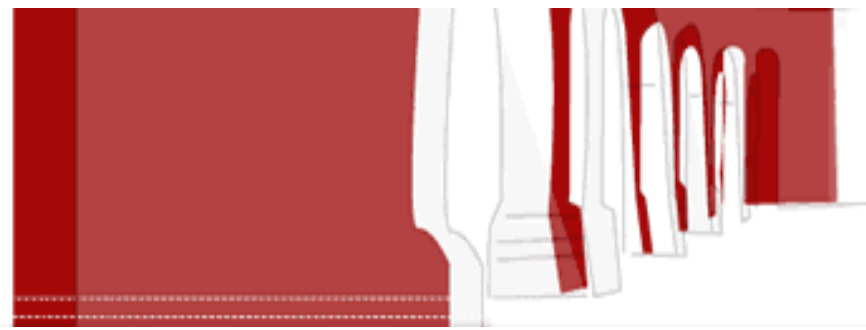




Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo



**Disciplina:** DIREITO TRIBUTÁRIO CONSTITUCIONAL: ESTUDOS DE CASOS  
**Docente:** PROFESSOR TITULAR LUÍS EDUARDO SCHOUERI

# **EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS**

**29.10.2015**

# **APRESENTAÇÃO DO CASO**

# CONTEXTUALIZAÇÃO

## TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

**Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; (...)

# CONTEXTUALIZAÇÃO

## LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91

**Art. 2.** A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e **incidirá sobre o faturamento mensal**, assim **considerado a receita bruta das vendas de mercadorias**, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

Parágrafo único. **Não integra a receita** de que trata este artigo, para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição, o valor:

- a) do **imposto sobre produtos industrializados**, quando destacado em separado no documento fiscal;
- b) das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

# PRECEDENTES RELEVANTES

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 212.209

**EMENTA: Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido.**

## STJ - SÚMULA Nº 68 - 15/12/1992 - DJ 04.02.1993

**A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.**

## STJ - SÚMULA Nº 94 - 22/02/1994 - DJ 28.02.1994

**A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do  
FINSOCIAL.**

# CASO

**O CONTRIBUINTE (AUTO AMERICANO S/A DISTRIBUIDOR DE PEÇAS.)  
QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º  
DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91.**

