

CONHEÇA TRÊS TESES TRIBUTÁRIAS REJEITADAS PELO STF

POR THIAGO MANCINI MILANESE

Enquanto o STF conclui o julgamento do da denominada "tese do século", aproveitei para refletir sobre as teses tributárias que, no passado, foram rejeitadas por seus ministros. Vamos recordar esses casos?

Escrevo este artigo enquanto os Ministros do Supremo Tribunal Federal analisam os embargos de declaração opostos no RE 574706. Trata-se do caso denominado como "a tese do século", no qual é discutida a incidência do PIS e da COFINS sobre o ICMS.

Até aqui, são quatro votos favoráveis à aplicação da denominada modulação dos efeitos temporais da decisão, contra dois desfavoráveis à essa possibilidade (esse placar, desfavorável para os contribuintes, foi confirmado mais tarde).

Esse cenário trouxe à minha memória um emblemático voto do saudoso Ministro Humberto Gomes de Barros (STJ), proferido no AgRg no REsp nº 382736/SC, que, criticando a constante mudança de posicionamento do Poder Judiciário sobre temas tributários extremamente delicados, comparou a atuação do STJ à função de um piloto de lancha que conduz aquela espécie de boia em forma de banana (conhecida como "banana-boat"), muito apreciada pelos turistas nas praias do Brasil.

Na oportunidade, o digníssimo Ministro afirmou que a função do piloto dessa atração aquática é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Da mesma forma, segundo o Ministro, essa parece ser a função assumida pelo STJ: "derrubar os jurisdicionados" ou contribuintes com as constantes mudanças de posicionamento.

Todo esse exercício também me fez refletir sobre outros casos memoráveis, em matéria tributária, que chegaram ao Supremo Tribunal Federal e, para a surpresa dos contribuintes, tiveram um desfecho completamente diverso daquele que era aguardado. E quando digo "aguardado" faço referência à lógica jurídica e, sobretudo, à posição jurisprudencial até então adotada sobre a matéria.

Vamos falar sobre eles:

Isenção da COFINS para as sociedades civis

A Lei Complementar 70/91 previa isenção da contribuição social COFINS para as sociedades civis (escritórios de advocacia, médicos, engenheiros e etc). Essa isenção, entretanto, foi revogada pela Lei Ordinária nº 9.430/96.

Muitos contribuintes ingressaram com ações judiciais para reconhecer que a revogação era ilegal e inconstitucional, já que uma lei ordinária não poderia revogar um dispositivo previsto na legislação complementar, hierarquicamente superior.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a ilegalidade da revogação e, em 2003, editou a Súmula 276 que previa: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado".

Entretanto, em 2008, o STF decidiu que a LC nº 70/91, embora formalmente complementar, seria materialmente ordinária, de modo que caberia a sua alteração por meio da Lei Ordinária nº 9.430/96. Isso porque a COFINS, contribuição social, não exige regulamentação por meio de lei complementar.

Com isso, a Súmula do STJ foi cancelada e muitos contribuintes, em especial escritórios de advocacia, foram obrigados a devolver os valores até então suspensos de COFINS.

Tese dos cinco mais cinco

Até meados de 2005, prevalecia no Poder Judiciário o entendimento firmado pelo STJ no sentido de que o prazo para a restituição de tributos lançados por homologação seria de dez anos. Isso é, a partir do lançamento, a autoridade administrativa teria cinco anos para homologar o valor pago e, somente após esse lapso, passaria a contar o prazo de cinco anos para a restituição tributária, que se inicia a partir da extinção do crédito tributário (ocorrida na homologação tácita).

Então, sobreveio a LC 118/2005 dispondo que o prazo para a restituição dos tributos recolhidos indevidamente tem início com o efetivo desembolso e não com a homologação tácita do seu lançamento (ocorrida, normalmente, cinco anos após o seu pagamento). Essa mesma lei determinou a aplicação deste novo entendimento de forma retroativa.

Mesmo assim, o STJ reconheceu que o dispositivo não poderia ser aplicado de forma retroativa, garantindo o prazo de 10 anos para a restituição sob determinadas condições. O STJ definiu que a LC 118/05 irradiaria efeitos apenas para os tributos pagos em sua vigência, isso é, a partir de 2005. Os valores pagos antes disso, entretanto, ficariam sujeitos à "tese dos cinco mais cinco".

Então, um contribuinte que ingressasse com uma ação em 2009, por exemplo, poderia restituir os valores indevidamente pagos de 2005 à 2009, pois dentro dos cinco anos, bem como os valores pagos de 1999 à 2005, pois dentro da "tese dos cinco mais cinco".

Em 2011, todavia, o STF julgou o RE 566621 e definiu que a "tese dos cinco mais cinco" valeria apenas para os contribuintes que ingressaram com ações judiciais de repetição do indébito antes de 9/6/2005.

INSS sobre o terço constitucional de férias

Muitos contribuintes questionam a incidência do INSS sobre diversas verbas trabalhistas, como o aviso prévio indenizado, o terço-de-férias e o salário-maternidade.

Há muito, o STJ firmou seu entendimento no sentido de que o terço-de-férias possui natureza indenizatória e, por isso, não deve sofrer a incidência do INSS.

Porém, no ano passado, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal e seus ministros definiram que essa rubrica trabalhista possui natureza salarial, com isso comportando a incidência da contribuição previdenciária patronal.

THIAGO MANCINI MILANESE

Advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 308.040 e na OAB/AM sob o nº A1021, especialista em Direito Tributário pela FGV - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

