar o mérito da questão tributária<sup>12</sup> decidida pelo Supremo Tribunal Federal – quais os conceitos de receita e faturamento e se o ICMS compõe algum deles –, o fundamento adotado pela Corte para justificar a tese firmada – de que o ICMS não compõe a base de cálculo de PIS/COFINS – foi de que o ICMS não se insere na definição de faturamento que comporia a base de cálculo de tais contribuições.

Do conteúdo do voto vencedor e dos votos que o acompanharam é possível extrair que o Supremo Tribunal Federal em nenhum momento fez qualquer ressalva quanto à tese adotada, ou seja, não instituiu limitações temporais, legais ou de qualquer ordem à impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Após analisar a questão, a Corte firmou a tese de que o tributo simplesmente não pode compor a base de cálculo das contribuições. Mesmo podendo, nenhum ministro fez qualquer ressalva ao aderir ao voto vencedor. Em breve síntese: de nenhum modo pode o ICMS compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS.

---

<sup>12</sup> Como anunciado na introdução, este estudo não tem por escopo a análise da questão tributária que foi objeto de julgamento pelo RE n. 574.706/PR, mas sim as questões processuais e constitucionais envolvidas no julgamento, sob o viés da teoria dos precedentes.

Em que pese a vitória acirrada do voto vencedor – por apenas um voto de diferença<sup>13</sup> –, fato é que a tese firmada e a *ratio decidendi* do precedente restaram bastante claras: a tese é de que o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições a PIS/COFINS, e a razão de decidir é que o ICMS não integra o conceito de faturamento exigido para compor a base de cálculo de tais contribuições.

Apesar disso, uma série de críticas podem ser feitas à forma como ocorreu o julgamento. Em primeiro lugar, vislumbrou-se grande falta de diálogo entre os ministros. Primeiramente, houve uma tentativa de diálogo entre os Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, que se encerrou em atrito e sem nenhuma conclusão. Posteriormente, iniciou-se uma segunda possibilidade de diálogo entre os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux, o qual também foi encerrado de forma inconclusiva pela relatora Cármen Lúcia. Em geral, pode-se dizer que cada ministro limitou-se a proferir o próprio voto e a acompanhar ou não a relatora, sustentando as próprias razões sem dialogar e sem tentar convencer o outro. Mais uma vez, vislumbrou-se um precedente formado por soma de votos, em que há um breve e fraco diálogo apenas entre os votos convergentes e vencedores.

A segunda crítica refere-se à despreocupação dos ministros com a razão de decidir do precedente. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário afetado pelo art. 543-B do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015) consiste em precedente obrigatório, dotado de efeito vinculante por força dos arts. 927, III, 1.039, 1.040 e 1.041 do CPC.

Portanto, trata-se de legítimo precedente no sistema de precedentes brasileiro. Apesar disso, os ministros pareceram mais preocupados com a inserção de uma tese simplificada no *site* da Corte do que com os seus fundamentos. Parecem esquecer-se de que um precedente é formado pelos fundamentos que levaram os julgadores à atividade – não mais tripartida<sup>14</sup> – de compreensão, interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto.

Embora tenha restado claro que o ICMS não compõe o conceito de faturamento por ser tributo destinado ao Estado – que se limita a transitar pela contabilidade da empresa sem ingressar em seu patrimônio, e justamente por esse motivo não pode compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS – a Corte em nenhum momento chegou a uma conclusão quanto à definição dos conceitos de faturamento e de receita.

<sup>13</sup> Luiz Guilherme Marinoni explica que, apesar do estímulo ao consenso, nem sempre este será possível. Também assevera que o dissenso é importante por permitir que posicionamentos diversos sejam debatidos na Corte e que as diferentes posições sintam-se representadas, levando ao debate das questões, o que é assimilado com racionalidade da decisão. Para o autor, as decisões plurais são inevitáveis em nosso ordenamento, pois é da “essência da decisão dos nossos colegiados, aberta à discussão pública e ao dissenso” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 143-145).

<sup>14</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 406.

O Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de formular uma definição homogênea para as noções de faturamento e de receita, e sabe-se muito bem quanto tempo pode levar até que a questão seja afetada e julgada pela Corte. Até lá, permanecem a insegurança jurídica e a multiplicação de demandas com altos custos para o Poder Público como um todo (tanto para o próprio Judiciário quanto para o fisco).

