

TEMA: A APLICABILIDADE DO IRDR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Íris Vânia Santos Rosa¹

1. Breve contexto histórico do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR

Proporcionar a uniformização do entendimento acerca de certa tese jurídica e agilizar a prestação jurisdicional de forma a diminuir a imensa quantidade de processos distribuídos perante o Poder Judiciário foram claramente os dois objetivos fundamentais do novo sistema processual inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR advém, sem sombra de dúvidas, do direito alemão² e foi

1. Advogada, Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP, especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP e especialista em Processo Tributário pela PUC/SP, Sócia do escritório SAAD, Santos Rosa, Behling e Munhoz, Professora de Processo Tributário do Curso de Graduação da Fundação Santo André (FSA); Professora da COGEAE-PUC/SP, Professora do IBET e Professora do MOT na GV-LAW, Palestrante Convidada na EPD e Faculdade de Direito São Bernardo.

2. Apesar do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) ter servido de inspiração para o legislador pátrio, várias são as diferenças entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o procedimento-modelo alemão (Musterverfahren). O Musterverfahren pode versar sobre questões de fato e de direito enquanto o modelo

feito dentro de um panorama em que a Comissão instituída para elaborar o texto do novo CPC se propôs a sistematizar as normas de direito processual, e ainda, criar novos institutos e excluir outros, para garantir a efetividade do processo, obtendo-se um grau mais intenso de funcionalidade³.

Os trabalhos da Comissão foram pautados por cinco objetivos principais⁴: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

No caso específico da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR⁵, o objetivo foi tornar o processo mais célere por meio do julgamento conjunto de demandas que versam sobre a mesma questão de direito.

Não há dúvidas de que se torna muito importante para as questões tributárias evitar situações discrepantes, daí o novo CPC institui o referido instituto já que a depender do juízo,

brasileiro apenas sobre questões de direito. O procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) não pode ser instaurado de ofício pelo Juiz enquanto o modelo brasileiro admite a instauração de ofício pelo Juiz ou Desembargador. A admissibilidade do incidente é realizada pelo Juiz de origem no procedimento-modelo alemão (Musterverfahren) enquanto que no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o órgão é competente para julgar da admissibilidade. No procedimento-alemão (Musterverfahren) a decisão paradigma somente se aplica para os processos pendentes de julgamento, sendo que no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a tese jurídica é aplicável para os processos pendentes de julgamento e futuros.

3. Exposição de Motivos – CPC/2015 – BRASIL, 2010, p.12.

4. Exposição de Motivos – CPC/2015 – BRASIL, 2010, p.12

5. CPC/2015 – Vide Capítulo VIII – Artigos 976 até 987.

uma demanda, com a mesma questão de direito, pode ser julgada procedente ou improcedente.

Desse modo, os processos certamente poderão ser resolvidos mais rapidamente, considerando-se dois ângulos: várias demandas resolvidas por meio de um só julgamento, o que reduz, significativamente, o excesso de carga de trabalho no Poder Judiciário⁶.

2. O incidente: legitimados, requisitos e procedimento

O incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR⁷ está previsto no Capítulo VIII da Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015) sob o Título I “Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais”.

A redação do art. 976 afirma ser admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que, simultaneamente, houver multiplicidade de processos em curso fundados em idêntica questão de direito, e ainda, risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, decorrente da indesejada coexistência de decisões conflitantes.

Via de regra, dependendo da matéria de direito tratada, esse incidente será processado não perante os Tribunais Superiores, mas perante os Tribunais Regionais Federais (TRF's) e Tribunais de Justiça (TJ's) locais. O pedido de instauração do incidente deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal, e, pode ser suscitado pelo juiz ou pelo relator, de ofício, ou pelas partes, pelo Ministério Público (MP) ou pela Defensoria Pública, por petição. Tanto o ofício quanto a petição devem ser instruídos com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente. Se não for o requerente, o MP deve atuar, em qualquer outro caso, como fiscal

6. Exposição de Motivos - CPC/2015. BRASIL, 2010, p. 16.

7. O uso do IRDR deve agilizar o julgamento de processos nas diversas instâncias da Justiça brasileira. Até o momento, constam no banco do CNJ 72 IRDR's - 64 criados em 2016 e 8 em 2017.

da lei, podendo assumir a titularidade em caso de desistência ou abandono.