**RELATOR: MIN. MARCO AURELIO**

**SEM REPERCUSSÃO GERAL (O PROCESSO É ANTERIOR À EMENDA  
CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 2004)**

# O JULGAMENTO DO RESP Nº 240.785



**RESP Nº 240.785/MG**

**1992**

Propositura  
da Ação  
Declaratória

**1998**

Recurso  
Extraordinário  
- STF

**Mar/2006**

Declara-se insubsistência  
do início do julgamento –  
Re-inclusão em pauta

**1999**

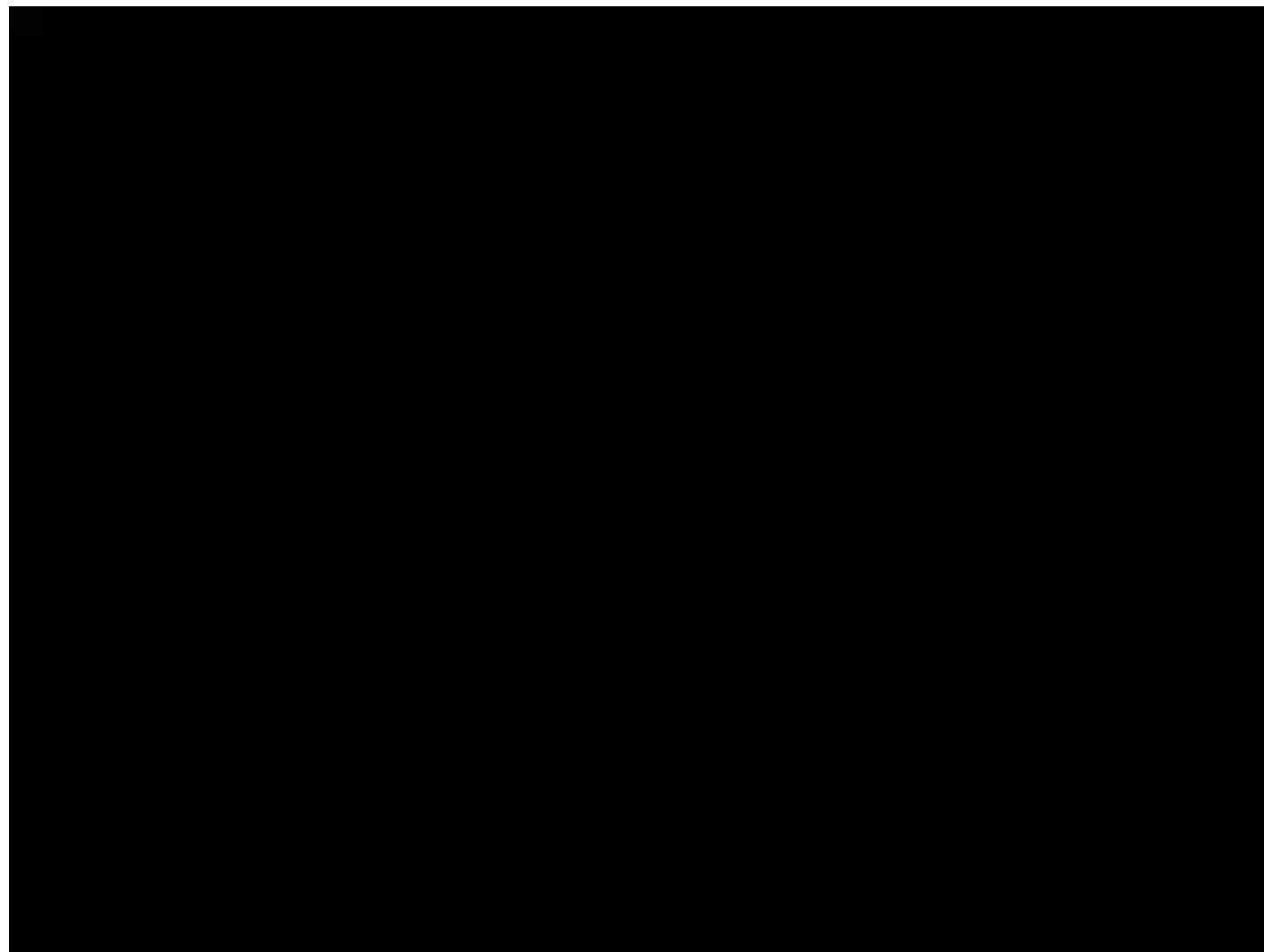
1º Julgamento  
- Voto Relator e S.O -  
Vista Min. Nelson Jobim