Não se acredita que tal ponto da decisão caracterizaria *obiter dictum*<sup>15</sup>, porque está diretamente ligada ao fundamento determinante do precedente – que o ICMS não configura receita ou faturamento. Ao mesmo tempo, sabe-se que tal definição é de extrema relevância para o Direito Tributário como um todo. Assim, pode-se com segurança afirmar que o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de realizar atividade hermenêutica importante e que fortaleceria o precedente.

Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero explicam a importância da atividade jurisdicional das Cortes de Precedentes no julgamento de recursos especiais e extraordinários:

“O julgamento de um recurso extraordinário ou de um recurso especial constitui, portanto, uma oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça outorguem adequada interpretação ao direito, adscrevendo significado ao discurso do legislador (aos textos constitucionais e legais), reduzindo com isso o grau de indeterminação inerente ao direito. Em outras palavras, durante muito tempo a interpretação do direito foi apenas um meio para que essas cortes de vértice lograssem o fim controle dos casos evidenciados pelas decisões judiciais recorridas. Com o redimensionamento do papel dessas cortes, o controle das decisões tomadas no caso concreto (a aplicação do direito à espécie, como menciona o art. 1.034) é apenas um meio a fim de que a real finalidade dessas cortes possa ser desempenhada: o oferecimento de razões capazes de diminuir a indeterminação do direito mediante a adequada interpretação. Se antes a interpretação era o meio e o controle do caso era o fim, agora o controle do caso é o meio que proporciona o atingimento do fim interpretação.”<sup>16</sup>

Uma terceira crítica que pode ser feita ao julgamento refere-se à forma como ocorreram os debates com a sociedade. Os arts. 138, 927, § 2º, 950, §§ 1º a 3º, 983, § 1º, e 1.038, I e II, do Código de Processo Civil deixam claro o intuito do legislador de possibilitar a efetiva (e não apenas formal) participação da sociedade nos debates sobre a questão a ser decidida nos precedentes emanados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Do jeito que vêm sendo rea-

<sup>15</sup> *Obiter dicta* são questões secundárias analisadas no precedente, que não compõem a *ratio decidendi* e são incapazes de gerar vinculação. Possíveis definições de *obiter dictum* podem ser extraídas de MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015. v. 2, p. 545-546.

lizadas no Brasil, as deliberações com a sociedade não cumprem o escopo de dar voz aos interessados, de levar suas razões às Cortes. Todavia, não houve diálogo com especialistas na matéria e não se vislumbra uma análise específica ou debate com os terceiros interessados do processo<sup>17</sup>. Não há sequer menção às suas petições. Frise-se que o Supremo Tribunal Federal está a ponto de julgar embargos declaratórios em que se pleiteia a modulação dos efeitos do precedente, e nem mesmo assim a sociedade e os especialistas foram chamados a participar e contribuir para o debate.

A quarta crítica gira em torno da demora na publicação dos votos. O julgamento ocorreu em 15 de março de 2017, mas os votos e a certidão de julgamento somente foram publicados em 2 de outubro de 2017. A Corte não elaborou um acórdão uno, contemplando os entendimentos convergentes, mas admitiu o voto da Ministra Cármen Lúcia como acórdão. Por tal motivo, não há justificativa plausível para uma demora de quase sete meses na publicação. Durante todo esse período, inúmeras demandas foram propostas sem que a sociedade tivesse acesso aos fundamentos determinantes do julgado, o que faz toda a diferença.

E isso se reflete na quinta crítica a ser feita aqui: depois de toda a demora, publicou-se uma soma de votos representada pelo voto da relatora, sem modulação de efeitos, que agora pende de eventual complementação e/ou alteração por embargos declaratórios. Ao fim da sessão, requereu-se à Ministra Cármen Lúcia a modulação dos efeitos da decisão, pois ações tributárias normalmente contam com modulação para limitar os pedidos de ressarcimento, diante do impacto econômico de precedentes dessa natureza. Para a surpresa de todos, a Ministra respondeu que a Corte não costuma modular efeitos sem requerimento. O Ministro Dias Toffoli tentou discutir, mas não obteve êxito. Todavia, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que isso poderia ser feito por meio de embargos declaratórios, o que – novamente, uma surpresa – foi admitido pela relatora.