Ocorre a denominada **cisão funcional de competência**, que diferente dos Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos, significa uma divisão horizontal de competência funcional entre o Plenário (ou órgão especial), a quem cabe decidir a questão da inconstitucionalidade em decisão irrecorrível, e, o órgão fracionário, responsável pelo julgamento da causa.

A instauração e o julgamento do incidente serão registrados eletronicamente no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁸, para terem maior divulgação e publicidade. Os tribunais devem promover a formação e a atualização do banco eletrônico de dados específico sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao CNJ, para inclusão no cadastro⁹.

Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

8. Houve a criação do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. A plataforma, criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução n. 235, determinou a criação de um sistema para reunir informações de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidentes de Assunção de Competência (IAC), que podem ser instaurados pelos tribunais de 2º grau em relação a demandas repetitivas ou de grande repercussão social.

9. Até o momento, 38 tribunais integram a base de dados: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, Alagoas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e do Distrito Federal e Territórios, além dos Tribunais Regionais do Trabalho da 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 12ª, 13ª, 14ª, 17ª e 18ª Regiões. A alta taxa de adesão já permitiu o cadastramento de 2.159 Temas de Repercussão Geral, Recurso Especial Repetitivo, Grupos de Representativos, Controvérsias, Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidentes de Assunção de Competência. Com isso, 1.817.770 processos vinculados a temas de repercussão geral, recurso especial repetitivo, recurso de revista repetitivo ou incidente de resolução de demandas repetitivas foram suspensos em todo o Brasil. Especificamente em relação aos IRDR's admitidos pelos tribunais, já são aproximadamente 21 mil feitos sobrestados.

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Distribuído o processo, o relator pode requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em até 15 (quinze) dias, improrrogavelmente. Após esse prazo, será solicitada data para admissão do incidente e será feita a intimação do Ministério Público¹⁰.

A admissibilidade e o julgamento do incidente competem ao Plenário do Tribunal ou a seu Órgão Especial, onde houver. Para a admissão do incidente, o Tribunal deve considerar os requisitos do art. 976 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática. Se rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; se admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o Acórdão (art. 978).

Ao se admitir o incidente, o presidente deve mandar suspender, em primeiro e em segundo grau de jurisdição, os processos pendentes que versem sobre a mesma questão de direito. Durante o período de suspensão, porém, podem ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem (artigo 982, parágrafo 2º do CPC).

Apesar da suspensão processual prevista pelo Código de Processo Civil em virtude de determinação de julgamento de ação sob o rito dos recursos repetitivos (**artigo 1.037**, inciso, II, do CPC), não há impedimento para a concessão de tutelas provisórias urgentes, caso o magistrado entenda estarem cumpridos os requisitos de urgência e de risco irreparável (**artigo 300** do CPC). Também não há vedação para o cumprimento de medidas cautelares já deferidas judicialmente.

As regras sobre as tutelas provisórias de urgência estão previstas no próprio CPC/2015, que, em seu **artigo 314**, estabelece que, durante a suspensão, pode o juiz determinar a realização de atos considerados urgentes.

Cabe ressaltar que a suspensão dos processos que versem sobre a questão objeto do incidente, em nível nacional, pode ser suscitada perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ)

10. Artigo 982, inciso III do CPC/2015

ou perante o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme seja uma controvérsia que envolva questão infraconstitucional ou constitucional, respectivamente.

A suspensão dos processos em primeiro e segundo grau de jurisdição será feita pelo prazo de 1 (hum) ano e o julgamento do incidente terá preferência sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réus presos e pedidos de *habeas corpus*. Superado o prazo sem que o incidente tenha sido julgado, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário, e os processos então suspensos voltam a tramitar normalmente (art. 980 e parágrafo único).