**Ago/2006**

- Novo julgamento e nova  
sustentação Oral  
- Vista Min. Gilmar Mendes



# SUSTENTAÇÃO ORAL – CONTRIBUINTE

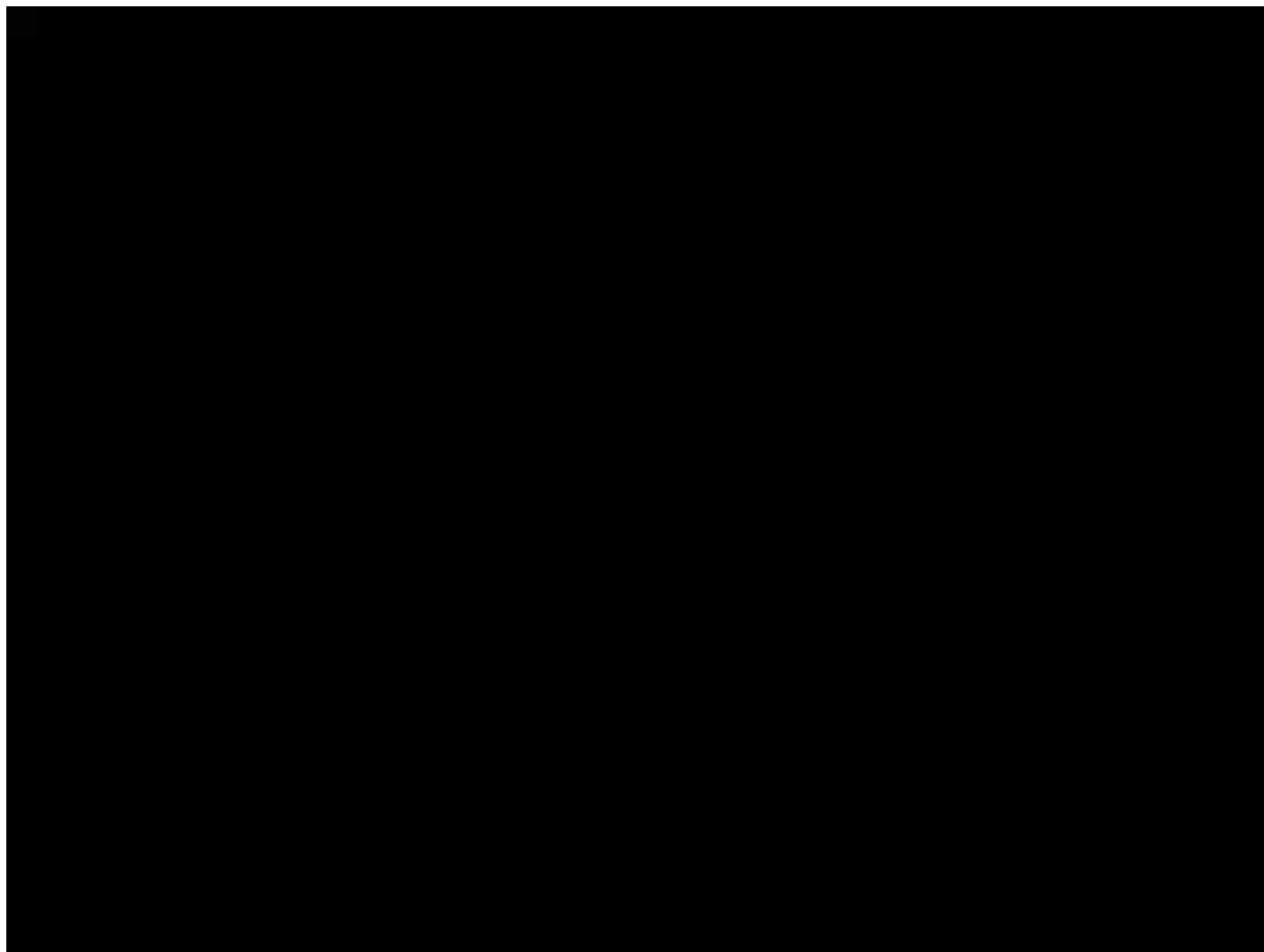


Duração: 14' e 42''