Do ponto de vista do direito processual, trata-se de triplo equívoco: em primeiro lugar, porque a modulação de efeitos independe de pedido das partes. Trata-se de medida imprescindível para que a Corte Constitucional profira decisões justas e que não violem a segurança jurídica e as legítimas expectativas dos jurisdicionados. A Corte pode fazê-lo *ex officio*, independentemente de qualquer requerimento.

Inclusive, o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, ao tratar da modulação de efeitos das decisões tomadas em recursos repetitivos, não elenca o requerimento das partes como requisito para sua realização: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modu-

---

<sup>17</sup> Inclusive, pode-se falar em ausência de representatividade adequada. Devido à abrangência e dificuldade do tema, não será aqui debatido, mas é abordado em ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

lação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini esclarecem que o dispositivo possui ampla incidência, não se limitando apenas aos casos de mudança de orientação da própria corte:

“A modulação dos efeitos pode incidir não apenas sobre uma decisão-quadro que altere a orientação antes fixada em outra decisão-quadro. É possível que a questão jamais tenha sido antes, objeto de procedimento de recursos repetitivos. Pode ocorrer que a orientação adotada no julgamento por amostragem pelo Tribunal superior seja diferente daquela que vinha sendo adotada em graus de jurisdição inferiores (p. ex., o STJ vinha adotando determinada orientação, e o STF, ao julgar procedimento de repetitivos, adota entendimento oposto; ou ao proceder ao julgamento por amostragem, o STJ posiciona-se de modo diferente do que vinha se posicionando a maioria dos Tribunais locais etc.) ou, até mesmo, que houvesse uma situação de absoluta indefinição nos graus de jurisdição inferiores – de modo que seria excessivamente impactante a aplicação retroativa do entendimento estabelecido na decisão-quadro. Em tais casos, também se justifica a modulação dos efeitos da decisão.”<sup>18</sup>

Como se vê, os autores citam justamente a hipótese do julgamento ora debatido (“p. ex., o STJ vinha adotando determinada orientação, e o STF, ao julgar procedimento de repetitivos, adota entendimento oposto”), visto que o precedente é completamente oposto às Súmulas n. 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Em segundo lugar, houve requerimento: a União questionou a respeito da modulação de efeitos durante a sessão de julgamento. Ante à importância do precedente tributário e da inexistência de previsão legal a respeito de um momento único para formulação de requerimento de modulação de efeitos, o requerimento oral deveria ter sido analisado. Poderia ter sido analisado imediatamente – desde que garantido o contraditório – ou, justamente pelas suas consideráveis repercussões, os Ministros poderiam designar nova sessão para decidi-lo. Esse último caso possibilitaria o devido contraditório e a oitiva prévia da sociedade e de especialistas antes da decisão a respeito da modulação.

Em terceiro lugar, se partirmos das falsas premissas adotadas pela Ministra Cármen Lúcia de que não houve requerimento de modulação e de que esse requerimento era necessário, então não há omissão capaz de justificar o cabimento de embargos declaratórios.

Em resumo, a Corte deveria ter repautado a sessão para o julgamento do pedido oral de modulação dos efeitos do precedente, mediante concessão de prazo para contraditório e promovendo os debates com especialistas e com a socieda-

---

<sup>18</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2, p. 649.

de, pois se trata de questão jurídica que impacta sobremaneira a economia brasileira como um todo. A expectativa de modulação via declaratórios nada mais fez do que ocasionar ainda mais insegurança aos jurisdicionados – assim como a demora na publicação do acórdão já havia ocasionado –, e os fundamentos utilizados para embasá-la não são consentâneos com o regramento jurídico da modulação de efeitos em nosso ordenamento ou com os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que tratam dos embargos declaratórios.

#### **IV. Cinco ponderações de ordem processual**

Necessário realizar cinco ponderações de ordem processual correlatas com o precedente debatido: (i) a suspensão dos processos em primeira e segunda instância; (ii) a conservação da eficácia das liminares; (iii) o desprovemento monocrático das apelações pelo relator; (iv) a eficácia executiva das sentenças declaratórias e (v) o cabimento de reclamação para garantir a observância do precedente.