Após determinar a suspensão dos feitos, o relator deve ouvir as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades que tenham interesse na controvérsia (*amicus curiae*), no prazo comum de quinze dias. Em seguida, procede-se à oitiva do MP em igual prazo. As partes, os interessados e o MP podem requerer as diligências que entenderem necessárias à elucidação da questão de direito controvertida e a juntada de documentos. Após cumpridas as diligências, podem requerer dia para o julgamento.

Na sessão de julgamento, após a exposição do incidente pelo relator, o Presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu da causa que deu origem ao incidente, por trinta minutos, improrrogáveis, para cada um. Após, é ouvido o MP, por igual prazo. Em seguida, é dada a palavra aos demais interessados no feito. Não há limite de interessados para se manifestar, exigindo-se, apenas, que se inscrevam com quarenta e oito horas de antecedência. O tempo para que todos os interessados se manifestem é de trinta minutos, divididos entre todos. Após essas etapas, o órgão julgador deve proferir a decisão.

Da decisão cabe recurso especial ou extraordinário com efeito suspensivo para o STJ, se versar sobre matéria infraconstitucional, ou para o STF, se versar sobre matéria

constitucional. Não há juízo de admissibilidade do recurso no tribunal de origem.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do STF ou do STJ [...], a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional”.

Não sendo observada a tese fixada no julgamento do incidente, caberá reclamação ao tribunal competente (art. 985, parágrafo 1º).

3. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: pontos negativos.

Há algo interessante no incidente de resolução de demandas repetitivas: o prazo de 1 (hum) ano fixado para se proferir a decisão pretende assegurar a duração razoável do processo. “Afinal, a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é a ausência de justiça¹¹”. Busca-se que os processos tenham uma duração menor, mais razoável, efetivando, na prática, os termos inseridos pela EC n. 45/2004.

Apesar disso, será interessante considerar que o incidente de resolução de demandas repetitivas, da forma como foi concebido, é capaz de gerar muitas dúvidas aos operadores do direito, a começar pelos requisitos para sua admissão.

Como anteriormente citado, o IRDR visa resguardar a isonomia e a segurança jurídica em lides que contenham a mesma questão de direito. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), verificou-se que os julgamentos diferentes de pessoas em uma mesma situação jurídica é um constante inconveniente no nosso ordenamento jurídico.

11. Exposição de Motivos – CPC/2015. BRASIL, 2010, p.16

Inicialmente, há que se observar a possível controvérsia sobre o “potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica”, poder-se estar diante de uma inconstitucional supressão do duplo grau de jurisdição, uma vez que com a instauração do incidente suprime-se a instância de ingresso para todos os processos que ainda não superaram a 1ª instância.

Além disso, não há qualquer explicitação legal do que venha a ser “idêntica questão de direito”, o que embora num primeiro momento possa parecer simples, percebe-se ser, uma perigosa abertura para o subjetivismo. Pode-se facilmente encaixar na questão de “idêntica questão de direito” uma discussão análoga ou muito próxima da questão central, que mereceria, contudo, uma apreciação diametralmente oposta.

Nessa situação, o princípio da imparcialidade do juiz pode estar em risco, tendo em vista o espaço que se abre para o subjetivismo de se analisar o que seria “idêntica questão de direito” e “potencial de geral relevante multiplicação de processos”, além de uma supressão do duplo grau de jurisdição, por não ser exceção prevista na CF/1988.

Ainda sobre os pontos negativos, não se pode afirmar, com a tentativa de resolução de várias demandas por meio de uma única ação representativa da controvérsia, que haja, efetivamente, oportunidade de todos os interessados se manifestarem adequadamente.

Não se pode afirmar, portanto, que o incidente de demandas repetitivas preserve adequadamente o contraditório e a ampla defesa. Pelo contrário, a aplicação do incidente de demandas repetitivas reduz a oportunidade dos interessados de se manifestarem sobre a causa.

Nesse ínterim, não há, portanto, isonomia entre os interessados na causa. Isso porque as partes do processo paradigmático terão mais oportunidades de se manifestar do que os demais interessados. A argumentação deles seria, então,

de maior valia do que a daqueles que tiverem os processos suspensos?

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Aqui, lança-se mais uma dúvida: se a referida tese será aplicada a todos os casos atuais ou futuros, sem distinção, ou só aos já ajuizados a às ações que venham a ser propostas no curso do incidente.

