Editorial
Pensata
Ponto de vista
Notas

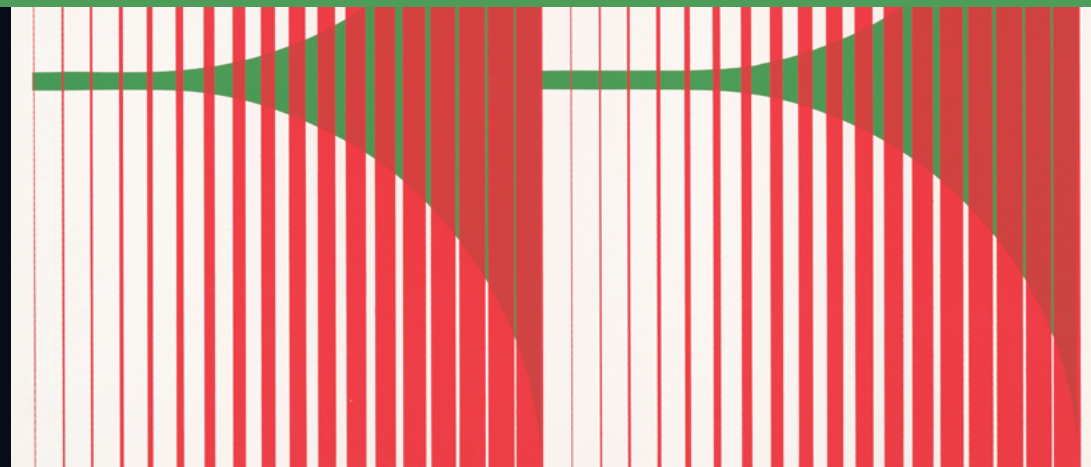
O começo de uma ampla reforma

REFORMA ADMINISTRATIVA: PROPOSTAS DE MELHORIAS À PEC 32/2020

Direito Contemporâneo #2

junho . julho

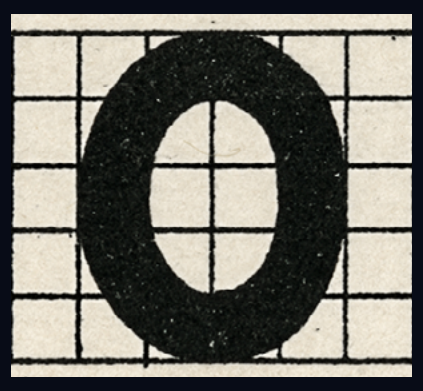
2021



Editorial

UM ESTADO PESADO SOBRE OS OMBROS DA SOCIEDADE

Ives Gandra Martins é presidente do Conselho Superior de Direito (CSD) da FecomercioSP



O SEGUNDO BOLETIM DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO É DEDICADO A DOIS TEMAS SENSÍVEIS NO MOMENTO.

O mundo inteiro, por força da pandemia, sofre um processo inflacionário. Em abril, os Estados Unidos chegaram a 4,2% de inflação para o período de 12 meses. No Brasil, com mais de 5%, já ultrapassamos a meta programada antes deste segundo surto do covid-19, em 2021. A União Europeia, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estudam formas de sustar o processo natural, em que a queda de atividade econômica com menor arrecadação tributária e gastos públicos maiores, por força do atendimento hospitalar, da vacinação e do enfrentamento do resistente vírus, tem gerado impacto inflacionário. Este decorreria também de outros fatores, como o aumento do custo de commodities, principalmente no campo dos minérios, alimentação e petróleo, que são de grande expressão. Déficits orçamentários são cobertos por mais tributos, empréstimos públicos e emissão. Faltando os primeiros, a rolagem da dívida é mais onerosa em mais curto prazo, além do maior volume de moeda digital deslastreada.

Neste quadro, a preocupação mundial ainda carece da terapêutica, sendo que os bancos centrais do mundo inteiro estão percebendo que o remédio clássico de aumento de juros para controlar uma inflação que não é de demanda, mas de custos, oferece poucos resultados.

Voltam muitos países para a discussão do custo da máquina pública e de uma reforma tributária. Os Estados Unidos, para sustentar 1,9 trilhão de dólares de auxílio para reativação da economia, renovam os conselhos de Keynes a Roosevelt na famosa carta de 1933, que gerou o New Deal. Estão elevando a tributação sobre as empresas norte-americanas em seu território e no exterior, em aumento tributário que deverá impactar preços, embora possa auxiliar também a recuperação mundial, em tempos de pandemia.

