

**/ Direito Tributário e Tribunais Superiores:  
Retrospectiva das matérias já analisadas  
em 2020**

Setembro de 2020

**BAP  
TISTA  
LUZ**

ADVOGADOS

## Direito Tributário e Tribunais Superiores: Retrospectiva das matérias já analisadas em 2020

Autores:

/ Ivana Ribeiro de Souza Marcon

/ Júlia de Brito Costa

/ Guilherme Pompeu de Sousa Brasil

Em continuidade ao artigo [“Perspectivas do Direito Tributário para o primeiro semestre de 2020”](#), a equipe de Direito Tributário do Baptista Luz Advogados organizou um compilado dos principais julgamentos de processos tributários nos Tribunais Superiores referente ao primeiro semestre de 2020, com a análise dos principais pontos e impactos das decisões aos contribuintes.

### Principais julgados

#### - Supremo Tribunal Federal (STF):

- **RE 1.258.934 (Tema 1085) – Tese “A inconstitucionalidade de majoração excessiva de taxa tributária fixada em ato infralegal a partir de delegação legislativa defeituosa não conduz à invalidade do tributo nem impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados em lei de acordo com percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária”.**

Em 10/04/2020, o Supremo Tribunal Federal reafirmou, em repercussão geral, que a majoração em mais de cinco vezes da taxa de Utilização do Sistema

Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) por meio de portaria é inconstitucional.

O julgado pacifica a jurisprudência no sentido de que a inconstitucionalidade de aumento excessivo de taxa tributária, fixada em ato infralegal a partir de delegação legislativa defeituosa, não invalida o tributo nem impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados em lei, de acordo com percentual não superior aos índices oficiais de correção monetária.

- **RE 761.263 (Tema 723) – “É constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do segurado especial prevista no artigo 25 da Lei nº 8.212/1991”.**

No mês de abril, o Supremo Tribunal Federal julgou ser constitucional considerar a receita bruta como a base de cálculo do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural) para o produtor rural sem empregados, conforme previsto na Lei 8.212/91.

O recurso envolvia uma disputa entre a União e um produtor rural do estado de Santa Catarina. O contribuinte acionou a Justiça a fim de que não tivesse que contribuir com o Funrural nos termos do artigo 25 da Lei 8.212/91, por entender que a base de cálculo prevista na lei era inconstitucional.

De acordo com a Lei nº 8.212/91, a contribuição do segurado especial (ou seja, produtor rural sem empregados) deve ser sobre a “receita bruta da comercialização da produção”. Já a Constituição determina que a contribuição devida ao Funrural pelos segurados especiais deve ser sobre o “resultado da comercialização da produção” (faturamento).

No julgamento do recurso, o Tribunal, por maioria dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo contribuinte e decidiram que o artigo 25 da Lei nº 8.212/91 é plenamente compatível com a Constituição.

- **RE 605.552 (Tema 379) – Tese: “Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira”.**

Com julgamento encerrado no dia 05 de agosto de 2020, o STF fixou a tese de que "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda e que incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira". Com a prevalência do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli, foi mantido o entendimento do STJ, no sentido de que nas operações mistas, há a incidência do ICMS somente sobre o valor total da operação nas hipóteses em que o serviço não esteja compreendido na lista de serviços da lei complementar de competência municipal.

No caso em análise, a atividade exercida pela contribuinte – farmácia de manipulação – consta na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, como serviços farmacêuticos, razão pela qual, por si só, afastaria a incidência do ICMS. A incidência de tal imposto somente abrange os medicamentos ofertados aos clientes na prateleira.

- **RE 574.706 (Tema 69) – Tese: “O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS”. - Embargos de Declaração pendentos de julgamento**

Diante da tese fixada pelo STF, favorável aos contribuintes, de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou embargos de declaração da decisão proferida alegando em síntese sobre a ausência de manifestação acerca de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, se o destacado na nota fiscal ou o efetivamente recolhido pelo contribuinte, bem como sobre a modulação dos efeitos do julgamento proferido pelo STF.