O princípio da isonomia propõe aplicar a decisão do incidente a todos os casos, atuais e futuros, que versem sobre a mesma questão. Consequência disso seria que, aplicando a decisão a casos futuros, poderia haver a extinção sumária do processo se a pretensão nele contida for contrária ao posicionamento adotado em julgamento de demandas repetitivas, o que impediria a rediscussão do posicionamento firmado pelos tribunais, já que ficaria suprimido o debate processual e a renovação de argumentos dentro do conflito.

Dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, não se pode, portanto, afirmar que a decisão tomada em julgamento de demandas repetitivas seja, de fato, democrática. Nesse novo instituto, há, por óbvio, a observância somente dos princípios de um Estado de Direito, governado por leis. Não há, no entanto, a concretização do princípio democrático, uma vez que não se vislumbra a oportunidade de os interessados no julgamento do incidente terem participação efetiva nesse procedimento – não se vê, portanto, o processo como espaço para a contínua discussão e legitimação das normas criadas pelos representantes do povo, dada a inobservância de alguns dos princípios que embasam o devido processo legal.

O que se tem, isso sim, é a criação de um cenário onde os tribunais decidem, tomando apenas um processo como paradigma, as decisões a serem observadas em outras centenas de processos que entendam versar sobre “idêntica questão de direito”. Nesse cenário, não se pode afirmar que a criação do

incidente de demandas repetitivas se coadune com os objetivos do novo CPC:

4. Aplicabilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em matéria tributária.

O artigo 985 do Novo Código de Processo Civil estabelece que julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

De forma objetiva, as relações jurídicas tributárias são tradicionalmente pensadas como relações bilaterais, que envolvem tão somente Fisco e contribuinte, todavia, que na sociedade atual, essas relações assumiram um caráter de massa, já que um único tributo, uma única hipótese de incidência ou regra matriz de incidência tributária tem o condão de atingir um grande número de indivíduos de forma semelhante.

Se alguns aspectos da hipótese de incidência tributária terão caráter pessoal, também o é que a grande maioria deles atingirá os vários destinatários da norma de forma idêntica. Uma alíquota ou uma base de cálculo viciada atingirá todos aqueles que praticarem o fato previsto na hipótese de incidência de modo semelhante. Ou seja, apesar de ser possível individualizar os sujeitos das relações jurídicas tributárias, não se pode negar que sua incidência ocorre de forma homogênea, motivo pelo qual é possível classificá-las como relações individuais homogêneas

O IRDR como uma ficção processual, tem força máxima nas questões tributárias que se apresentam diante de controvérsias unicamente de direito e visam escolher a tese jurídica a ser aplicada. Nesse contexto não há relevância se existe correlação fática entre os titulares do direito controvertido.

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

O IRDR se presta a aplicação de uma tese jurídica, pelos tribunais, em diversos processos. A tese fixada pode ser usada inclusive em casos futuros. Trata-se, conforme a doutrina, de uma técnica individual de repercussão coletiva, semelhante ao instituto da repercussão geral do recurso extraordinário. Há uma forte esperança que o IRDR possa amenizar os processos em massa que ensejam morosidade para os julgamentos.

Algumas questões relevantes em matéria tributária estão em pauta no Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP ao realizar juízo de admissibilidade de Incidente de Uniformização de Demandas Repetitivas – IRDR vai definir se as tarifas de transmissão (TUST e TUSD) devem ou não integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre a comercialização de energia elétrica, vejamos:

Turma Especial – Direito Público

IRDR 2246948-26.2016.8.26.0000 – Relator: desembargador Antônio Carlos Malheiros **Fazenda do Estado de São Paulo x Condomínio Conjunto Nacional Tema: Exclusão das tarifas TUSD (Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição) e TUST (Tarifa de uso do Sistema de Transmissão) da base de cálculo do ICMS** A questão de fundo deste incidente de uniformização é definir se é legítima a inclusão das tarifas de transmissão, denominadas TUST (tarifa de uso do sistema de transmissão) e TUSD (tarifa de uso do sistema de distribuição), na base de cálculo do ICMS sobre as faturas de energia elétrica. A Fazenda Estadual do Estado de São Paulo aduz, em síntese, que houve um aumento estratosférico na distribuição de demandas discutindo a legalidade da cobrança das tarifas TUST e TUSD da base de cálculo do ICMS, sendo que, de julho a novembro de 2016, houve um aumento de aproximadamente 2.000 distribuições a cada mês, o que representa um acréscimo de 800% nesse período, de forma que pretende que o IRDR promova a solução uniforme para todas as demandas que versam sobre o tema, uma vez que a 1ª Câmara de Direito Público profere decisões favoráveis ao Fisco, ao contrário das demais Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Na sessão que ocorrerá no dia 30 de junho, a Turma Especial de Direito Público procederá ao juízo de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), considerando se há a presença de: (i) efetiva repetição

de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme preleciona o artigo 976, do Código de Processo Civil. Em caso de admissão do IRDR nessa sessão, o relator determinará a suspensão de todas as ações que versam sobre a cobrança do ICMS nas tarifas correspondentes ao custo de transmissão e distribuição de energia e que tramitam na Justiça do Estado de São Paulo. O julgamento de mérito ocorrerá oportunamente, após o cumprimento das formalidades legais. A decisão de mérito em IRDR vincula os órgãos jurisdicionais vinculados ao tribunal que o decidir, ou seja, no caso concreto, a tese firmada deverá ser seguida por todos os juízes e pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) o destaque fica por conta de discussões envolvendo a CIDE royalties, o PIS e a COFINS sobre as receitas financeiras das pessoas jurídicas sujeitas ao regime não cumulativo e o IOF no que se refere à operação simbólica de câmbio, senão vejamos:

STJ

REsp nº 1.642.249 Symantec Brasil Comercio de Software LTDA X Fazenda Nacional e Resp Nº 1650115/Sp Telefônica. Pesquisa e Desenvolvimento do Brasil LTDA X Fazenda Nacional – min. Mauro Campbell Marques. **Tema: incidência da CIDE royalties sobre o pagamento por licença de uso de software.** A Segunda Turma julgará dois recursos especiais que desafiam acórdãos do TRF3 que julgaram válida a cobrança da CIDE royalties, prevista na Lei nº 10.168/2000, sobre remessas efetivadas ao exterior para o pagamento de licenças de uso de softwares. No primeiro recurso especial acima citado, o julgamento do TRF ocorreu em 2011, tendo sido aplicado o posicionamento segundo o qual o fato gerador da exação “não se refere exclusivamente ao pagamento de “royalties”, mas também à simples prestação de assistência técnica, conforme decidido em reiterados julgados”. Em sede de embargos de declaração, o contribuinte alegou omissões no acórdão, entre as quais se destaca a desconsideração do direito superveniente, consubstanciado na Lei nº 11452/07 que, alterando a Lei nº 10.168/2000, passou a prever que “A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

a transferência da correspondente tecnologia”. Considerando que o TRF desproveu os embargos de declaração acima citados, é possível que o STJ se limite a analisar o tema sob o prisma processual, deixando de julgar a matéria de fundo. O segundo recurso especial, por sua vez, se originou de acórdão proferido pelo mesmo TRF3 que manteve a cobrança da CIDE, afirmando que: “Antes da modificação da Lei 11452/2007, o software era equiparado à obra intelectual, sob a égide, pois, da lei de proteção aos direitos autorais (Lei 9610/98, artigo 7º, XII), que presumia, pois, a transferência de tecnologia no caso de concessão de licença de uso de software através de contrato celebrado com empresa estrangeira”. Ou seja, o acórdão recorrido reconheceu a não incidência da CIDE royalties a partir de janeiro de 2006 por conta do § 1º-A do artigo 2º da Lei 10.168/2000, com a redação dada pela Lei nº 11.452/2007, mas deixou de aplicar a mesma solução para o período anterior, afirmando que a aplicação da regra de retroatividade prevista no artigo 106, I, do CTN dependeria da lei se auto proclamar interpretativa, o que não ocorreu no caso concreto.