No Brasil, os custos de uma Federação que não cabe no Produto Interno Bruto (PIB) e do caótico sistema fiscal voltam à baila com propostas ainda em fase de maturação das reformas Administrativa e Tributária.

É o que apresentamos neste segundo boletim, com algumas notas ao fim sobre temas discutidos no conselho.

O começo de uma ampla reforma

A Comissão de Estudos Legislativos do Conselho Superior de Direito do Ecossistema(CSDE) elaborou uma análise acerca dos principais pontos da PEC 32/2020, com propostas de inclusões e pontos de atenção

Carlos de Aragão
Assessor Especial da Presidência

A COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou, em 3 de novembro de 2021, o Parecer do Deputado Arthur Oliveira Maia (PEC 32/2020). A matéria recebeu um total de 48 votos favoráveis e 18 contrários. Agora, a PEC será analisada em comissão especial, que seguirá as diretrizes da Diretoria Executiva.

Durante a gestão do ex-Presidente da República Jair Bolsonaro, a Comissão de Estudos Legislativos do Conselho Superior de Direito do Ecossistema (CSDE) elaborou uma análise acerca dos principais pontos da PEC 32/2020, com propostas de inclusões e pontos de atenção. Na ocasião, foram elaboradas sugestões de emendas à PEC, que foram encaminhadas à Comissão Especial, com o objetivo de contribuir para a reforma administrativa.

Na ocasião, ficou-se ao encargo da Diretoria Executiva acerca a elaboração de um documento que sintetizasse as principais sugestões de emendas à PEC 32/2020, com o objetivo de contribuir para a reforma administrativa.

Diante do exposto, a coordenação do grupo também recomendou que a Diretoria Executiva acompanhasse a tramitação da reforma administrativa (PEC), e emitisse ao menor um ofício congratulando o Presidente da Comissão Especial, Deputado Fernando Monteiro (PP-PE), pela relevância do tema e pela forma democrática e técnica como vem conduzindo a matéria.

Tais ações contribuirão, ao final, para o bom andamento e aperfeiçoamento da matéria, que, sem dúvida, é de grande importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para a melhoria na prestação de serviços públicos à sociedade, em especial aos mais vulneráveis.

Ainda durante a gestão do ex-Presidente da República Jair Bolsonaro, a Comissão de Estudos Legislativos do Conselho Superior de Direito do Ecossistema(CSDE) elaborou uma análise acerca dos principais pontos da PEC 32/2020, com propostas de inclusões e pontos de atenção. Na ocasião, foram elaboradas sugestões de emendas à PEC, que foram encaminhadas à Comissão Especial, com o objetivo de contribuir para a reforma administrativa.

Na ocasião, ficou-se ao encargo da Diretoria Executiva acerca a elaboração de um documento que sintetizasse as principais sugestões de emendas à PEC 32/2020, com o objetivo de contribuir para a reforma administrativa.

Diante do exposto, a coordenação do grupo também recomendou que a Diretoria Executiva acompanhasse a tramitação da reforma administrativa (PEC), e emitisse ao menor um ofício congratulando o Presidente da Comissão Especial, Deputado Fernando Monteiro (PP-PE), pela relevância do tema e pela forma democrática e técnica como vem conduzindo a matéria.

Tais ações contribuirão, ao final, para o bom andamento e aperfeiçoamento da matéria, que, sem dúvida, é de grande importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para a melhoria na prestação de serviços públicos à sociedade, em especial aos mais vulneráveis.

1.

"Art. 37, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoável duração do processo, celeridade, continuidade dos serviços públicos, eficiência e subsidiariedade e controle, ao seguinte:"

(...)

Art. 41. Lei, aplicável aos órgãos da sociedade, com prejuízo da oferta de serviços públicos à população, disporá sobre a avaliação especial de desempenho, para fins de aquisição de estabilidade, de servidores nomeados para cargos de provimento efetivo.

Ainda durante a gestão do ex-Presidente da República Jair Bolsonaro, a Comissão de Estudos Legislativos do Conselho Superior de Direito do Ecossistema(CSDE) elaborou uma análise acerca dos principais pontos da PEC 32/2020, com propostas de inclusões e pontos de atenção. Na ocasião, foram elaboradas sugestões de emendas à PEC, que foram encaminhadas à Comissão Especial, com o objetivo de contribuir para a reforma administrativa.

Na ocasião, ficou-se ao encargo da Diretoria Executiva acerca a elaboração de um documento que sintetizasse as principais sugestões de emendas à PEC 32/2020, com o objetivo de contribuir para a reforma administrativa.

