

Efeitos pretéritos na tese da exclusão do ICMS da base do PIS/Cofins

30/01/2022

O mandado de segurança é meio apropriado para afastar ato ilegal de autoridade, ou sua iminência, capaz de ferir direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* [1].



Processo Tributário Analítico

Em matéria tributária, esta ação tem cabimento em

diversas etapas do ciclo de concretização das competências normativo-tributárias [2], podendo assumir caráter preventivo [3] ou repressivo [4].

Mas não é só. Como bem destacaram Danilo Monteiro de Castro e Vanessa Damasceno Rosa de Spina, comum é utilizar o "*mandado de segurança para buscar o direito à compensação em matéria tributária*", assumindo aqui nítida natureza reparatória, além de supor o término do referido processo de positivação mediante o pagamento do tributo e a intenção de o proponente do remédio constitucional obter o reconhecimento de que esse pagamento é indevido [5] [6].

Não raro, na prática forense, encontramos decisões que vedam a restituição de pagamentos efetuados antes da impetração sob o fundamento da impossibilidade de o mandado de segurança surtir efeitos patrimoniais pretéritos, à luz do conteúdo das Súmulas 269 [7] e 271 [8] do Supremo Tribunal Federal, contudo, estamos novamente com Danilo Monteiro de Castro e Vanessa Damasceno Rosa de Spina, pois reconhecemos que, desde o julgamento dos embargos de divergência 1.770.495/RS, em 10/11/2021, o Superior Tribunal de Justiça consolidou posição de que "*a declaração do direito à compensação tributária permite o aproveitamento de valores referentes a indébitos recolhidos nos cinco anos anteriores à data da impetração*". Há quem arrisque dizer, aliás, que a vedação de efeitos patrimoniais pretéritos estaria revogada, pois amplamente ignorada pela jurisprudência recente de nossos tribunais [9].

Tomando-se por base, especificamente, a questão atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, cuja restituição foi pleiteada pela via da tutela mandamental reparadora proposta depois de 15/3/2017 e no bojo da qual tenha sido reconhecida e

assegurada concretamente mediante a compensação, a dúvida que se pretende esclarecer no presente texto diz respeito à questão temporal dos efeitos pretéritos de decisões pronunciadas nesse contexto, isto é, se, diante da orientação firmada no referido julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), prevalece os cinco anos que antecederam a impetração, ou se limitado até a data estipulada para produção dos efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da legislação que determinava a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, isto é, 15/3/2017?

Especificamente para a "tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS", reputamos que o entendimento genérico firmado no STJ de que a declaração do direito de compensar na ação mandamental atinge os pagamentos indevidos efetuados em até cinco anos pretéritos à data da impetração não se aplica às ações mandamentais impetradas após 15/0/2017.

Isso porque, ao pronunciar a "modulação dos efeitos" da decisão que declarou a inconstitucionalidade no julgamento do recurso extraordinário 574.706, o Supremo Tribunal Federal limitou temporalmente a possibilidade de reparação das ações propostas após 15/3/2017, estabelecendo que os efeitos pretéritos a ensejar a compensação alcançam pagamentos indevidos realizados entre 15/3/2017 e a data da propositura da demanda.

Comparando-se as orientações firmadas nos embargos de divergência 1.770.495/RS e na modulação dos efeitos do recurso extraordinário 574.706, pode a leitora ou o leitor ficar angustiado diante da aparente incompatibilidade dos pronunciamentos.

Com efeito, a orientação firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é de caráter geral, passível de aplicação a todos os casos, inclusive, os que envolvam a "tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS", excepcionados aqueles que foram fulminados pelos efeitos da prescrição quinquenal, bem como as demandas propostas depois de 15/3/2017, diante da modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade da regra que determinava a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins.

[1] Artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal/1988.

[2] Sobre as "etapas" do ciclo de positivação da norma tributária e a definição da medida judicial adequada para cada qual remetemos a leitora e o leitor para os seguintes textos de nossa coluna:

<https://www.conjur.com.br/2021-mar-09/opinio-processo-positivacao-aco-es-conflitos-tributarios>

<https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/castro-spina-mandado-seguranca-materia-tributaria>

[3] <https://www.conjur.com.br/2021-mai-16/processo-tributario-aco-es-tributarias-antiexacionais-preventivas>



[4] <https://www.conjur.com.br/2021-set-26/processo-tributario-meios-repressivos-controle-processual-legalidade-tributaria>

[5] <https://www.conjur.com.br/2021-dez-26/processo-tributario-mandado-seguranca-feitos-patrimoniais-preteritos>

[6] Remetemos a leitora e o leitor ao seguinte texto para complementar as informações a respeito do que venha a ser a tutela jurisdicional reparadora:

<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/opinioao-exigibilidade-exaurida-tutela-jurisdicional-reparadora>

[7] Súmula 269: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

[8] Súmula 271: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

[9] PRIA, Rodrigo Dalla. *Direito processual tributário*. São Paulo: Noeses, 2020, ps. 427/428.

BUENO, Cassio Scarpinella. As súmulas 213 e 461 do STJ e a súmula 271 do STF: o mandado de segurança e a compensação tributária. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, nº 1, jan/abr de 2018, p. 233.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-jan-30/processo-tributario-efeitos-preteritos-tese-exclusao-icms-base-calculo-pisconfins/>