O julgamento dos embargos, originalmente pautados para o dia 5 de dezembro de 2019, foi reagendado para o dia 1º de abril do presente ano, tendo o STF

anunciado novamente a postergação do julgamento que ainda não possui nova data definida para o julgamento.

No dia 15 de maio, a PGFN, realizou pedido, em aditamento aos embargos anteriormente apresentados, de suspensão nacional de todos os processos judiciais que tratam sobre o tema, com o intuito de evitar o trânsito em julgado de processos em que tem sido aplicado o entendimento de que o ICMS a ser excluído é aquele destacado nas notas fiscais.

O julgamento dos embargos é um dos mais aguardados, visto que o tema é considerado um dos mais debatidos no âmbito tributários nos últimos anos.

- **RE 592.616 (Tema 118) – Inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS – Aguardando Julgamento.**

Em razão da tese fixada pelo STF de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, teses semelhantes ganharam força, como a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Com decisões favoráveis aos contribuintes na maioria dos tribunais regionais, o RE nº 592.616, que trata sobre o tema, teve seu julgamento iniciado no STF no dia 14/08/2020. A tese consiste na alegação de que o ISS, assim como o ICMS, não possui a natureza de faturamento ou receita bruta, pois caracteriza-se como mero ingresso no caixa da pessoa jurídica/contribuinte e é pertencente ao ente tributante, no caso, os Municípios.

Deste modo, caso o STF siga o mesmo entendimento aplicado ao ICMS, a tese irá trazer grandes retornos financeiros aos contribuintes, visto que, com o ingresso da medida judicial será possível o contribuinte ter assegurado o direito à exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como a restituição dos valores pagos indevidamente nos últimos 5 anos.

- **RE 576.967 (Tema 72) – Tese: É inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade.**

O STF, por maioria dos votos, declarou a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade. O Ministro, Luís Roberto Barroso, concluiu que o salário maternidade não possui natureza remuneratória e, sim, de benefício previdenciário, razão pela qual a verba não está sujeita ao recolhimento da contribuição previdenciária patronal.

O julgamento do tema foi considerado uma vitória aos contribuintes, visto que a jurisprudência do STJ era pacífica no sentido contrário, pois a corte especial, desde o ano de 2014, entende pela incidência da contribuição sobre o salário maternidade.

- **RE 1.072.485/PR (Tema 985) – Tese: É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias.**

Em 28/08/2020, o STF, em sessão de julgamento virtual, reconheceu por maioria dos votos a constitucionalidade da incidência da contribuição social previdenciária sobre o terço constitucional de férias. De acordo com o Ministro Marco Aurélio, que proferiu o voto vencedor, estão caracterizadas a habitualidade e a natureza remuneratória do adicional relativo às férias gozadas e, portanto, caracterizado o fato gerador da contribuição previdenciária. Ainda, o Ministro Marco Aurélio reconheceu o caráter indenizatório do pagamento do adicional relativo às férias indenizadas e a não incidência da contribuição previdenciária sobre esta rubrica.

- **RE 873.313/SC (Tema 846) – Tese: É constitucional a contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar n. 110/2001, tendo em vista a persistência do objeto para a qual foi instituída.**

Em 17/08/2020, o plenário do STF reconheceu que é constitucional o pagamento do adicional de 10% ao FGTS pelo empregador nos casos de demissão por justa causa. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, que apresentou o voto divergente que saiu vitorioso, apesar de a LC n. 110/2001 ter criado referida contribuição previdenciária com a motivação de recomposição financeira das perdas das contas do FGTS sofridas pelos expurgos inflacionários dos planos econômicos (Planos Verão e Collor), esta motivação é acessória e secundária, sendo que sua finalidade primordial é a preservação do direito social dos trabalhadores, tal como previsto no artigo 7º, inciso III, da CF/88. Em razão disso, segundo o Ministro, após 2004, as receitas advindas do recolhimento desta contribuição previdenciária podem ser destinadas para fins diversos, mas desde que voltados à preservação dos direitos decorrentes do FGTS.

