



ANEXO À CARTA ABERTA ASSINADA PELOS SUBSCRITORES
ABAIXO EM 26 DE OUTUBRO DE 2020

EXEMPLOS PRÁTICOS DOS EFEITOS NOCIVOS DOS JULGAMENTOS
VIRTUAIS NA ADEQUADA FORMAÇÃO E COMPREENSÃO DE
PRECEDENTES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A título exemplificativo, destacam-se, entre vários outros, os seguintes julgamentos realizados pelo STF que bem demonstram o quanto o ambiente de Plenário Virtual (sem debates presenciais entre os ministros e sem a possibilidade de intervenções por parte dos advogados públicos e privados) acabou por promover desvirtuamentos na compreensão da fundamentação jurídica e/ou na amplitude de precedentes firmados pelo Tribunal, bem como por contribuir para a criação de situações de incoerência, contradição e inconsistência na jurisprudência constitucional.

(A) REs 603.136 e 634.764 - Conceito de serviço para fins de ISS

Nos Recursos Extraordinários (REs) 603.136 e 634.764, o Plenário do STF reputou constitucional a incidência do ISS sobre os contratos de franquia e a exploração de atividades de apostas, respectivamente.

Apesar de o Tribunal ter decidido por ampla maioria em ambos os casos - foram dois votos vencidos no caso das franquias e apenas um no caso das apostas -, é impossível afirmar, com segurança, qual foi o fundamento determinante encampado pelo Tribunal para validar a exigência do imposto nessas situações.

Isso porque, em ambos os casos, a corrente vencedora (i.e., constitucionalidade da incidência do ISS) foi formada somente por dois votos escritos, que são absolutamente conflitantes quanto às razões de decidir adotadas.

O ministro relator, Gilmar Mendes, se manteve fiel à jurisprudência há muito consolidada pelo Tribunal e cristalizada por meio da edição da Súmula Vinculante 31, que restringe o conceito de serviço para fins de incidência do ISS às obrigações de fazer do Direito Civil.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, adotou premissa diametralmente oposta e indicou, em seu voto, que a jurisprudência do STF que havia dado ensejo à edição da súmula vinculante acima referida já teria sido superada desde o RE 651.703, caso em que o Tribunal julgou constitucional a incidência do ISS sobre as atividades de planos de saúde.

Diante da ausência de debates que caracteriza o Plenário Virtual, não se sabe a qual das compreensões destacadas acima os demais ministros aderiram, nem, muito menos, a fundamentação jurídica que prevaleceu no julgado.

Para agravar o quadro de insegurança jurídica a que se encontram atualmente submetidos os contribuintes, importa destacar que, diferentemente do que afirmou o ministro Alexandre de Moraes em seu voto, o RE 651.703 não alterou a jurisprudência do STF acerca do conceito de “serviço” para fins de incidência do ISS.

Naquele caso, o ministro relator, Luiz Fux, reconheceu expressamente que “o Colegiado entendeu que prevalece no caso o elemento inerente ao “fazer”, devido às características específicas dos contratos de assistência privada à saúde celebrados pelas operadoras de planos de saúde (...)”, o que “denota a não superação ainda (...) da Súmula Vinculante 31”.

Percebe-se, portanto, que, por conta do julgamento no Plenário Virtual, temos dois casos julgados em sede de repercussão geral em que a maioria dos ministros possivelmente se filiou a voto que equivocadamente considerou superada a jurisprudência consolidada no Tribunal sobre a necessidade da obrigação de fazer para fins de incidência do ISS, sem que tenha havido qualquer oportunidade para esclarecimentos e debates a esse respeito dessa premissa equivocada.

A incerteza acerca da atual compreensão do Tribunal sobre a matéria contrasta com a previsão do Código de Processo Civil (CPC/15) no sentido de que “a modificação de (...) jurisprudência pacificada (...) observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.” (art. 927, §4º).

(B) RE 1.221.330 - Incidência do ICMS-Importação sobre operações realizadas por contribuinte não habitual do imposto

A solução conferida ao RE 1.221.33 é exemplo emblemático de como os julgamentos realizados em Plenário Virtual propiciam o manejo equivocado de institutos próprios do *stare decisis* e fragilizam o sistema de precedentes.

Nesse caso, tratou-se como mero *distinguishing* o que, na verdade, representou indiscutível *overruling* em matéria tributária no atual período pandêmico.

O caso dizia respeito à (im)possibilidade de incidência do ICMS na importação de bens por contribuinte não habitual com base em lei estadual editada posteriormente à promulgação da EC 33/01 (que conferiu fundamento constitucional a essa cobrança), mas antes da vigência da Lei Complementar (LC) 114/02 (que alterou a legislação complementar de regência do ICMS para regulamentar essa nova hipótese de incidência).