A Procuradoria da Fazenda Nacional vem requerendo a suspensão dos feitos que tratam do tema, até a publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Tais requerimentos estavam sendo indeferidos pelos magistrados de primeira instância. Agora que o acórdão foi publicado, a Procuradoria tem pleiteado a suspensão até o trânsito em julgado do precedente. Esses requerimentos devem ser indeferidos por força do art. 1.040, III, do Código de Processo Civil, que prevê que o julgamento de eventuais processos suspensos deve ser retomado com a publicação do precedente e não com o seu trânsito em julgado.

Ainda que se mantenham suspensos os processos até o trânsito em julgado do precedente, é necessário observar que eventuais tutelas provisórias confirmadas em sentença preservam seus efeitos até o julgamento definitivo ou até serem revogadas, conforme prevê o art. 296 do Código de Processo Civil. E as apelações da União não podem ser recebidas no duplo efeito nestes casos, por força do art. 1.012, § 1º, V, do mesmo Código. Assim, cabe à União pleitear a revogação da tutela em tópico específico da apelação, consoante art. 1.013, § 5º, do CPC, sob pena de a tutela preservar seus efeitos na pendência dos julgamentos: “O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação”.

Caso não tenha havido pedido liminar ou este tenha sido indeferido por decisão não reformada, via de regra, o contribuinte não poderá efetuar as exclusões administrativas de base de cálculo porque, lamentavelmente, o Código de Processo Civil de 2015 perdeu a oportunidade de retirar o efeito suspensivo da apelação como regra<sup>19</sup>. Apesar disso, nada impede que o contribuinte pleiteie nova tutela de urgência ou da evidência, esta última pautada no art. 311, II, do Código de Processo Civil, devido ao RE n. 574.706/PR.

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. *Revista de Processo* v. 250, 2015, p. 267-268.

O terceiro ponto a ser elencado refere-se ao desprovemento monocrático das apelações pelo relator. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o relator do tribunal poderia negar seguimento às apelações contrárias a determinadas modalidades decisórias, por força do art. 557. Por sua vez, o art. 932, IV, “b”, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que o relator negará provimento ao recurso contrário a acórdão do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso repetitivo. Esse dispositivo se aplica à apelação por força do art. 1.011, I, do Código de Processo Civil.

Considerando que a decisão tomada no RE n. 574.706/PR configura precedente vinculante por força dos arts. 927, III, 1.039, 1.040 e 1.041 do Código de Processo Civil, bem como diante das previsões dos arts. 932, IV, “b”, e 1.011, I, do Código, tem-se que os recursos de apelação da União contrários a tal precedente podem ser desprovidos liminarmente pelo relator designado nos Tribunais Regionais Federais.

Em quarto lugar, importa ressaltar que as sentenças que versam sobre a indevida inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/COFINS podem declarar ou condenar a União ao ressarcimento dos valores pagos pelo contribuinte nos últimos cinco anos, independentemente de pedido das partes nesse sentido, pois sentenças declaratórias apresentam carga executiva. Mesmo que o juiz não faça constar em sentença o direito ao ressarcimento, este pode ser pleiteado em sede de cumprimento de sentença ou por requerimento administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou há muito o entendimento de que ações declaratórias possuem eficácia executiva<sup>20</sup>. Diante das inúmeras demandas envolvendo a mesma questão jurídica, o Superior Tribunal de Justiça definiu a questão ao julgar o Recurso Especial Repetitivo n. 1.261.888/RS<sup>21</sup>. Neste caso, em

<sup>20</sup> Nesse sentido, ver: BRASIL. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.031.800/SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 24.03.2009; BRASIL. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.100.820/SC. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18.09.2012; BRASIL. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial n. 609.266/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 23.08.2006.