# SUSTENTAÇÃO ORAL – FISCO

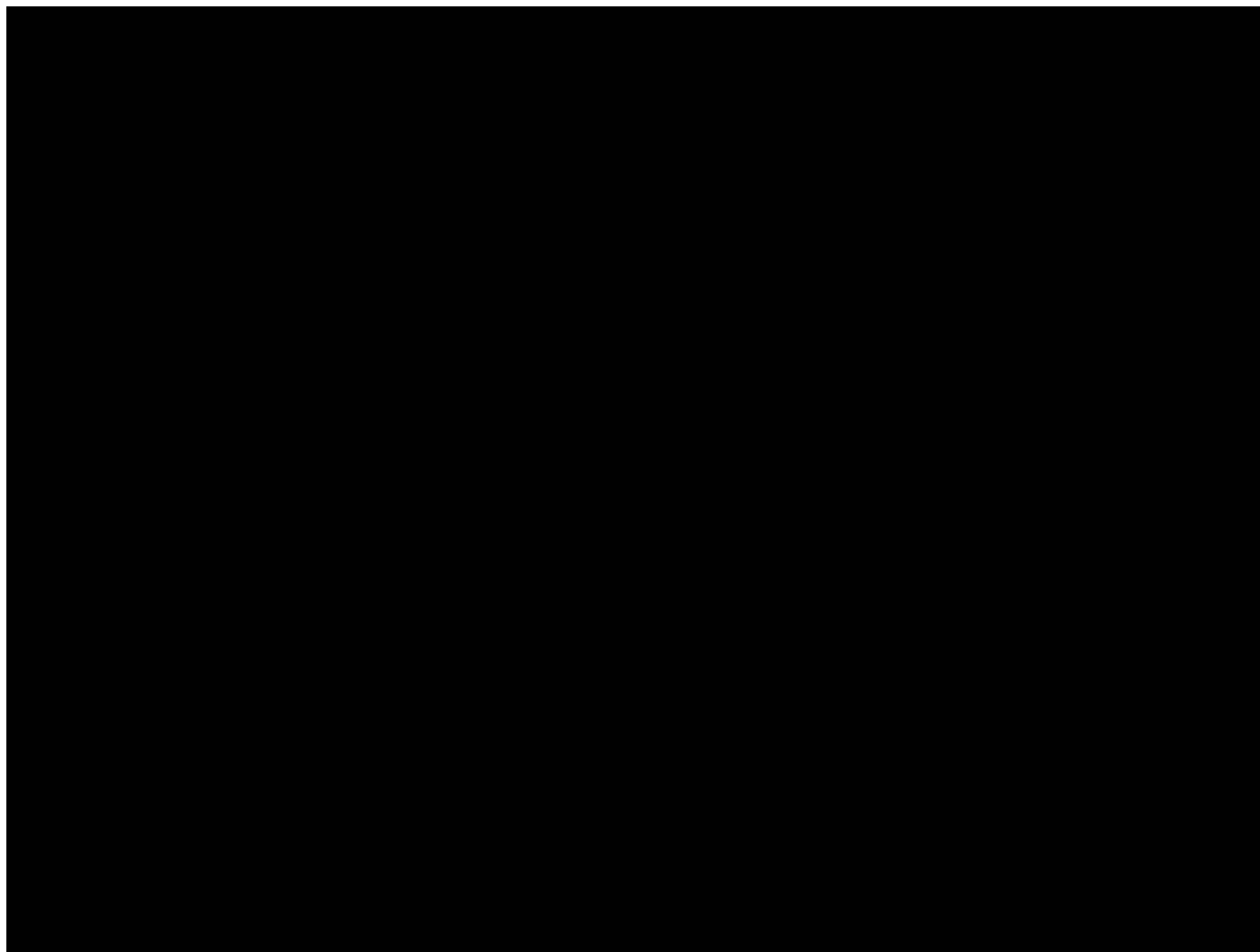
SUSTENTAÇÃO ORAL – FISCO



Duração: 3' e 07"