Importante destacar que o adicional de 10% do FGTS, devido pelos empregadores nas demissões sem justa causa foi extinto em dezembro de 2019 com a promulgação da Lei n. 13.932/2019

- **RE 607.642 (Tema 337) – Tese: "Não obstante as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 estejam em processo de inconstitucionalização, é ainda constitucional o modelo legal de coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo, na apuração do PIS/Cofins das empresas prestadoras de serviços"**

Em 29/06/2020, o STF declarou constitucional o modelo legal de coexistência dos regimes cumulativo e não cumulativo de apuração de PIS e Cofins devidos pelas empresas prestadoras de serviços.

O recurso discutia sobre a constitucionalidade da Medida Provisória nº 66/2002, convertida na lei 10.637/2002, que inaugurou a sistemática não cumulativa do

PIS incidente sobre o faturamento ou a receita das empresas em geral. O método de recolhimento foi estendido para a Cofins pela Lei nº 10.833/03.

Em troca do direito ao aproveitamento de créditos, aumentaram as alíquotas para o regime não-cumulativo (PIS de 0,65 para 1,65% e COFINS de 3% para 7,6%), com o intuito de igualar as cargas tributárias entre as duas sistemáticas.

No caso em específico, o setor de serviços, defendeu a alegação de ter sido afetado de maneira desproporcional pela nova sistemática das contribuições pela razão de não poder se apropriar de créditos sobre gastos com mão de obra, despesa considerada de maior relevância no setor.

No entanto para o Ministro Relator, Dias Toffoli, a nova sistemática redistribuiu a carga tributária entre diversos setores da economia e, apesar de ter regras complexas, não ofendeu o princípio da isonomia, motivo pelo qual entendeu não ser razoável a declaração de inconstitucionalidade da legislação para que tudo retorne ao regime cumulativo.

- **RE 602.917 (Tema 324) – Tese: “É constitucional o artigo 3º da Lei 7.798/1989, que estabelece valores pré-fixados para o IPI”.**

Em 29/06/2020, o Supremo declarou a constitucionalidade do artigo 3º da Lei 7.798/1989, que prevê a possibilidade de o Executivo federal estabelecer valores pré-fixados para o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

A tese foi fixada na discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo, ante a norma do artigo 146, inciso III, A, da Constituição Federal, que exige lei complementar para dispor sobre normas gerais em matéria tributária.

A lei complementar, no caso, o Código Tributário Nacional (CTN) em seu artigo 47, II, "a", prevê que a base de cálculo do IPI é "o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria".

A Ministra Relatoria, Rosa Weber, ficou vencida ao propor a inconstitucionalidade do dispositivo. Prevaleceu o entendimento do Ministro



Alexandre de Moraes de que a Lei 7.798/1989, ao atribuir ao Executivo a criação de classes de valores correspondentes ao IPI a ser pago, teve por objetivo facilitar a fiscalização da União, bem como evitar a sonegação fiscal.

Ainda segundo Moraes, no caso concreto, a Lei 7.798/1989 tratou apenas de regulamentar o que já estava disposto no CTN, conceituando, portanto, o que seria "valor da operação" para fins de definição da base de cálculo do IPI. "Não houve qualquer alteração da base de cálculo; apenas se instituiu uma técnica de tributação que leva em consideração o próprio valor da operação comumente verificada no mercado, em respeito, portanto, ao que determina o CTN".

- **ARE 1.237.351 (Tema 1093) Repercussão geral reconhecida.**

No mês de junho de 2020, o STF, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.237.351, em que se discute acerca da "necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015".

O ARE foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito federal, que entendeu que a cobrança do diferencial não está condicionada à regulamentação de lei complementar.