<sup>21</sup> Segue a ementa do precedente: “Processual civil. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Sentença que condena concessionária de energia elétrica em obrigação de não fazer (impedimento de corte no fornecimento) e declara legal a cobrança impugnada em juízo, salvo quanto ao custo administrativo de 30% referente a cálculo de recuperação. Aplicação do art. 475-N, inc. I, do CPC pela concessionária em relação à parte do que foi impugnado pelo consumidor na fase de conhecimento. Possibilidade no caso concreto. 1. Com a atual redação do art. 475-N, inc. I, do CPC, atribuiu-se ‘eficácia executiva’ às sentenças ‘que reconhecem a existência de obrigação de pagar quantia’. 2. No caso concreto, a sentença que se pretende executar está incluída nessa espécie de provimento judicial, uma vez que julgou parcialmente procedente o pedido autoral para (i) reconhecer a legalidade do débito impugnado, embora (ii) declarando inexigível a cobrança de custo administrativo de 30% do cálculo de recuperação de consumo elaborado pela concessionária recorrente, e (iii) discriminar os ônus da sucumbência (v. fl. 26, e-STJ). 3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08”. BRASIL. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.261.888/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 09.11.2011.

primeira instância foi julgado improcedente o pedido do consumidor de declaração de inexigibilidade de uma cobrança. Então, a concessionária ingressou com o cumprimento dessa sentença para cobrar os valores, mesmo sem ter apresentado reconvenção durante a fase de conhecimento. A questão chegou até o Superior Tribunal de Justiça, que afetou o recurso especial como repetitivo e concluiu que o cumprimento da sentença declaratória era plenamente possível, mesmo inexistindo requerimento expresso da parte, pois a decisão declaratória possui eficácia executiva.

No Recurso Especial n. 1.324.152/SP, também dotado de efeito vinculante, o Superior Tribunal de Justiça novamente reconheceu a possibilidade de trâmite do cumprimento de sentença independentemente de condenação expressa na decisão judicial. Para além desses precedentes, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 461, de modo a deixar indene de dúvidas a sua posição a respeito da eficácia executiva da sentença declaratória: “O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado”.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui inúmeras decisões aplicando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup>. A doutrina também se manifestou no sentido de que a sentença meramente declaratória pode constituir título executivo judicial quando a decisão reconhecer a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa<sup>23</sup>. Entende-se ainda que, na hipótese de demanda movida contra o fisco, tal sentença torna possível a compensação no âmbito administrativo, permitindo-se que o contribuinte deixe de recolher tributos até o valor da obrigação declarada em juízo<sup>24</sup>.

Neste ponto também é possível que a apelação seja desprovida por decisão monocrática do relator, com base nos arts. 927, III, 932, IV, “b”, 1.011, I, e 1.039 do CPC, por afronta aos Recursos Especiais n. 1.261.888/RS e 1.324.152/SP.

<sup>22</sup> BRASIL. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50623548520144047000. Relator Desembargador Joel Ilan Paciornik, j. 30.07.2015; BRASIL. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50081583420154047000. Relator Desembargador Rômulo Pizzolatti, j. 17.03.2016; BRASIL. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50081549420154047000. Relator Desembargador Rômulo Pizzolatti, j. 17.03.2016; BRASIL. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50623452620144047000. Relatora Desembargadora Cláudia Maria Dadico, j. 18.06.2015; BRASIL. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50623825320144047000. Relatora Desembargadora Cláudia Maria Dadico, j. 18.06.2015; BRASIL. Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC n. 50651565620144047000. Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 21.06.2017; BRASIL. Terceira Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. MS 50161652620174047200. Relator Desembargador Adamastor Nicolau Turnes, j. 24.10.2017.

<sup>23</sup> CAMPOS, Rogério; SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier; ADÃO, Sandro Brandi; GOMES, Leonardo Rufino de Oliveira; e DAMBROS, Cristiano Dressler. (orgs). *Novo código de processo civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: RT, 2017, p. 115.

<sup>24</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 514-515.

Por fim, como última observação de ordem processual, ressalta-se o cabimento de reclamação contra as decisões que deixem de observar o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, uma vez esgotadas as vias ordinárias, conforme o art. 988, I, II, § 5º, II, do CPC.

## V. Conclusões

Ao julgar o Recurso Extraordinário n. 574.706/PR, o Supremo Tribunal Federal declarou indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, pelo fundamento de que o ICMS é estranho ao conceito de faturamento. Referido julgado consiste em precedente dotado de efeito vinculante (de observância obrigatória pelo Executivo e Judiciário), por força dos arts. 927, III, 1.039, 1.040 e 1.041 do CPC.