# VOTO MINISTRO RELATOR

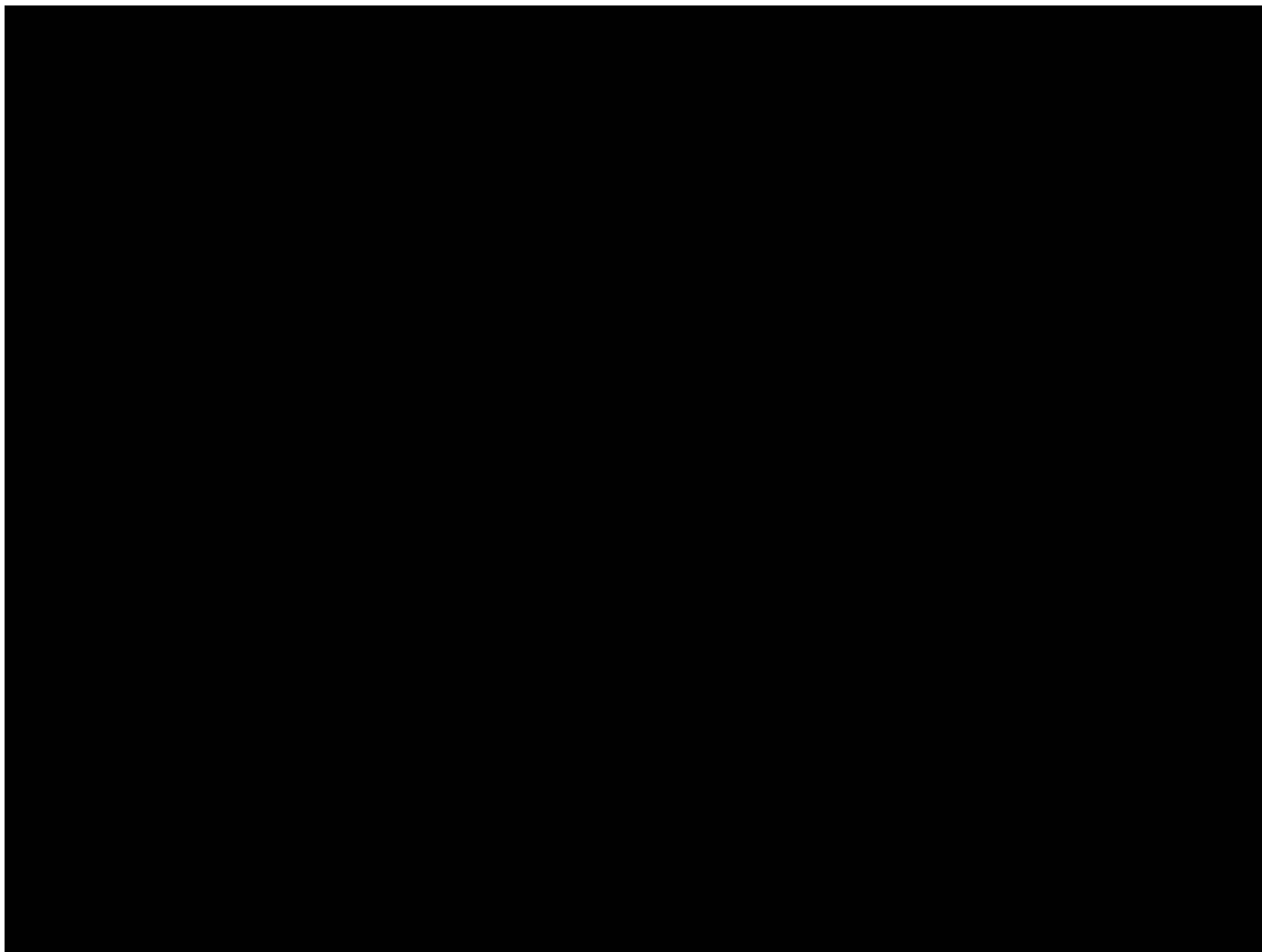
ΑΟΙΟ ΙΑΜΜΙΣΤΙΚΟ ΚΕΦΑΛΟΚ



Duração: 2' e 43"

# VOTO - DIVERGÊNCIA

VOTO - DIVERGÊNCIA



Duração: 3' e 06"

# O JULGAMENTO DO RESP Nº 240.785

- Min. Marco Aurelio
- Min. Cármen Lúcia
- Min. Ricardo Lewandowski
- Min. Carlos Britto
- Min. Sepúlveda Pertence
- Min. Cezar Peluso

■ Min. Eros Grau

**RESP Nº 240.785/MG**

**1992**

Propositura  
da Ação  
Declaratória

**1998**

Recurso  
Extraordinário  
- STF

**1999**

1º Julgamento  
- Voto Relator e S.O -  
Vista Min. Nelson Jobim

**Mar/2006**

Declara-se insubsistência  
do início do julgamento –  
Re-inclusão em pauta

**Ago/2006**

- Novo julgamento e nova  
sustentação Oral  
- Vista Min. Gilmar Mendes

**Out/2007**

*Protocolo  
ADC 18-5*

# ADC Nº 18-5/DF

ECONÔMICO  
**Valor**

“A ADC nº 18 foi proposta pela União em 2007 como estratégia para tentar reverter a derrota iminente do Fisco na discussão bilionária sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins. A ação foi proposta na época em que Dias Toffoli estava no cargo de advogado-geral da União. Atualmente no Supremo, Toffoli ocupa a cadeira que pertenceu a Sepúlveda Pertence e, portanto, estaria impedido de votar no recurso da Auto Americano. Se o caso for retomado em agosto, a partir da ADC, três ministros que foram a favor da tese das empresas - Ayres Britto, Celso Peluso e Pertence - não participarão por já estarem aposentados. Por outro lado, Eros Grau, que votou a favor do Fisco, também já não está na Corte. Com isso, na ADC, um suposto placar inicial seria de três votos (Marco Aurélio, Lewandowski e Cármen). Se o caso for retomado a partir do recurso extraordinário, os votos dos ministros que já se manifestaram continuam valendo.”