Diante do exposto, a coordenação do grupo também recomendou que a Diretoria Executiva acompanhasse a tramitação da reforma administrativa (PEC), e emitisse ao menor um ofício congratulando o Presidente da Comissão Especial, Deputado Fernando Monteiro (PP-PE), pela relevância do tema e pela forma democrática e técnica como vem conduzindo a matéria.

Tais ações contribuirão, ao final, para o bom andamento e aperfeiçoamento da matéria, que, sem dúvida, é de grande importância para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para a melhoria na prestação de serviços públicos à sociedade, em especial aos mais vulneráveis.

2.

"Art. 37 – (...) V – os cargos de confiança serão ocupados preferencialmente por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos que dispuserem [emenda técnica a fim de garantir a ocupação de cargos de confiança por servidores de carreira]."

Segundo o artigo 7º inciso V da Constituição Federal, a ocupação de cargos de confiança por servidores de carreira é um princípio básico da administração pública.

O §3º desse mesmo artigo diz que os cargos de chefia serão preenchidos por servidores de carreira, e que a ocupação de cargos de confiança por servidores de carreira é um princípio básico da administração pública.

Sugere-se, portanto, que a redação do inciso V seja complementada com a expressão "preferencialmente", a fim de não haver dúvidas quanto à interpretação do princípio.

Redação proposta:

(...)

"V – os cargos de liderança e assessoramento serão destinados às atribuições estratégicas, gerenciais ou técnicas, preferencialmente às ocupadas por servidores de carreira, que abrangerão apenas as atribuições de direção, chefia e assessoramento, vedada a criação de cargo em comissão ou função de confiança para o exercício de atividades

Pensata

Reforma Tributária americana: quem paga o imposto?

A REFORMA TRIBUTÁRIA, TEMA CENTRAL DAS DISCUSSÕES do Conselho Superior de Direito (CSD), também foi objeto de reflexão no âmbito internacional, como apresentado pelo advogado Agostinho Toffoli Tavolaro.

O conselheiro chama a atenção para o impacto do plano de Reforma Tributária americana para o setor empresarial, apresentado pelo presidente Joe Biden e publicado pelo Departamento do Tesouro Americano ***THE MADE IN AMERICA TAX PLAN***.

A proposta em questão foi elaborada, segundo o artigo, com a finalidade de gerar fundos necessários para a implementação do Programa de Empregos Americano (*American Jobs Plan*), também apresentado pelo o governo. Nele, estão previstos fortes investimentos em obras de infraestrutura, geração de postos de trabalho e auxílio às comunidades em condições desfavoráveis.

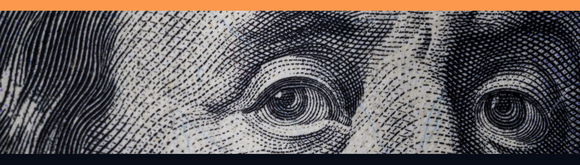
A grande preocupação, no entanto – e como mostra os pontos elencados no texto –, está nos possíveis aumentos de impostos e na redução de incentivos de atividades no exterior.

O autor sinaliza, por exemplo, um aumento da alíquota dos atuais 21% para 28% do imposto de renda das empresas, além de estabelecer um imposto mínimo de 15% sobre as grandes empresas multinacionais que apresentam renda contábil e pequena renda tributável.

As medidas podem interferir, ainda segundo a análise, na revisão de acordos e tratados internacionais, fazendo com que países reavaliem posicionamentos.

Levando-se em consideração o envolvimento de vários países na cadeia de produção de um mesmo produto, graças ao avanço tecnológico e à globalização, Tavolaro levanta a seguinte pergunta: "A quem e por quem será devido o imposto?".

Leia, na íntegra, o artigo.



A REFORMA TRIBUTÁRIA AMERICANA NO CONTEXTO INTERNACIONAL

AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO*

HAVENDO O RECÉM-ELEITO PRESIDENTE BIDEN *anunciado o seu Programa de Empregos Americano* (American Jobs Plan)*, em que se propôs a investir pesadamente em obras de infraestrutura, criação de empregos e amparo às famílias e comunidades americanas, apresentou, agora, o plano de Reforma Tributária, a fim de gerar os fundos necessários para implementar o programa em apreço.*

Publicado o plano pelo Departamento do Tesouro Americano **THE MADE IN AMERICA TAX PLAN** *(abreviado pelos estudiosos para* MAT ou MATP*)* (https://hometreasury.gov.system-files>Model...PDF) *dele se vê que normas são propostas que afetarão o desempenho de empresas no campo internacional, merecendo, assim, a atenção dos países cujo relacionamento tributário e investimentos deverão provavelmente ser objeto de maior atenção.*

O plano vem em vários passos alterar ou mesmo revogar disposições do ato de seu predecessor intitulado Tax Cuts and Job Act *(TJCA), de 2017, cujo objetivo era incrementar a criação de empregos mediante a redução de tributos sobre a renda das empresas.*

Em apertada síntese, cabe apontar os pontos principais da proposta, conforme seguem.

1. ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE RENDA DAS EMPRESAS

Esta alíquota passará dos atuais 21% para 28%.

2. REDUÇÃO DE INCENTIVOS DE ATIVIDADES NO EXTERIOR.

Atualmente, podem as empresas que auferem renda derivada de ativos intangíveis deduzi-las do lucro tributável, tal redução, em vários casos podendo chegar a fazer com que o imposto devido baixe de 21% para até 13%.

Lembrando que ativos intangíveis são aqueles bens que não têm existência física, quais, por exemplo, marcas e patentes, custos de organização, clientela, posição no mercado, goodwill*, e hodiernamente as atividades de comércio eletrônico em geral,* expertise*, franquias, elaboração de programas de computador, etc. Entendemos que tem o plano a finalidade de tornar mais onerosas as operações no exterior, desestimulando, com isso, as operações no território estrangeiro, incrementando a arrecadação americana para custear os investimentos e criando empregos no território americano.*

3. RENDA DE ATIVOS INTANGÍVEIS NO EXTERIOR – TRIBUTAÇÃO

Além da revogação da dedução acima, prevê ainda o plano aumento do Global Intangible Low Tax Income (GILTI)*, imposto atualmente incidente sobre a renda originada de ativos intangíveis auferida pelas subsidiárias de empresas americanas no exterior – de 10,5% para 21%.*

4. TRIBUTAÇÃO DAS GRANDES EMPRESAS MULTINACIONAIS

*Visando ainda ao aumento da arrecadação, busca o plano taxar um imposto mínimo de 15% sobre as grandes empresas multinacionais que apresentam renda contábil (*book income*) e pequena renda tributável. Embora não definidas tais empresas, no plano se faz referência ao fato de que cerca de 200 empresas tem anualmente reportado a seus acionistas lucro líquido de 2 bilhões de dólares ou mais.*

5. ALÍQUOTA MÍNIMA GLOBAL

Tendo em vista que as alíquotas do imposto de renda das pessoas jurídicas caíram de 32,2%, no ano 2000, para 23%, em 2020, em razão da competição internacional para atrair multinacionais, propunha o plano o estabelecimento de uma alíquota mínima global no sentido em que já vem procurando fazer a OECD/G20*, de cujas negociações o governo Trump havia se retirado.*

Não se olvide que a OECD*, preocupada com os problemas de que trata o* Base Erosion and Profits Shifting *(*BEPS*) e em desenvolver uma solução para os desafios trazidos pela economia digital, arquitetou dois relatórios apontando como seus alicerces os pilares 1 e 2 (*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint*) tendo por objeto o nexo e a alocação de lucros (*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint*) e tendo por objeto o imposto mínimo global.*

6. NOTA FINAL

Nesta sucinta apresentação que, mais que doutrinária, tem a finalidade de ser informativa e chamar a atenção dos estudiosos da matéria, há de se fazer uma apreciação final sobre os reflexos que terão as medidas contidas no plano formulado, se aprovadas em sua inteireza no Congresso americano, vez que levarão inúmeros países a rever posicionamentos tanto nos tratados internacionais multilaterais quanto nos bilaterais, quanto se tem em conta que um investimento doméstico em um país pode significar investimento estrangeiro em outro, e que a competição fiscal internacional propiciará novos posicionamentos e alterações de políticas fiscais, a que não estarão alheias considerações de ordem geopolítica, em que democracia, soberania nacional e integração econômica regional, continental e mundial se farão presentes. No que diz respeito ao nosso País, a matéria será de apreciação imprescindível dos cultores do Direito Tributário Internacional.

Para nós, a proposta encontrará no congresso americano resistência do Partido Republicano e das corporações, cabendo levar ainda em conta que se reduzindo o lucro das corporações em função dos tributos, os dividendos a serem distribuídos aos acionistas terão diminuído o seu valor, em uma nação onde 55% da população investe na Bolsa.