Em contrapartida, os contribuintes alegam que a cobrança do DIFAL configura nova incidência do tributo, o que somente seria permitido por meio de edição de lei complementar, sob pena de desobediência ao disposto na Constituição Federal, ocorrendo violação aos artigos 146, incisos I e III, alínea "a", e 155, inciso XII, parágrafo 2º, alíneas "a", "c", "d" e "i" da referida Carta Magna.

Com o reconhecimento da repercussão geral, os Ministros determinaram a inserção do processo no Plenário Virtual com vista ao Procurador-Geral da República.

- **RE 946.648 (Tema 906) – Tese: "Não incide o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na comercialização, considerado produto importado, que não é antecedida de atividade industrial".**

Em 20/08/2020 foi formada a maioria dos votos para o STF declarar a constitucionalidade da incidência do IPI na revenda de produtos importados, mesmo quando não há beneficiamento do bem entre a importação e a revenda.

Após pedido de vista formulado em 16/06/2020, o ministro Alexandre de Moraes apresentou voto defendendo a constitucionalidade da incidência do IPI na operação de saída das mercadorias importadas do estabelecimento importador para comercialização do mercado interno, que foi acompanhada pela maioria dos ministros.

Segundo destacado pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto vencedor, o IPI também possui função extrafiscal e, portanto, pode ser um instrumento com função política, social e econômica, e defendeu que a incidência do IPI na saída do estabelecimento importador é constitucional e serve como uma proteção da indústria nacional, como forma de evitar que os produtos importados tenham vantagem de preço sobre os produtos nacionais.

O Ministro Relator, Marco Aurélio, proferiu voto divergente reconhecendo a inconstitucionalidade da incidência do imposto na saída do estabelecimento importador para a comercialização no mercado interno, porque nesta etapa não há nenhum beneficiamento industrial que justifique a incidência do IPI, tendo sido acompanhado pelos ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

- **RE 796.376 (Tema 796) – Tese: “A imunidade em relação ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”.**

Em 05/08/2020, o Supremo decidiu, por 7 votos a 4, que a imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado.

Segundo o texto constitucional, não há incidência de ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, excepcionada a hipótese em que a atividade preponderante da pessoa jurídica for a comercialização, locação ou arrendamento mercantil de imóveis. Justamente nesse sentido foi o voto do Ministro Relator, Marco Aurélio.

Contudo, o Ministro Alexandre de Moraes instaurou divergência que se deu por vencedora. Para ele, os valores que sobejam o capital subscrito na sociedade não encontram amparo na dicção constitucional, uma vez que a imunidade é destinada exclusivamente à integralização destes valores na figura da pessoa jurídica, razão pela qual em hipótese alguma poderia haver imunidade a valores transferidos com finalidade diversa, no caso, a formação de reserva de capital, sob pena de constituir interpretação extensiva e errônea.

No mesmo sentido, o Ministro reafirmou que nada impede que os sócios ou acionistas contribuam com quantia superior ao montante por eles subscrito e que o contrato social preveja que essa parcela será classificada como reserva de capital, pois essa convenção se insere na autonomia de vontade dos subscritores.

A vedação se limita ao ato de, a pretexto de criar-se uma reserva de capital, pretender-se imunizar o valor dos imóveis excedente às quotas subscritas, ao arrepio da norma constitucional e em prejuízo ao Fisco municipal.

Com isso, foi fixada a tese de que o referido imposto deverá incidir sobre o valor dos bens imóveis que superar o valor do capital subscrito a ser integralizado, pois a imunidade está voltada apenas ao valor destinado à integralização do capital social, que é feita quando os sócios quitam as quotas subscritas.



## - Superior Tribunal de Justiça (STJ):

- **AResp. 1.150.353 – Incidência de ISS em serviços de gestão de fundos de investimento no exterior – Aguardando julgamento**

Em 19/05/2020, iniciou-se o julgamento, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobre a incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre gestão prestada a fundo de investimentos com sede no exterior. O objetivo é definir se o resultado dessa gestão se apura no exterior, o que configuraria exportação e, assim, levaria à isenção do tributo.