**MIN. TOFFOLI**  
À época em que foi  
Advogado-Geral da União

# O JULGAMENTO DO RESP Nº 240.785

- Min. Marco Aurelio
- Min. Cármen Lúcia
- Min. Ricardo Lewandowski
- Min. Carlos Britto
- Min. Sepúlveda Pertence
- Min. Cezar Peluso

■ Min. Eros Grau

## RESP Nº 240.785/MG

**1992**

Propositura  
da Ação  
Declaratória

**1998**

Recurso  
Extraordinário  
- STF

**1999**

1º Julgamento  
- Voto Relator e S.O -  
Vista Min. Nelson Jobim

**Mar/2006**

Declara-se insubsistência  
do início do julgamento –  
Re-inclusão em pauta

**Ago/2006**

- Novo julgamento e nova  
sustentação Oral  
- Vista Min. Gilmar Mendes

**Out/2007**  
*Protocolo  
ADC 18-5*

**Dez/2007**

Devolução dos  
autos para  
julgamento

**14/Mai/2008**

Adiado julgamento –  
Questão de Ordem -  
precedência do controle  
concentrado

# A RETOMADA DO JULGAMENTO

12/05/2014

ECONÔMICO  
**Valor**

## Inclusão do ICMS na base do PIS e Cofins embaraça STF

Uma discussão tem colocado o STF em saia-justa: a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS.

Até outubro de 2007, a Suprema Corte analisava um recurso extraordinário (RE) com placar de 6 x 1 favorável aos contribuintes. A Advocacia-Geral da União, então, ajuizou a ADC 18 sobre o mesmo assunto, assinada por Dias Toffoli, à frente da AGU. **Em agosto de 2008, entendeu-se, por maioria, que a ADC 18 tinha preferência sobre o RE. Uma cautelar impediu que as demais instâncias julgassem a matéria:** “a suspensão prevista no art. 21 da Lei 9.868 **tem prazo certo, máximo de 180 dias**. Portanto, é nesse prazo máximo que devemos realizar o julgamento do mérito da própria ADC (...)” – consta da decisão.

Já se foram seis anos. Os efeitos da cautelar se esgotaram e várias petições pedem o julgamento da ADC 18. À toa. Ela não foi liberada.

**Há outro complicador. A ministra Cármen Lúcia pediu a inclusão em pauta de um RE no qual se reconheceu a repercussão geral do tema. São, agora, três casos: o primeiro RE, com julgamento iniciado e pronto para pauta; a ADC 18, não liberada; e o RE que dotou o tema de repercussão geral.** A solução está na boa técnica processual, nas regras do Supremo e em seus precedentes.

# O JULGAMENTO DO RESP Nº 240.785

- Min. Marco Aurelio
- Min. Cármen Lúcia
- Min. Ricardo Lewandowski
- Min. Carlos Britto
- Min. Sepúlveda Pertence
- Min. Cezar Peluso

■ Min. Eros Grau

## RESP Nº 240.785/MG

**1992**

Propositura  
da Ação  
Declaratória

**1998**

Recurso  
Extraordinário  
- STF

**1999**

1º Julgamento  
- Voto Relator e S.O -  
Vista Min. Nelson Jobim

**Mar/2006**

Declara-se insubsistência  
do início do julgamento –  
Re-inclusão em pauta

**Ago/2006**

- Novo julgamento e nova  
sustentação Oral  
- Vista Min. Gilmar Mendes

**Out/2007**  
*Protocolo  
ADC 18-5*

**Dez/2007**

Devolução dos  
autos para  
julgamento

**14/Mai/2008**

Adiado julgamento –  
Questão de Ordem -  
precedência do controle  
concentrado

**Ago/2014**

Relator indefere  
pedido de  
julgamento  
conjunto com ADC  
18 e RE 574.706  
(Repercussão Geral)



# A RETOMADA DO JULGAMENTO

08/09/2014

ECONÔMICO  
**Valor**

## MINISTROS DO STF PEDEM RETOMADA DE JULGAMENTO

O ministro Marco Aurélio enviou um despacho ao presidente eleito do Supremo Tribunal Federal (STF), Ricardo Lewandowski, solicitando a retomada do julgamento do recurso extraordinário que discute a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, de sua relatoria. A decisão foi tomada depois de receber em seu gabinete a advogada Cristiane Romano, que defende o autor do recurso. Ela lembrou que estava grávida quando os ministros começaram a analisar a questão. Hoje, seu filho tem 15 anos.