Não se esqueça de que a globalização e digitalização levam, já nos dias de hoje e mais ainda no futuro, ao envolvimento de vários países na produção e comercialização no futuro, bastando lembrar que projetada a produção de um bem com base em projetos desenvolvidos em um país "A", muitas vezes frutos de estudos e pesquisas realizadas em vários outros países, poderá ser objeto de fabricação em um país "B"; de montagem em um país "C"; armazenado em um país "D"; vendido a um distribuidor em um país "E"; vendido a um comerciante atacadista em um país "F"; vendido a um varejista em um país "G"; e a um consumidor no país "H". Oito países envolvidos em uma única operação final e vendido em um país "H" para consumidor final. A quem e por quem será devido o imposto?

AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO *é advogado, membro da Câmara Americana de Comércio para o Brasil; vice-presidente da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF); vice-presidente da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT); vice-presidente do Instituto Latino Americano de Direito Tributário (ILADT) (1997-1998); membro do Centre for European Studies on Taxation and Electronic-Commerce (CESTEC) (Rimini, Itália); vice-presidente da International Fiscal Association (IFA) – Holanda (1983-1989) e membro do seu Permanent Cientific Committee (1990-2000); presidente da American Chamber of Commerce do Brasil – Campinas (2001-2004) e vice-presidente da American Chamber of Commerce do Brasil – São Paulo; membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio – São Paulo; professor de Direito Comercial e de Direito Comercial Internacional (PUC-Campinas 1986-2008); presidente da Academia Campinense de Letras (desde 2007); e autor de livros de Direito e literatura.*

Ponto de vista

Efeitos Jurídicos da modulação do STF na exclusão do ICMS para apurar PIS e Cofins

Os efeitos jurídicos da modulação do Supremo Tribunal Federal (STF) na exclusão do ICMS para apurar PIS e Cofins foram destacados como pontos de atenção em artigo assinado pelo advogado Halley Henares Neto. O texto foi publicado no jornal *O Estado de S. Paulo*, no dia 15 de maio de 2021. A seguir, leia o material na íntegra.

POR
HALLEY HENARES NETO,
presidente da Associação Brasileira de Advocacia Tributária (Abat) e sócio-titular da Henares Advogados

Crédito da imagem
Massachusetts Institute of Technology Woods Hole Oceanographic Institution (1967) – Dorinne Winkler

OS EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO do Supremo Tribunal Federal (STF) que modulou o alcance da decisão sobre a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) extrapolam o caso julgado ontem, 13 de maio de 2021. Numa primeira observação sobre os conceitos utilizados, o contexto nos quais foram aplicados, as referências citadas e a recorrente utilização de subterfúgios para fundamentar argumentos contra situações factuais, pode-se entender o *leimotiv* para expressar preocupação dominante em equilibrar política e financeiramente mais uma disputa gerada pelo Estado.

O que deve ficar claro é que, ao contrário do discurso prevalecente, a decisão do STF não impôs perda de estimados 230 bilhões de reais ao Estado. A modulação determina critérios para a devolução do que foi arrecadado indevidamente. E, infelizmente, afeta o direito dos titulares de 50 mil ações judiciais propostas pelos contribuintes após a decisão de 2017, como proclamado pelo ministro Alexandre de Moraes.

Estas 50 mil empresas são de médio porte, que, por falta de recursos, falta de estrutura de informação ou insegurança em ingressar antes de um pronunciamento do STF, aguardaram que a Suprema Corte sinalizasse o que fazer sobre esta disputa. E a decisão foi de que a forma de cálculo exigida pela Receita Federal estava errada, que, portanto, estava ocorrendo cobrança e arrecadação irregulares e que, conforme expressa lei ordinária, as empresas têm o direito de requerer a devolução destas verbas.

Após quatro anos, depois de muito "zigue-zague" jurisprudencial acerca da discussão sobre tributo poder incidir sobre tributo ("efeito cascata") e quais os limites em nosso ordenamento, o STF fechou o tema em 2017, contudo, outros dois foram propostos, em conferência daquele julgamento, pela União Federal, em sede de embargos: (i) a modulação de efeitos; (ii) o esclarecimento sobre qual o valor de ICMS deveria ser excluído da base do PIS e da Cofins, o valor líquido recolhido ou o valor bruto destacado na nota.

Sobre estes dois pontos, o STF decidiu, a partir do voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem ser modulados. Seguiá pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Roberto Barroso, Dias Toffoli, Lewandowski, Fachin, Marco Aurélio e Rosa Weber (com divergência dos ministros Gilmar Mendes, Kassio Nunes e Luís Roberto Barroso) [*ver detalhes no quadro abaixo*].

PONTOS-CHAVE

A DECISÃO, A PARTE DAS MANIFESTAÇÕES dos ministros, contém aspectos centrais para a discussão sobre a cidadania tributária do País.

