

Modulações dos efeitos de teses tributárias do STJ ligam alerta para contribuintes

21/03/2024

A recente tendência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça de modular os efeitos das teses tributárias que vem fixando, todas com posições favoráveis ao Fisco, deixou alarmados os advogados tributaristas consultados pela revista eletrônica **Consultor Jurídico**.



Rafael Luz/STJ

Modular os efeitos de uma decisão significa restringir sua eficácia temporal. Ou seja, ela passa a ter efeito a partir de uma determinada data, de forma prospectiva — dali para frente —, de acordo com as especificidades de cada caso.

A modulação é muito usada pelo Supremo Tribunal Federal, mas só passou a ser adotada pelo STJ nas causas tributárias em dezembro de 2023. De lá para cá, três modulações foram feitas, cada uma com um critério distinto.

Critério 1

No caso em que o colegiado decidiu que o **ICMS por Substituição Tributária (ICMS-ST) não compõe a base de cálculo de PIS e Cofins**, o critério escolhido foi a **data de publicação da ata do julgamento no veículo oficial de imprensa**, o que ocorreu em 14 de dezembro do ano passado.

Isso significa que o ICMS-ST só pode ser excluído da base de cálculo de PIS e Cofins a partir dessa data, exceto nos casos em que o contribuinte já havia feito esse pedido administrativa ou judicialmente.

A lógica é a mesma usada pelo STF no caso da “tese do século”, em que a Corte Suprema definiu que o **ICMS não compõe a base de cálculo de PIS e Cofins**. O tema ICMS-ST, inclusive, é uma das **teses-filhote** daquele caso.

Critério 2

Ao modular os efeitos da decisão de que as **taxas de transmissão e distribuição de energia elétrica (Tusd e Tust) compõem a base de cálculo do ICMS**, a 1ª Seção adotou o critério da data da decisão que fixou essa jurisprudência pela primeira vez.

Isso ocorreu quando a **1ª Turma do STJ julgou o REsp 1.163.020**, decidindo em 27 de março de 2017 que Tusd e Tust deveriam compor a base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

Quem obteve decisões até essa data para autorizar o recolhimento do ICMS sem essas taxas na base de cálculo pode continuar com esse privilégio até o dia de publicação do acórdão da 1ª Seção, o que ainda não ocorreu.

Emerson Leal/STJ

Critério 3

O terceiro critério foi usado quando a 1ª Seção mudou de posição para considerar que o **limite de 20 salários mínimos para o cálculo das contribuições parafiscais** voltadas ao custeio do Sistema S deixou de existir com a edição do Decreto-Lei 2.318/1986.

O critério temporal usado nesse caso foi a data em que o colegiado começou a decidir a tese.

Isso significa que a tese não vale para as empresas que ingressaram com ação judicial e/ou protocolaram pedido administrativo até 25 de outubro de 2023, desde que tenham obtido decisão judicial ou administrativa favorável.

Essas empresas poderão continuar recolhendo as contribuições parafiscais calculadas sobre o limite de 20 salários mínimos, mas apenas até a publicação do acórdão, o que ainda não aconteceu.

Esse caso gera uma linha de corte mais ampla porque, quando o STJ afetou o tema ao rito dos repetitivos, em dezembro de 2020, determinou a suspensão nacional de todos os processos sobre o tema. Ou seja, judicialmente, ninguém obteve decisão favorável desde então.

Insegurança jurídica

Os advogados ouvidos pela **ConJur** apontam duas consequências para essa nova tendência do STJ. A primeira é a insegurança jurídica, a prejudicar o planejamento do contribuinte e derrubar qualquer previsibilidade das posições do Judiciário.

O caso das contribuições parafiscais ao Sistema S é o melhor exemplo disso. Contribuintes que tenham ingressado com ação judicial no mesmo dia podem ou não estar protegidos pela modulação, a depender da postura do juiz ou da vara onde fizeram o pedido.

“Adota-se como critério um ato que não está sob controle do contribuinte, o que, sem dúvida, cria uma situação de desigualdade entre empresas que obtiveram decisão e as que não foram contempladas. Isso aprofunda a insegurança jurídica que tem marcado a área tributária”, diz **Maria Andréia dos Santos**, sócia do escritório Machado Associados.