# O JULGAMENTO DO RESP Nº 240.785

- Min. Marco Aurelio
- Min. Cármen Lúcia
- Min. Ricardo Lewandowski
- Min. Carlos Britto
- Min. Sepúlveda Pertence
- Min. Cezar Peluso

■ Min. Eros Grau

**RESP Nº 240.785/MG**

**Out/2014**  
Conclusão do Julgamento

**1992**

Propositura da Ação Declaratória

**1998**

Recurso Extraordinário - STF

**1999**

1º Julgamento - Voto Relator e S.O - Vista Min. Nelson Jobim

**Mar/2006**

Declara-se insubsistência do início do julgamento – Re-inclusão em pauta

**Ago/2006**

- Novo julgamento e nova sustentação Oral  
- Vista Min. Gilmar Mendes

**Out/2007**  
*Protocolo ADC 18-5*

**Dez/2007**

Devolução dos autos para julgamento

**14/Mai/2008**

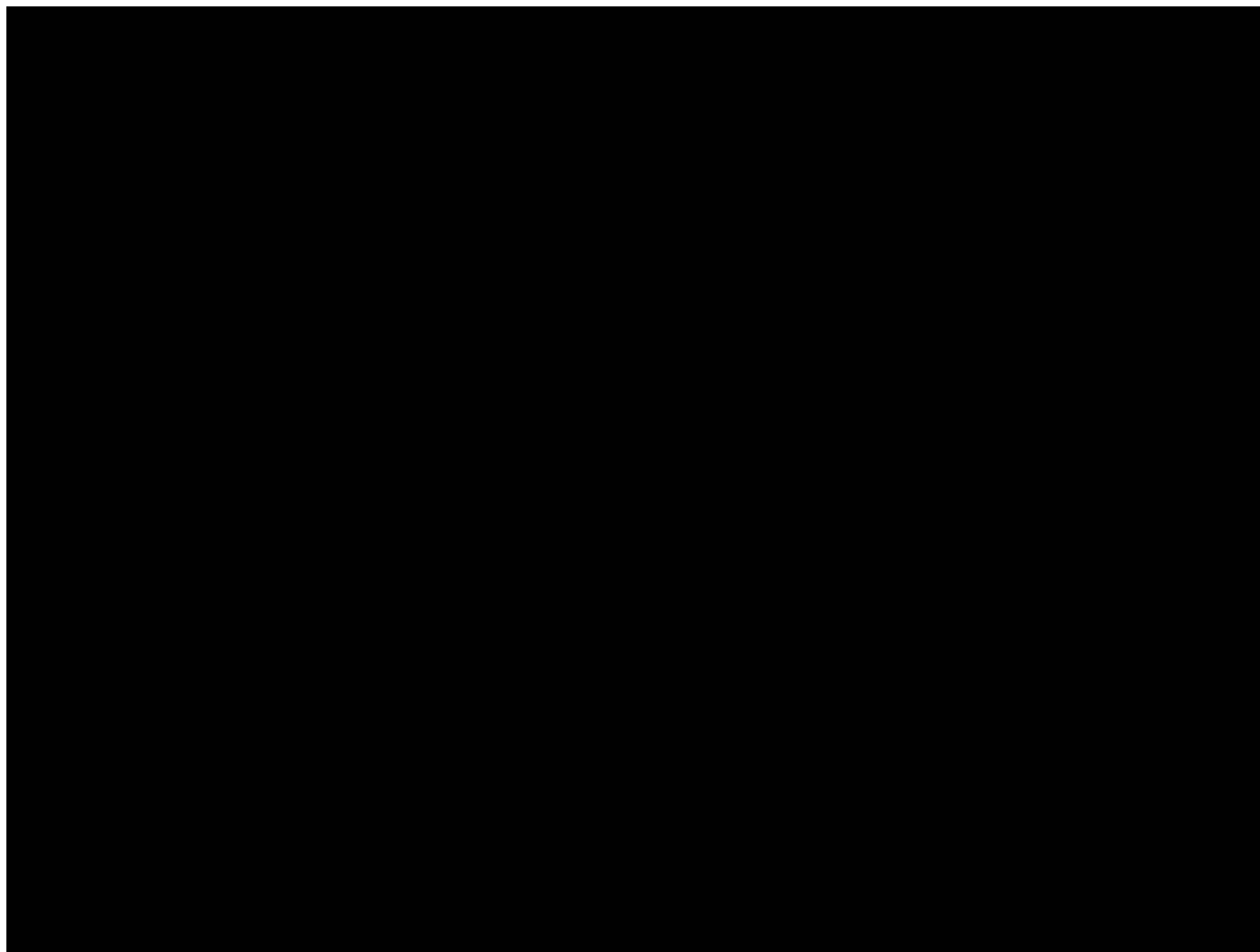
Adiado julgamento – Questão de Ordem - precedência do controle concentrado