1. A relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (nulidade), a partir do julgamento em 2017 pelo STF, conforme proposto pela ministra relatora Cármen Lúcia e acatado por maioria pela Corte Suprema, confere o direito aos contribuintes de excluir e restituir por integral o valor do ICMS da base do PIS e da Cofins apenas a partir de março de 2017. Contudo, em relação ao passado, apenas os contribuintes que já possuíam ação ajuizada antes do julgamento de 2017 poderão exercer o direito à restituição ou compensação de valores pagos indevidamente antes dessa data (março de 2017 para trás, relativo a pagamentos efetuados cinco anos antes do respectivo ajuizamento).

Assim, por exemplo, uma empresa que tenha ingressado com ação judicial em março de 2018, somente terá um ano a restituir (até março de 2017), não podendo retroagir a março de 2013, como aquela que, tendo ingressado, por exemplo, em fevereiro de 2017, poderá retroagir até fevereiro de 2012.

2. Para a maioria dos ministros, todos os contribuintes podem se beneficiar do entendimento a partir do dia 15 de março de 2017, o que reduz o impacto da decisão para a União. Isso significa que os contribuintes podem se beneficiar da decisão desta data em diante.

3. Esta situação tem o seguinte contrassenso: retira o direito do contribuinte que não ingressou com ação judicial justamente porque não tinha estrutura e informação adequadas (advogados, consultores, etc.) ou porque, mais cauteloso, aguardou um posicionamento final do STF para não correr riscos, mediante a pléiade de ações e temas tributários que pululam o cenário jurídico do País, de perda de ações, de incorrer em custos incertos, de ônus de sucumbência, entre outros.

4. Com isso, o STF vai na contramão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e dos movimentos de diminuição de litígios que, hoje, sabidamente afogam o próprio Poder Judiciário, na medida em que todos os contribuintes terão que ficar propondo medidas judiciais para, no mínimo e por precaução, não perderem o direito de exercitar o seu direito no futuro. A lógica é perversa a paz tributária e à boa-fé do contribuinte.

5. A modulação em favor da Fazenda em matéria tributária premia a irresponsabilidade do gestor público. Segundo o ministro Fux, no julgamento em análise, o número expressivo de modulações gera estímulo à inconstitucionalidade "conveniente e útil", ou, nos dizeres mais agudos de Fachin, não se pode validar a "displicência" do gestor e "imputar aos contribuintes o ônus de arcar com valores que foram indevidamente arrecadados". Contudo, a Corte entendeu por bem modular, fundando-se ora em questões de interesse social excepcional, confundindo interesse financeiro com interesse social ou público.

6. O fundamento jurídico invocado pela União não pode ser o interesse social, pois ele não se confunde com o interesse financeiro. Segundo os ministros Fachin e Rosa Weber, importante distinguir segurança financeira de segurança jurídica. O interesse social está atrelado "não à segurança orçamentária, mas à segurança jurídica, base do Estado democrático de direito". Esse posicionamento deve ser mais bem examinado nas próximas modulações, já que elas são uma tendência duradoura, mesmo que com cautelas na seara fiscal tributária.

7. Nessa linha, ainda, o ministro Marco Aurélio ressalta que a modulação amplia muito o poder do STF e que se há manicômio tributário, ele se deve à voracidade do Estado e à insegurança jurídica que o STF deve reparar. Outros passos devem e precisam ser dados neste aspecto, pois o STF deve buscar sempre a segurança jurídica do contribuinte em primeiro lugar, sobretudo se ela for qualificada porque tem como causa contribuintes de menor porte, mudança de jurisprudência ou precedentes vinculantes em repetitivo.

8. Preocupou, embora sem prevalecer, a tese do ministro Gilmar, que, citando o jurista português Casalta Nabais e o espanhol Eduardo García de Enterría, postulou a "impositividade da se modular", ou seja, que o juiz necessariamente não declara inconstitucionalidade para não provocar o caos. Segundo ele, essa situação não se configuraria consequencialismo judicial porque faz parte da própria força normativa da Constituição coibir o caos. A modulação compõe o próprio sistema de Estado de direito, na versão mais em prol da segurança jurídica do que da legalidade formal. Essa posição preocupa para futuras modulações, sobretudo porque não leva em conta que o modelo europeu de sociedade e produção de leis não passa pelo teste de exame de constitucionalidade constante como o nosso – e quando passa, geralmente não é muitíssimamente reprovado como o nosso. Outra realidade social e normativa, outro viés interpretativo.