REsp nº 1649177 / RS – Dana Indústrias LTDA x Fazenda Nacional – min. Og Fernandes. **Tema: Discute-se a legalidade do Decreto nº 8.426/2015, que restabeleceu as alíquotas para 0,65% e 4% do PIS e da COFINS na modalidade não-cumulativa incidentes sobre receitas financeiras.** A Segunda Turma inicia o julgamento de recurso especial questionando acórdão do TRF4 que julgou válidas as disposições do Decreto nº 8.426/2015, que revogaram os Decretos nº 5.164/04 e 5.442/05, os quais previam a aplicação de alíquota zero do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras das empresas sujeitas ao regime não-cumulativo dos tributos. A questão de fundo é saber se o referido decreto ofendeu o princípio da legalidade ao aumentar as alíquotas do PIS e da COFINS com base na autorização concedida pelo art. 27, § 2º, da Lei 10.865/04. É válido ressaltar que a Primeira Turma do STJ iniciou o julgamento do REsp nº 1.586.950/RS (COMPANHIA ZAFFARI COMÉRCIO E INDÚSTRIA), tendo sido proferidos, até o momento, três votos, dois pela ilegalidade (min. Napoleão Nunes e Regina Costa) e um pela validade do Decreto nº 8.426/2015 (min. Gurgel de Faria), aguardando-se a apresentação de votos do min. Benedito Gonçalves (vista) e Sergio Kukina. O STE, a seu turno, reconheceu a repercussão geral da matéria no RE 986296, recentemente substituído pelo RE 1043313 em razão da abordagem mais ampla deste último, que explora também os princípios da isonomia e não-cumulatividade. Convém ficar atento à admissibilidade do recurso especial, porquanto

a Segunda Turma vem decidindo reiteradamente pela índole constitucional da matéria, a demandar julgamento pelo STF. Recentemente, o próprio min. Og Fernandes proferiu voto no sentido do não cabimento do recurso especial, sendo oportuno ressaltar, todavia, que naquela oportunidade o acórdão recorrido aparentemente julgava a questão somente sob o prisma constitucional. Diferentemente, no caso pautado para o dia 08/06, há decisão específica do TRF4 acerca da inexistência de violação, pelo decreto, ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional, o que pode, eventualmente, indicar solução pelo conhecimento do recurso.

REsp nº 1665120 – Fazenda Nacional x Banco Cidade S/A – min. Herman Benjamin. **Tema: IOF Câmbio sobre a prorrogação de empréstimo por meio do lançamento de títulos no exterior. Operação simbólica de câmbio.** No julgamento de recurso especial da Fazenda Nacional, a Segunda Turma decidirá se mantém o acórdão que julgou procedente o pedido formulado por banco para não sujeitá-lo ao pagamento de IOF incidente sobre operações de liquidação simbólica de câmbio, a que foi compelido a fim de obter novo registro perante o BACEN para prorrogação dos contratos de empréstimo obtido no exterior. O acórdão recorrido se baseia na interpretação de que nas renovações dos contratos não há ingresso ou saída de valores, ocorrendo apenas um novo registro de operações perante o BACEN. Embora não existam precedentes específicos para o IOF, convém lembrar que o STJ pacificou a sua jurisprudência no sentido de incidir a CPMF sobre operações simbólicas de câmbio, realizadas por exigência do BACEN. Não obstante, o fundamento do acórdão do TRF3 no caso ora analisado é no sentido de o fato gerador do IOF câmbio exigir a colocação efetiva da moeda à disposição do sujeito passivo, o que, a princípio, pode indicar uma solução diversa daquela aplicada à CPMF, cuja lei de regência tratava de forma específica da circulação escritural de moeda.