Registre-se que essa matéria já havia sido decidida em sede de repercussão geral pelo Plenário do STF em 2014, quando do julgamento do RE 439.796. Naquela ocasião, o Plenário afirmou haver um fluxo normativo (“fluxo de positivação”) a ser respeitado para que a incidência do imposto fosse constitucional: EC 33/2001, LC 114/2002 e lei estadual.

No entanto, ao julgar o RE 1.221.33, também com repercussão geral reconhecida, o Plenário do STF abandonou esse entendimento e fixou a seguinte tese jurídica, pelo apertado placar de 6 (seis) votos a 5 (cinco):

“As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002.”

A existência de *overruling* é inegável: enquanto no RE 439.796 o STF concluiu que seria **inválida** a legislação do Estado do Paraná editada de forma prematura (anteriormente à vigência da LC 114/02), no RE 1.221.33, o Tribunal entendeu que a legislação do Estado de São Paulo editada em contexto idêntico seria **válida, mas ineficaz no período que antecedeu a vigência da LC 114/02.**

Embora o Código de Processo Civil autorize a modulação de efeitos da decisão “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” (art. 927, §3º) e essa norma se aplique perfeitamente ao caso em exame, a possibilidade de modulação sequer foi discutida no âmbito do RE 1.221.33.

Isso se deu, em larga medida, pelo fato de que o voto proferido pelo ministro Alexandre de Moraes, ao qual aderiram os demais ministros que formaram a corrente vencedora, tratou a superação do precedente anteriormente firmado pela Corte como se mero *distinguishing* fosse, por entender que no julgamento do RE 439.796 “não houve debate acerca da possibilidade (ou não) de lei local instituir o tributo após a EC 33/2001, porém antes da LC 114/2002.”

Com a devida vênia, essa afirmativa não resiste a uma análise mais detalhada dos votos proferidos pelos ministros quando do julgamento do RE 439.796, que revelam que o Tribunal analisou expressamente a situação específica tida por não examinada. Nesse sentido, cite-se o ministro Joaquim Barbosa:

“(…) **Para ser constitucionalmente válida a incidência do ICMS** sobre operações de importação de bens, irrelevante a qualificação jurídica do adquirente, as modificações no critério material, na base de cálculo e no sujeito passivo da regra-matriz **devem ter sido realizadas por lei posterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002** (…)” (grifou-se)

Percebe-se que, nesse caso, o julgamento em Plenário Virtual e a consequente ausência de debates fez com que a maioria dos ministros acolhessem argumento equivocado para conferir a roupagem de mero *distinguishing* ao *overruling* realizado.

O STF também não se manifestou de forma clara quanto a um segundo *overruling* que, a toda evidência, também se operou: ao entender que a legislação local editada em momento anterior à LC 114/2002 não seria inconstitucional, mas apenas teria sua eficácia suspensa até o advento da referida lei complementar, teria o Tribunal passado a admitir o fenômeno da constitucionalização superveniente na jurisdição constitucional brasileira, até então repudiado de forma pacificada pela jurisprudência?

Essa situação bem demonstra como as soluções conferidas a questões constitucionais tributárias muitas vezes produzem efeitos sistêmicos consideráveis, que muitas vezes não são antevistos e endereçados no ambiente de julgamento virtual, em razão da supressão de toda e qualquer oportunidade para discussões mais aprofundadas.

(C) RE 593.824 - Inclusão dos valores pagos a título de demanda de potência na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de circulação de energia elétrica

Esperava-se que, no RE 593.824, o STF respondesse, de forma conclusiva, a seguinte dúvida: considerando que a CF/88 estabelece que o ICMS incidirá sobre operações relativas à circulação de mercadorias (assim considerada, por ficção jurídica, a energia elétrica), o referido imposto deve ser calculado tomando como base de cálculo estritamente os valores relativos ao consumo da energia elétrica ou poderia recair, também, sobre aqueles alusivos à demanda de potência contratada?

No entanto, mesmo após o encerramento do julgamento do RE 593.824, não é possível afirmar, com segurança, qual foi a conclusão do Tribunal sobre o assunto.

De fato, ao submeter o RE 593.824 a julgamento virtual, o STF perdeu a oportunidade de aprofundar a discussão com o rigor técnico que o assunto exigia. Tem-se, como resultado dessa opção, a formação de precedente repleto de contradições internas que não permitem dar a questão por encerrada.

Veja-se, de início, a tese jurídica firmada: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

A leitura isolada da tese transcrita acima, em especial a parte sublinhada, faz crer que o STF firmou entendimento mais favorável aos contribuintes do que aquele que há muito vigorava no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que, desde 2009, o STJ possui entendimento sumulado no sentido de que “o ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada” (Súmula 391).

Ocorre que a posição adotada pelo STJ decorreu do cometimento de equívocos conceituais quando do exame da matéria, pois tratou a demanda de potência como uma estimativa de energia a ser consumida, como se fosse passível de “utilização” / consumo.