A princípio, cinco críticas podem ser feitas à forma como ocorreu referido julgamento: (i) houve ausência de diálogo efetivo e aberto entre os ministros no momento do julgamento, sem qualquer busca pelo consenso (embora reconheça-se a importância do dissenso<sup>25</sup>); (ii) houve despreocupação com a *ratio decidendi* do precedente, deixando-se de definir pontos importantes, como o conceito de faturamento; (iii) não houve participação e deliberação efetiva com a sociedade no julgamento; (iv) a demora na publicação do acórdão ocasionou considerável insegurança jurídica; e (v) deveria ter sido realizada a modulação dos efeitos da decisão, independentemente de embargos declaratórios. Como exposto, essas críticas têm como nortes a segurança jurídica e o correto desempenho das funções interpretativas da Corte de Precedentes.

Por fim, pontuaram-se cinco aspectos processuais do julgamento: (i) a impossibilidade de suspensão dos feitos até o trânsito em julgado do precedente por força do art. 1.040, III, do Código de Processo Civil; (ii) a conservação da eficácia das tutelas provisórias até sua expressa revogação (arts. 296, 1.012, § 1º, V, 1.013, § 5º, CPC); (iii) o desprovimento monocrático das apelações da União pelo relator em caso de inobservância do precedente (art. 932, IV, “b”, e 1.011, I, do CPC); (iv) a desnecessidade de pleito e decisão expressa de ressarcimento em razão da eficácia executiva das sentenças declaratórias (REsp n. 1.261.888/RS e 1.324.152/SP e Súmula n. 461 do STJ) e (v) o cabimento de reclamação para garantir a observância dos Recursos Especiais n. 1.261.888/RS e 1.324.152/SP e do Recurso Extraordinário n. 574.706/PR (art. 988, I, II, § 5º, II, CPC).

## Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre Serviços. Empresa de propaganda. Conceito de receita e critérios de lançamento. *Revista de Direito Administrativo* n. 107. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

<sup>25</sup> Sobre o tema, ver TUSHNET, Mark. *I dissent: great opposing opinions in landmark supreme court cases*. Boston: Beacon, 2008.

- BRASIL. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.324.152/SP. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. 04.05.2016.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <goo.gl/af3bWn>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <goo.gl/Jb8oXb>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Lei n. 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Disponível em: <goo.gl/7YSRGa>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/fjK3x5>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <goo.gl/NbRbpB>. Acesso em: 27 jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 606.107/RS. Relatora Ministra Rosa Weber, j. 22.05.2013.
- \_\_\_\_\_. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 240.785/MG. Relator Ministro Marco Aurélio de Melo, j. 08.10.2014.
- \_\_\_\_\_. Pleno do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 574.706/PR. Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 15.03.2017.
- \_\_\_\_\_. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.261.888/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 09.11.2011.
- \_\_\_\_\_. Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial n. 609.266/RS. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 23.08.2006.
- \_\_\_\_\_. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50623452620144047000. Relatora Desembargadora Cláudia Maria Dadico, j. 18.06.2015.
- \_\_\_\_\_. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50623548520144047000. Relator Desembargador Joel Ilan Paciornik, j. 30.07.2015.
- \_\_\_\_\_. Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF n. 50081583420154047000. Relator Desembargador Rômulo Pizzolatti, j. 17.03.2016.
- \_\_\_\_\_. Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.100.820/SC. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18.09.2012.
- \_\_\_\_\_. Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC n. 50651565620144047000. Relatora Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 21.06.2017.
- \_\_\_\_\_. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.031.800/SC. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 24.03.2009.
- \_\_\_\_\_. Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Arguição de Inconstitucionalidade n. 5032663-08.2014.404.7200. Relator Desembargador Otávio Roberto Pamplona, j. 19.11.2015.

- \_\_\_\_\_. Terceira Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. MS 50161652620174047200. Relator Desembargador Adamastor Nicolau Turnes, j. 24.10.2017.
- CAMPOS, Rogério; SEEFELDER FILHO, Claudio Xavier; ADÃO, Sandro Brandi; GOMES, Leonardo Rufino de Oliveira; e DAMBROS, Cristiano Dressler. (orgs). *Novo código de processo civil comentado na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: RT, 2017.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. V. 2. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.
- \_\_\_\_\_. Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios. *Revista dos Tribunais* v. 284, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- OLIVEIRA, Fabio Rodrigues de. *PIS e COFINS na prática*. 2. ed. São Paulo: FIS-COSoft Editora, 2016.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. *Revista de Processo* v. 250, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2.