“São contribuintes que ajuizaram suas ações antes do início do julgamento, foram cautelosos, buscaram o Judiciário, assim como todas as empresas vinham fazendo, confiantes na jurisprudência do STJ que somou mais de 30 decisões favoráveis a essa tese, e agora não veem o seu direito assegurado por conta de uma modulação que, com todo o respeito ao tribunal, não assegura um tratamento isonômico”, diz **Bruno Teixeira**, do TozziniFreire Advogados.



Ministra Regina Helena Costa defendeu modulação no caso das contribuições parafiscais ao Sistema S

Lucas Pricken/STJ



Herman Benjamin foi o autor da proposta de modulação no caso da Tust/Tusd na base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica

Julia Ferreira Cossi Barbosa, do Finocchio & Ustra Sociedade de Advogados, chama a atenção para as consequências desse tipo de modulação, considerando o tamanho do Brasil e a quantidade de varas, com decisões totalmente diferentes sobre o mesmo assunto.

“Assim, fica evidente a falta de segurança jurídica e até de isonomia quando apenas parte dos contribuintes, que estão na mesma situação, poderá se beneficiar de uma decisão que é de extrema importância financeira.”

Na opinião da advogada **Lesliê Mourad**, do Schuch Advogados, o STJ tem feito a modulação de forma casuística. Ela defende a indicação de critério firme, válido para qualquer tese fixada, passível de ajuste apenas em função de uma ou outra particularidade do caso.

“Ao assim não proceder, o tribunal dá margem a surpresas e imprevisibilidades, inclusive em relação à modulação de outras teses ainda em discussão. Tudo isso dificulta o planejamento dos contribuintes e deteriora o ambiente de negócios, especialmente para investimentos de longo prazo.”

Cinthia Benvenuto, da banca Innocenti Advogados, chama a atenção para o fator de incompletude da modulação, mas ela ressalta que não modular seria muito pior. No caso das contribuições ao Sistema S, a jurisprudência era 100% favorável ao contribuinte até então.

“Mais importante é que, apesar de a modulação não ter contemplado todas as empresas que ajuizaram ações judiciais, o que fere a livre concorrência, ao menos se preocupou com aquelas que estavam deixando de recolher suas contribuições com base em alguma decisão judicial.”

Incentivo ao litígio

A segunda consequência da nova tendência da 1ª Seção do STJ é a necessidade de, o quanto antes e sempre que possível, litigar em causas tributárias.

Fernando Munhoz, do escritório Machado Meyer Advogados., aponta que, uma vez que o STJ também passou a adotar a modulação de efeitos com mais frequência, “há um estímulo para o aumento do número de ações ajuizadas, visto que somente aqueles que possuem discussão em curso estariam protegidos”.

Lesliê Mourad explica que esse fenômeno não é novo, mas certamente é agravado pela inconsistência demonstrada pelo STJ na modulação de suas decisões. Ela recomenda que o contribuinte adote antecipação assim que identificada a oportunidade de discussão judicial.

“A postura do STJ tem servido para estimular a profusão de ações e a sobrecarga do Judiciário, aprofundando cenário cada vez mais não isonômico entre os contribuintes. Estes, contudo, devem se resguardar, e a estratégia mais conservadora, infelizmente, continua sendo a de ajuizamento precoce de ações e pedidos administrativos, previamente a quaisquer pronunciamentos dos tribunais.”

Na visão de Julia Barbosa, essa falta de padrão do STJ deve fazer até com que aumentem os pedidos de liminar, algo que não é muito utilizado nas lides tributárias.

“É interessante o contribuinte adotar uma postura mais conservadora de ingressar com as discussões assim que elas iniciam no Judiciário, e não mais aguardar um pronunciamento final do STJ ou STF.”

REsp 1.898.532
REsp 1.905.870
REsp 1.896.678
REsp 1.958.265
EREsp 1.163.020
REsp 1.692.023
REsp 1.699.851
REsp 1.734.902
REsp 1.734.946