Ora, considerando que a tese jurídica firmada pelo STF no RE 593.824 assevera que o ICMS somente pode recair sobre as operações em que haja “efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”, e também que a demanda de potência não é passível de consumo, o STF parecia, a princípio, se distanciar do entendimento do STJ.

No entanto, a análise atenta do voto-condutor proferido pelo ministro relator, Edson Fachin, acompanhado pela maioria dos ministros, não permite afirmar que tenha sido efetivamente isso o que ocorreu.

Com efeito, se, por um lado, o ministro relator acertadamente pontuou que “a disponibilização de potência elétrica (...) não corresponde ao consumo de energia elétrica”, por outro, reputou correta a distinção equivocadamente erigida pelo STJ entre “demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada”.

Assim, o voto, que parecia caminhar em determinada direção, sofreu guinada súbita e passou a manifestar concordância com premissas decisórias que nortearam o entendimento do STJ sobre o tema.

Essa situação despertou fundadas dúvidas sobre o exato alcance da tese de repercussão geral fixada, comprometendo a sua capacidade de vincular, de forma clara e objetiva, os juízes de primeiro grau e Tribunais inferiores, e expondo contribuintes e entes tributantes a evitável cenário de insegurança jurídica.

Tanto não há convicção sobre o que restou decidido que ambas as partes envolvidas no *leading case* em questão (isto é, tanto o Estado quanto o contribuinte) opuseram embargos de declaração, com o objetivo de elucidar o entendimento do Tribunal sobre a matéria.

Esse exemplo ilustra de forma clara que a sistemática de Plenário Virtual gera consequências altamente comprometedoras, especialmente em se tratando de demandas cuja solução dependa da adequada compreensão de questões de elevada complexidade

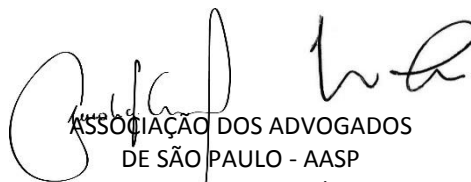
técnica. Por se tratar de ambiente em que a interlocução é inexistente, aumentam as chances de que atecnias venham a ser cometidas e, ainda pior, perpetuadas.

Tome-se por base o caso em exame: fosse outra a modalidade de julgamento, as inconsistências internas constantes do voto-condutor poderiam ter sido facilmente apontadas e devidamente sanadas antes mesmo da conclusão do julgamento, por meio da simples apresentação de questão de ordem por quaisquer das partes envolvidas, ou mesmo no debate franco entre os ministros.

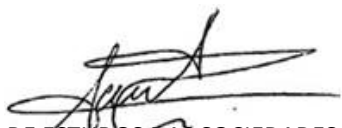
Brasília, 26 de outubro de 2020.



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO
FINANCEIRO – ABDF
Gustavo André Müller Brigagão -
Presidente



ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO - AASP
Renato Cury – Presidente
Mario Costa - Diretor



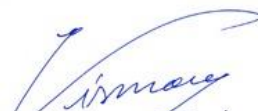
CENTRO DE ESTUDOS DAS SOCIEDADES DE
ADVOGADOS - CESA
Carlos José Santos da Silva - Presidente



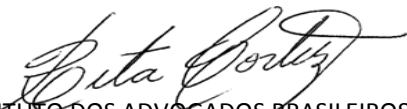
GRUPO DE DEBATES TRIBUTÁRIOS
DO RIO DE JANEIRO – GDT
Catarina de Lima e Silva Borzino - Presidente



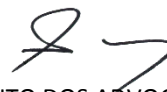
GRUPO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIO
APLICADOS – GETAP
Zabetta Macarini Carmignani Gorissen - GETAP



INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA
CONCORRENCIAL – ETCO
Edson Vismona – Diretor Executivo



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS –
IAB NACIONAL
Rita de Cássia Sant'Anna Cortez - Presidente



INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE
SÃO PAULO – IASP
Renato de Mello Jorge Silveira - Presidente



MOVIMENTO DE DEFESA DA ADVOCACIA –
MDA
Sidney Eduardo Stahl - Diretor



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL –
CONSELHO FEDERAL
Felipe Santa Cruz - Presidente

ESTA PÁGINA DE ASSINATURAS COMPÕE O ANEXO À CARTA ABERTA
ASSINADA POR AASP, ABDF, CESA, ETCO, GDT, GETAP, IAB NACIONAL, IASP,
MDA, OAB/ES, OAB/NACIONAL, OAB/SP E PJT, EM 26 DE OUTUBRO DE 2020



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL –
SECCIONAL ESPÍRITO SANTO
José Carlos Rizk Filho - Presidente



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL –
SECCIONAL SÃO PAULO
Caio Augusto Silva dos Santos - Presidente



== == -



PROJETO JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA – PJT

Diogo Ferraz Lemos Tavares

Fábio Fraga Gonçalves

Luciano Gomes Filippo

Rafael Alves dos Santos