9. Nesse cenário de "caos" (ministro Gilmar) e "manicômio" (ministro Marco Aurélio), o que foi bom?

- **a.** Sem dúvida, o melhor ponto foi não apenas garantir o direito à restituição aos contribuintes que ajuizaram ação antes de 2017, a partir de cinco anos antes da propositura da referida ação judicial, mas, sobretudo, que se fixou ao menos um norte em matéria de modulação de efeitos na área tributária.
- **b.** Todos os ministros voltaram ao passado para fazer uma retrospectiva da força da jurisprudência e como ela estava cristalizada, restando fixado o elo entre os seguintes aspectos: mudança de jurisprudência dominante; quebra de segurança jurídica; aplicação do Art. 927, parágrafo 3º do CPC; e necessidade de modulação de efeitos.
- **c.** Em outros dizeres, fixou-se que o pressuposto autorizador inarredável para a modulação é a segurança jurídica e que a quebra do fluxo jurisprudencial a afeta diretamente, sobretudo em casos de decisões em repetitivos ou repercussões gerais, que têm efeitos vinculantes.
- **d.** Lembramos que a segurança jurídica em decisões de repetitivos deve ser ainda mais evidente, pois estes têm natureza de precedente vinculante decorrente de lei. A segurança jurídica decorrente de mudança jurisprudencial é segurança jurídica especial, pois não decorre apenas da lei, mas da interpretação técnica e reiterada dos tribunais sobre a lei.

10. Na decisão em análise, o ministro Fachin se referiu à segurança jurídica como sinônimo da "proteção a confiança, calculabilidade e cognoscibilidade". A ministra Rosa Weber, a seu turno, pontuou, em brilhante voto, sobre o "estado de estabilidade necessária para fundar a segurança jurídica". Adiante traz conceitos importantes como o da "probabilidade de confiança justificada". "Sempre esteve ao lado do contribuinte a probabilidade do direito alegado", sustenta, citando, ainda, o conceito de zona de penumbra – de autoria do professor Luiz Guilherme Marinoni – aplicado ao campo das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ante o STF: "Ao decidir, o STJ agrega conteúdo à ordem jurídica vinculante, que deixa, assim, de constituir sinônimo de ordem legislada. Por consequência, a 'decisão' da Corte passa a orientar a vida em sociedade e a regular as casos futuros. Se a Corte reconstrói o produto do legislativo para atribuir sentido ao direito, a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica apenas não serão violadas se o precedente instituído for respeitado pelos juízes e tribunais inferiores. De modo que a obrigação de respeito é tão somente consequência da função contemporânea da Corte" (genjuridico.com.br, 15 de abril de 2019).

11. O pano de fundo foi a estabilidade jurisprudencial sobre o tema. O ministro Fux e a ministra Rosa Weber destacaram bem isso. "Organizou-se um quadro cuidoso que nos deparamos sobre interpretações na própria seara judicial", constatou o ministro Gilmar Mendes. O STF agora precisa manter isso para não mudar a jurisprudência sobre a fixação de critérios para modulação de efeitos da própria jurisprudência e não cair, assim, numa "espiral hermenêutica" conduzora ao "caos e ao manicômio" que, hoje, reiteradas vezes, ele próprio sustentou que estava rechaçando.

12. Prevaleceu o entendimento, favorável ao contribuinte, de que a base de cálculo a ser excluída a título de ICMS é efetivamente o valor bruto destacado na nota, e não o valor líquido (efetivamente pago).

13. A decisão, mesmo a partir de março de 2017, contudo, não tem efeito erga omnes (a norma abstrata não foi retirada do mundo jurídico, o que demandaria resolução do Senado Federal), lembrando que não se trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), mas de decisão em sede de repercussão geral, com efeito vinculante para as demais instâncias do Poder Judiciário, portanto, cada contribuinte deve buscar, se ainda não o fez, a sua respectiva medida judicial.

14. Atenção deve ser dada para o voto do ministro Fux, presidente da Corte, que pontuou que a segurança jurídica é um "fator relevante de investimento no País" e deve servir o contribuinte particular e os capitais estrangeiro e nacional.

15. Assiste razão a ele, senão na modulação ou assertiva sobre a falta de força global em prol de vencer a pandemia, mas com certeza na situação de o princípio da segurança jurídica ser um fator relevante de investimento no País e, complementarmente, de fomento da estabilidade das decisões judiciais na vida das pessoas.

