

Informativo de Jurisprudência Tributária – STF e STJ

05 de março de 2021

I. Análise dos julgamentos concluídos entre 19/02/2021 e 05/03/2021

Recurso Extraordinário nº 630.137 – Tema 317 – Auto-aplicabilidade da imunidade relativa à contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões dos servidores públicos, prevista no art. 40, § 21, da Constituição Federal, quando o beneficiário for portador de doença incapacitante.

Objeto: Recurso extraordinário em que se discute a auto aplicabilidade da imunidade relativa à contribuição sobre proventos de aposentadorias e pensões dos servidores públicos, prevista no art. 40, § 21, da Constituição Federal, quando o beneficiário for portador de doença incapacitante.

Data da sessão: 19/02/2021 a 26/02/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria, deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, para assentar que o parágrafo 21 do art. 40 da Constituição, incluído pela EC nº 47/2005, possuía eficácia limitada, cujos efeitos estavam condicionados à edição de legislação infraconstitucional (lei complementar federal ou lei ordinária) dos entes federados no âmbito de seus regimes próprios.

A Suprema Corte modulou os efeitos do acórdão, a fim de que os servidores e pensionistas que, por decisão judicial, vinham deixando de pagar as contribuições não tenham que restituí-las. Nesses casos, o acórdão terá efeitos somente a partir da publicação da sua ata de julgamento, momento em que os entes que não tenham editado lei regulamentando o dispositivo poderão voltar a reter as contribuições previdenciárias.

Tese fixada com repercussão geral: “O art. 40, § 21, da Constituição Federal, enquanto esteve em vigor, era norma de eficácia limitada e seus efeitos estavam condicionados à edição de lei complementar federal ou lei regulamentar específica dos entes federados no âmbito dos respectivos regimes próprios de previdência social.”

Recurso Extraordinário 1.167.509 – Tema 1020 – Controvérsia alusiva à constitucionalidade de lei municipal que determina retenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza ("ISS") pelo tomador de serviço, em

razão da ausência de cadastro, na Secretaria de Finanças de São Paulo, do prestador não estabelecido no território do referido Município.

Objeto: Recurso extraordinário no qual se discute, à luz dos artigos 30, inciso I, 146 e 152 da Constituição Federal, e do princípio da territorialidade, a constitucionalidade de dispositivo da Lei nº 14.042/2005, do Município de São Paulo, que impõe a empresas prestadoras de serviço nessa região e sediadas fora do território paulista a obrigação de se cadastrarem na Secretaria de Finanças do Município de São Paulo, sob pena de o tomador do serviço efetuar a retenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Data da sessão: 19/02/2021 a 26/02/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria, julgou a obrigatoriedade de cadastro em órgão da Administração (instituída pelo Município de São Paulo em desfavor de prestadores de serviços estabelecidos fora da respectiva área, imputando ao tomador a retenção do ISS quando descumprida a obrigação acessória local) incompatível com a Constituição Federal. Assentada a inconstitucionalidade do artigo 9º, *caput* e § 2º, da Lei nº 13.701/2003, com a redação decorrente da Lei nº 14.042/2001, nos termos do voto do Relator.

Tese fixada: “É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços — ISS quando descumprida a obrigação acessória.”

Recurso Extraordinário nº 851.108 – Tema 825 – Possibilidade de os Estados fazerem uso de sua competência legislativa plena para instituir o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doação de quaisquer Bens ou Direitos ("ITCMD"), nas hipóteses do artigo 155, §1º, III da Constituição Federal

Objeto: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 24, I, e § 3º, e 155, I, e § 1º, II e III, b, da Constituição Federal e do art. 34, § 3º e § 4º, do ADCT, a possibilidade de os Estados fazerem uso de sua competência legislativa plena, com base no art. 24, § 3º, da Constituição Federal e no art. 34, § 3º, do ADCT, ante a omissão do legislador nacional em estabelecer as normas gerais pertinentes à competência para instituir o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doação de quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, nas hipóteses previstas no art. 155, § 1º, III, a e b, da Lei Maior.

Data da sessão: 19/02/2021 a 26/02/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria, entendeu pela vedação aos Estados e ao Distrito Federal de instituir o ITCMD, no caso de valores advindos do exterior (nas hipóteses referidas no artigo 155, § 1º, III, da Constituição Federal), até a superveniente edição de lei complementar federal.

De acordo com o voto vencedor, proferido pelo Ministro Dias Toffoli (relator), é vedado aos Estados e ao Distrito Federal legislar supletivamente na ausência da lei complementar definidora de a qual unidade federativa compete o imposto.

Ressalta-se que a Corte decidiu pela modulação dos efeitos dessa decisão, estabelecendo que produza efeitos apenas quanto aos fatos geradores que venham a ocorrer a partir da publicação do presente acórdão, ressalvando as ações judiciais pendentes de conclusão até este momento, nas quais se discuta: (1) a qual Estado o contribuinte deve efetuar o pagamento do ITCMD, considerando a ocorrência de bitributação; e (2) a validade da cobrança desse imposto, não tendo sido pago anteriormente.

Tese fixada: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional.”

Recurso Extraordinário (RE) nº 1.187.264/SP – Tema 1048 - Inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS") na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta ("CPRB").

Objeto: Recurso extraordinário em que se discute, à luz do artigo 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, se o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS") integra a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta ("CPRB").