2ª Turma 13/06

REsp nº 1642246 / SP – EMS S/A x Fazenda Nacional – min. Mauro Campbell Marques. **Tema: Definir se a CIDE royalties deve incidir sobre remessas ao exterior a título de reembolso de despesas.** Uma questão interessante está em pauta na Segunda Turma, referente a recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face de acórdão do TRF3 que considerou

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

intributáveis pela CIDE royalties os valores remetidos por empresa ao exterior para efeito de “reembolso de despesas de seus colaboradores com viagens, transporte, hospedagem, refeições e afins” por não se enquadrarem no conceito de remuneração por serviços, mas serem, na verdade, indenizações por despesas realizadas no interesse da empresa recorrida. No seu recurso especial, a Fazenda Nacional afirma que o acórdão violou o artigo 535, II, do CPC/73, por ter se mantido omissa a despeito da oposição de embargos de declaração, assim como os artigos 111 do CTN e 2º, § 2º, da Lei nº 10.168/2000, pois o último dispositivo legal citado não teria adotado o conceito estrito de remuneração como limite para a incidência da CIDE, que, segundo alega, deve incidir “sobre a totalidade dos valores pagos/entregues ou creditados, de qualquer natureza, à totalidade, que tendem a remunerar, ou seja, pagar ou servir de contraprestação financeira, pelos serviços prestados nos moldes previsto (sic) na legislação, nele se englobando as despesas que o prestador teve e que repassa (ou não, conforme o contrato) ao tomador”. É válido frisar que as referidas remessas de valores para a cobertura de despesas em viagem ao exterior para fins de negócio não se sujeitam ao IRRF, nos termos do art. 690, VIII, do RIR/99. O ganho do contribuinte, portanto, caso alcançado, implicará verdadeira economia fiscal, levando em conta que, de acordo com o art. 2º-A da Lei nº 10.168/2000, os valores sujeitos à CIDE (alíquota de 10%) contam com redução da alíquota do IRRF para 15% (contra 25% ordinariamente). Ou seja, o contribuinte não estará sujeito à CIDE e também não haverá incremento da alíquota do IRRF correspondente à mesma operação, já que as remessas não se sujeitam a esse imposto.

REsp nº 1661037 / SC – Cartondrunk Gráfica LTDA X Fazenda Nacional e Resp Nº 1667965 / RS – Zero Hora Editora Jornalística S.A., RBS Administração E Cobranças LTDA, RBS Participações S A x Fazenda Nacional – min. Herman Benjamim. **Tema: Discute-se a legalidade do Decreto nº 8.426/2015, que restabeleceu as alíquotas para 0,65% e 4% do PIS e da COFINS na modalidade não-cumulativa incidentes sobre receitas financeiras.**

REsp nº 1667644 / RS (2017/0089067-5) – Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico X Fazenda Nacional – min. Herman Benjamim. **Tema: discussão sobre a aplicação das alíquotas do SAT previstas no Decreto nº 6.957/2009, tendo a recorrida obtido autorização para o recolhimento da contribuição à alíquota**

de 1%, conforme redação anterior da tabela dos graus de risco contida no Decreto nº 3.048/1999. Recurso especial contra acórdão do TRF4 que garantiu à Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABCFARMA, com sede em São Paulo/SP, o afastamento da aplicação das alíquotas do SAT previstas no Decreto nº 6.957/2009, autorizando o recolhimento da exação à alíquota de 1%, conforme redação anterior da tabela dos graus de risco contida no Decreto nº 3.048/1999. Segundo o TRF4 “De acordo com estudo elaborado pela Confederação Nacional das Indústrias, o Decreto 6.957/09 enquadrou 56,1% das atividades econômicas na faixa de risco grave, multiplicando em mais de cinco vezes o percentual de atividades em tal categoria, que no regime do Decreto 6.042/07 era de apenas 10,6%. Tais dados evidenciam que o reenquadramento não se norteou pelo incremento de risco das atividades econômicas e tampouco por critérios técnicos”. O primeiro objetivo da União é a anulação do acórdão que, segundo alega, permaneceu omissa sobre a necessidade de extinção do processo sem julgamento de mérito pois a associação recorrida, com sede em São Paulo, deixou de comprovar que possui associados na base territorial do juízo prolator da sentença (Porto Alegre – RS). Afirma, também, que o acórdão foi omissa quanto a questões relacionadas ao mérito da lide, assim como em relação à necessidade de respeito à regra de reserva de plenário para afastar a aplicação de norma pautada na sua inconstitucionalidade. Pede também a reforma do acórdão que, conforme entende, violou vários dispositivos legais ao deixar de reconhecer que: (i) há necessidade de autorização dos associados para que seja possível à associação ajuizar ação na condição de representante daqueles; (ii) o reenquadramento realizado pelo Decreto nº 6.957/2009 não foi arbitrário, mas pautou-se em “dados técnicos extraídos do Cadastro Nacional de Atividades Econômicas – CNAE”, atendendo plenamente os atos regulamentares do Conselho Nacional da Previdência Social e corroborado por dados estatísticos do INSS. À exceção do REsp 1425090 / PR, no qual a Primeira Turma efetuou o controle de legalidade do reenquadramento de atividade do contribuinte pautada no Decreto 6.957/09, os poucos acórdãos existentes no STJ sobre a questão se limitam a afastar o conhecimento do recurso especial para discutir a questão, arrimado no seu caráter constitucional ou mesmo na incompetência do Poder Judiciário para se imiscuir no critério adotado pelo legislador para definir a alíquota da contribuição para o SAT. Por essa razão, o julgamento deverá se limitar às questões processuais levantadas no recurso especial, ou, quando muito, afastar o conhecimento do recurso da Fazenda na esteira dos precedentes.

RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

2ª Turma 20/06

REsp nº 1668136 / SC – Cremer S.A e Cremer Administradora de Bens LTDA. x Fazenda Nacional – min. Herman Benjamin
Tema: Discute-se a legalidade do Decreto nº 8.426/2015, que restabeleceu as alíquotas para 0,65% e 4% do PIS e da COFINS na modalidade não-cumulativa incidentes sobre receitas financeiras.

Já o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), movimentada possível IRDR para a discussão que envolve o redirecionamento nas Execuções Fiscais e apesar do julgamento ainda não ter sido iniciado, existem argumentos que justificam a aplicação do IRDR a esse caso tributário.

Sem dúvida possui respaldo legal a utilização do IRDR, previsto no CPC/2015, em hipóteses em que a Fazenda pretende redirecionar uma Execução Fiscal. Inicialmente, e, nos termos do posicionamento da Primeira Turma do TRF-3, não há qualquer impedimento de natureza legal para utilização do instituto em ações executivas, visto que o §2º do artigo 4º da própria Lei de Execuções Fiscais permite a aplicação de normas do Direito Civil a questões relacionadas à Dívida Ativa, tais como o seu redirecionamento.

Além disso, ao disciplinar o IRDR, o CPC/2015 não faz qualquer ressalva, como poderia, sobre sua não aplicação à Execução Fiscal, fazendo inclusive referência ao termo “sócio” ao listar a pessoa física instaurante do IRDR, situação que se adequa perfeitamente à hipótese de responsabilização tributária pessoal prevista no art. 135 do CTN.

O CPC/2015 apenas disciplina um procedimento por meio do qual, antes de que seja diretamente atribuída responsabilidade a uma pessoa física, haja garantida a possibilidade de esta se defender adequadamente. Até então, essa possibilidade jamais fora admitida no direito processual, gerando grave prejuízo às próprias pessoas físicas, em casos tributários ou não, que eram surpreendidas com realização de penhoras

“On line” ou outras constrições patrimoniais, tais como a prestação de garantias em valores exorbitantes para poderem se defender pela via de Embargos à Execução Fiscal.

O IRDR dentro desse contexto pode ser perfeitamente aplicado aos casos em que a Fazenda Pública pretende redirecionar Execução Fiscal, garantindo mais segurança às pessoas físicas relacionadas ao devedor originário.

5. Considerações Finais

Importante destacar que, o artigo 979 do Código de Processo Civil relaciona o pleno funcionamento do sistema à existência de uma base de dados completa que agregue e consolide os diversos temas submetidos ao julgamento segundo o rito das demandas repetitivas tanto nos tribunais de Justiça estaduais e federais e também nos tribunais superiores.

Dessa forma, o banco se configura em uma ferramenta de pesquisa capaz de auxiliar partes, advogados, juízes e estudiosos a encontrar os precedentes obrigatórios firmados em todo o país.

Referências

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso aos 20/10/2017, às 15h00.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. 2 São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo Código de processo civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1740 p. ISBN 9788520367575.