Notas

Luiz Cláudio Rodrigues de Carvalho aborda Reforma Tributária em reunião do Conselho Superior de Direito

ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA REFORMA TRIBUTÁRIA em tramitação no Congresso Nacional foram apresentados pelo auditor fiscal e ex-secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo, Luiz Cláudio Rodrigues de Carvalho, membro do Conselho de Assuntos Tributários (CAT) da FecomercioSP.

O convidado da reunião realizada em 28 de abril de 2021 defende a emergência de uma reforma abrangente, considerando a atual situação econômica do País e o alto déficit fiscal registrado em 2020: R$ 743,087 bilhões, equivalente a um aumento de 666,5% maior que o verificado em 2019, que foi de R$ 95,065 bilhões.

Luiz Cláudio reforçou a forma como a mudança se daria, por meio de escalonamento, no qual os tributos comporiam a base do novo Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). São eles: PIS e Cofins, ICMS, ISS e IPI, como apresentado posteriormente no parecer do relator da reforma, deputado Aguinaldo Ribeiro (PP/PB), no início de maio.

Citou, ainda, o fato de que todas as propostas apresentadas trazem como um dos pilares o princípio do destino da arrecadação do novo imposto sobre o valor adicionado. “Essa talvez seja a mais importante de todas as premissas, porque ela simplesmente acaba com o potencial da guerra fiscal. A guerra fiscal é nefasta porque ela desorganiza, por completo, as finanças dos entes – que estão abrindo mão de receita –, mas, principalmehte, porque acabamos por criar um sistema tributário para cada destinatário.”

Na mesma ocaisão, o Conselho Superior de Direito (CSD) ganhou dois novos membros, ambos do Rio Grande do Sul: os advogados Fábio Goulart Tomkowski e Pedro Fülber Simon.

Fábio Tomkowski é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), juiz do Tribunal de Imposts e Taxas (TIT) de São Paulo e consultor tributário. Pedro Fülber Simon é sócio-fundador e administrador do escritório Simon, Nadal & Jahn Advocacia, especialista em Direito Processual Civil e Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RS.

Incidência de contribuição previdenciária de 1/3 de férias

O ADVOGADO HALLEY HENARES NETTO também expôs avaliação a repeito da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu o pagamento de um terço das férias como verba tributável, para fins de contribuição previdenciária patronal.

Tal posicionamento diverge do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, desde 2014, havia determinado que o referido valor não teria caráter tributável.

Ele destaca o fato de que as empresas se viram na obrigação de reconhecer um passivo fiscal elevadíssimo, segundo ele, estimado em torno de R$ 60 bilhões e R$ 70 bilhões. “Se analisarmos a importância do texto constitucional de férias, estamos falando de aproximadamente de 2% a 3% do valor total da folha de salários retroativa dos últimos anos”, explicou.

Henares Netto reforçou a importância da modulação dos efeitos da decisão, para que o estipulado pelo STJ valha até, pelo menos, setembro de 2020, quando, então, foi sobreposta pela determinação do STF.

O assunto foi introduzido durante reunião do CSD, para reflexão e posterior discussão sobre o seu impacto no que tange à segurança jurídica e outros aspectos.

FECOMERCIOSP

RUA DOUTOR PLÍNIO BARRETO, 285
BELA VISTA • SÃO PAULO – SP

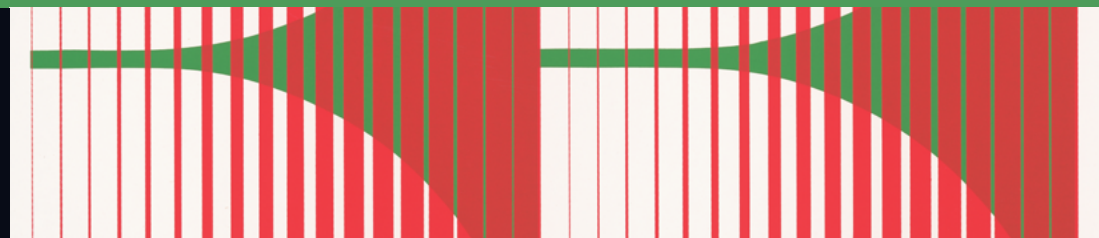
www.fecomercio.com.br

PRESIDENTE
Abram Szajman

SUPERINTENDENTE
Antonio Carlos Borges

ASSESSORIA TÉCNICA
Fabio Cortezzi, Leandro Alves de Almeida
e Luis Antonio Flora

SUPERIOR DE DIREITO
Conselho FecomercioSP

Esta publicação é uma produção do Conselho Superior de Direito
da FecomercioSP, presidido por Ives Gandra Martins.

COORDENAÇÃO EDITORIAL E PRODUÇÃO TUTU