O julgamento foi interrompido por pedido de vista antecipada da ministra Regina Helena Costa.

O cerne da discussão está disposto no artigo 2º da Lei Complementar 113. O inciso I, disciplina que o ISS não incide sobre as exportações de serviços para o exterior. O parágrafo único diz que a regra não vale para "os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique".

Deste modo necessário a interpretação, pela 1ª Turma, do termo "resultado" no que diz respeito à atuação de gestão de fundo de investimento sediado no exterior.

Para o relator, ministro Gurgel de Faria, esse resultado é apurado pelos rendimentos ou prejuízos decorridos da compra e venda de ativos pelo gestor, o que se consolida em solo brasileiro, razão pela qual entende que o envio para o exterior é apenas uma formalidade operacional sujeita a registro perante o Banco Central. Já em relação à prestação de serviço contratado, entendeu que representa o exaurimento das obrigações assumidas pelo gestor perante o contratante, não constituindo o serviço exportação, portanto, incide o ISS.

Abriu divergência o Ministro Napoleão Nunes Maia, para quem as atividades no Brasil são meramente instrumentais para proporcionar o benefício. Para o Ministro, o resultado do fundo de investimento, é considerado o incremento

patrimonial de seus participantes, o que só pode ser apurado no exterior, onde está localizado, razão pela qual não incide o ISS.

- **REsp. 1.570.980 – “STJ limita em 20 salários mínimos teto da base de cálculo das contribuições de terceiros”.**

No mês de março, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça limitou a 20 salários mínimos a base de cálculo do salário-educação e das contribuições destinadas ao "sistema S", que reúne instituições como Sesc, Senai, Sebrae, Sesi, Senai, entre outros.

Por unanimidade, o colegiado negou provimento a agravo interno do recurso especial da Fazenda Nacional e ratificou decisão que permite que o contribuinte reduza a carga tributária sobre a folha de pagamento.

Devido à decisão favorável ao contribuinte, a tese promete trazer grandes retornos financeiros aos contribuintes, tendo em vista que poderão buscar, pela via judicial, a restituição ou compensação dos valores pagos a maior dos últimos 5 anos.

## Conclusão

Apesar de todos os problemas advindos com a pandemia, o ano de 2020 está sendo muito movimentado nos Tribunais Superiores, principalmente em matéria tributária. Muitos temas tributários que há anos aguardavam uma definição junto às Cortes Superiores estão sendo analisados e julgados.

Além disso, neste segundo semestre a expectativa é a de que se inicie a votação do projeto da reforma tributária apresentado pelo Governo Federal, bem como que seja dado desfecho a outros casos tributários relevantes, capazes de produzir efeitos e consequências diversas aos contribuintes.

A Equipe Tributária do Baptista Luz Advogados acompanha diariamente e atentamente as notícias, projetos e alterações tributárias, assim como os julgamentos administrativos e judiciais proferidos pelo Tribunais Superiores, o

que nos permite atender e orientar os nossos clientes, de acordo com suas demandas e necessidades.



### **/ SÃO PAULO**

Rua Ramos Batista, 444 / 2º Andar  
Vila Olímpia / São Paulo / SP  
Tel +55 11 3040 7050

### **/ PORTO ALEGRE**

R. Carlos Trein Filho, 599 / 11º andar  
Auxiliadora / Porto Alegre / RS  
Tel +55 51 3207 9057

### **/ FLORIANÓPOLIS**

Rua Bento Gonçalves, 183 / Sala 1001  
Centro / Florianópolis / SC  
Tel +55 48 3225 6468

### **/ LONDRINA**

Rua Ayrton Senna da Silva, 300 / Sala nº 1801  
Gleba Palhano / Londrina / PR  
Tel +55 43 3367 7050

### **/ MIAMI**

1110 Brickell Ave / Ste 200  
Miami / FL 33131



[contato@baptistaluz.com.br](mailto:contato@baptistaluz.com.br)  
[www.baptistaluz.com.br](http://www.baptistaluz.com.br)



ADVOGADOS