Data da sessão: 12/02/2021 a 23/02/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria (7 a 4), negou provimento ao Recurso Extraordinário do contribuinte, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, prevalecendo o entendimento de que a CPRB caracteriza-se como benefício fiscal criado com o objeto de desonerar a folha de pagamentos e reduzir a carga tributária e, desta forma, excluir o ICMS da base de cálculo da CPRB implicaria em novo benefício não previsto pelo legislador.

Tese fixada: “É constitucional a inclusão do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB”.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5729 – Constitucionalidade da vedação ao compartilhamento de informações prestadas pelos aderentes ao RERCT com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Objeto: Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta em face dos §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, que tratam do sigilo das informações prestadas pelos contribuintes que aderiram ao chamado Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT).

Data da sessão: 26/02/2021 a 05/03/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria, entendeu que, sendo sensíveis as informações prestadas pelos aderentes ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), a vedação do compartilhamento de informação entre os órgãos intervenientes do programa com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios se justifica, nos termos do voto do reletor.

Tese fixada: “É constitucional a vedação ao compartilhamento de informações prestadas pelos aderentes ao RERCT com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como a equiparação da divulgação dessas informações à quebra do sigilo fiscal.”

Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 599.316 – Tema 244 – Limitação temporal para o aproveitamento de créditos de PIS E COFINS.

Objeto: Embargos de Declaração interpostos em razão de suposta contradição na tese e ementa formalizadas, os quais não corresponderiam ao entendimento prevalecente no julgamento de mérito do Recurso Extraordinário.

Data da sessão: 26/02/2021 a 05/03/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por unanimidade, conheceu e desproveu os Embargos de Declaração, nos termos do voto do Relator.

Tese fixada: “Surge inconstitucional, por ofensa aos princípios da não cumulatividade e da isonomia, o artigo 31, cabeça, da Lei nº 10.865/2004, no que vedou o creditamento da contribuição para o PIS e da COFINS, relativamente ao ativo imobilizado adquirido até 30 de abril de 2004.”

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945 e 5659 – Incidência de ICMS ou ISS sobre o licenciamento ou cessão de uso de software.

Objeto: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945, em que se discute a constitucionalidade de Lei Estadual do Mato Grosso que visava instituir ICMS sobre o licenciamento ou cessão de uso de software, bem como Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5659, em que se discute a constitucionalidade de Lei Estadual e Decreto de Minas Gerais que visavam instituir ICMS sobre o licenciamento ou cessão de uso de software. O Tribunal analisou se sobre esse tipo de operação deve incidir ICMS ou ISS.

Data da sessão: finalizado em 24/02/2021 (Sessões em 18/02/2021, 04/11/2020, e 27/04/2020).

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria, deu provimento às duas ADIs, nos termos do voto do Relator da ADI nº 5659, Ministro Dias Toffoli, vencida a relatora da ADI nº 1945, Ministra Cármen Lúcia. Sendo assim, incide ISS sobre as operações licenciamento ou cessão de uso de software.

Tese fixada: Foi fixado o entendimento de que incide apenas ISS sobre licença ou cessão de uso de softwares. A modulação dos efeitos seguirá o seguinte critério:

1. Contribuintes que recolheram apenas o ICMS: Não haverá direito à repetição de indébito, e impossibilidade do Município cobrar ISS (evitar bitributação);
2. Contribuintes que recolheram apenas o ISS: Confirmação da validade do pagamento de ISS, vedação dos Estados a cobrar ICMS;
3. Contribuintes que não recolheram nem ISS nem ICMS: Possibilidade de cobrança apenas de ISS, respeitada a prescrição;
4. Contribuintes que recolheram o ISS e o ICMS, mas sem pedido de repetição de indébito: Possibilidade de repetição de indébito do ICMS dentro do prazo prescricional, sob pena de enriquecimento indevido dos Estados, e validade do pagamento de ISS.

5. Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes em face dos Estados, inclusive repetição de indébito (ICMS): Julgamento da ação à luz da orientação da Corte, incidência apenas do ISS, com possibilidade de repetição do ICMS. Declaração de inexistência de relação jurídica, com levantamento de depósitos e/ou repetição de indébito caso o contribuinte já tenha recolhido o ICMS.

6. Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, movidas por Estados para cobrança de ICMS: julgamento da ação à luz da orientação do STF, incidência apenas do ISS. Extinção das ações de cobrança.

7. Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, movidas por Municípios visando cobrar ISS: Incidência apenas de ISS. Ganho de causa para o Município.

8. Ações judiciais movidas pelos contribuintes movidas contra os Municípios visando a não incidência de ISS: julgamento da ação à luz da orientação do STF, incidência do ISS. Ganho de causa para o Município.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5469 – Constitucionalidade da instituição do diferencial de alíquota (DIFAL) de ICMS.

Objeto: Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se discute a constitucionalidade da instituição pelos Estados de diferencial de alíquota (DIFAL) de ICMS nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, conforme Emenda Constitucional nº 87/2015.

Data da sessão: 24/02/2021.

Resultado de Julgamento: O Tribunal, por maioria, julgou precedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93/2015 do CONFAZ. Houve modulação dos efeitos da decisão, nos seguintes termos: inconstitucionalidade da cláusula nona desde a data da concessão da medida cautelar, e inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira a sexta a partir do exercício financeiro seguinte ao julgamento (2022).

Tese fixada: Foi fixado o entendimento de que não é possível a cobrança de diferencial de alíquota (DIFAL) de ICMS pelos Estados a partir de 2022, por invasão do campo legislativo de Lei Complementar Federal.