**Ago/2014**

Relator indefere pedido de julgamento conjunto com ADC 18 e RE 574.706 (Repercussão Geral)

# VOTO – MIN. GILMAR MENDES

VOTO – MIN. GILMAR MENDES



Duração: 03' e 20"

# O JULGAMENTO DO RESP Nº 240.785

- Min. Marco Aurelio
- Min. Cármen Lúcia
- Min. Ricardo Lewandowski
- Min. Carlos Britto
- Min. Sepúlveda Pertence
- Min. Cezar Peluso
- Min. Celso de Mello

- Min. Eros Grau
- Min. Gilmar Mendes

## RESP Nº 240.785/MG

**Out/2014**  
Conclusão do Julgamento

**1992**

Propositura da Ação Declaratória

**1998**

Recurso Extraordinário - STF

**1999**

1º Julgamento  
- Voto Relator e S.O -  
Vista Min. Nelson Jobim

**Mar/2006**

Declara-se insubsistência do início do julgamento –  
Re-inclusão em pauta

**Ago/2006**

- Novo julgamento e nova sustentação Oral  
- Vista Min. Gilmar Mendes

**Out/2007**  
*Protocolo ADC 18-5*

**Dez/2007**

Devolução dos autos para julgamento

**14/Mai/2008**

Adiado julgamento –  
Questão de Ordem -  
precedência do controle concentrado

**Ago/2014**

Relator indefere pedido de julgamento conjunto com ADC 18 e RE 574.706 (Repercussão Geral)

# RESULTADO DO JULGAMENTO



**Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.** Não participou da votação a Ministra Rosa Weber, com fundamento no art. 134, § 2º, do RISTF. Não votaram os Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli, por sucederem, respectivamente, aos Ministros Ayres Britto, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes a Ministra Cármen Lúcia, representando o Tribunal na Viagem de Estudos sobre Justiça Transicional, organizada pela Fundação Konrad Adenauer, em Berlim, entre os dias 5 e 9 de outubro de 2014, e na 100ª Sessão Plenária da Comissão Europeia para a Democracia pelo Direito (Comissão de Veneza), em Roma, nos dias 10 e 11 subsequentes, e o Ministro Dias Toffoli que, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, participa do VII Fórum da Democracia de Bali, na Indonésia, no período de 8 a 13 de outubro de 2014.

# PROFESSOR ROQUE ANTONIO CARRAZZA

Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Livre-Docente em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

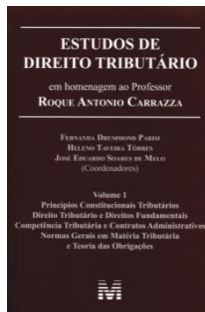
Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Titular da Cadeira nº 39 da Academia Paulista de Direito. Titular da Cadeira nº 19 da Academia Brasileira de Direito Tributário.

Membro do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

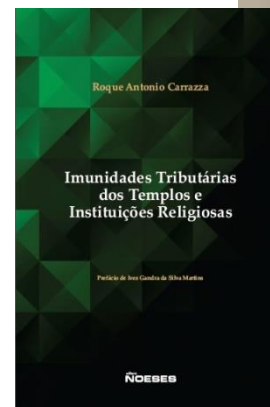
Advogado e Consultor Jurídico.



# PROFESSOR ROQUE ANTONIO CARRAZZA

“Tenho uma admiração sem limites pela forma clara de exposição de Roque. Fala por escrito. Quando discursa de improviso, nada precisa ser alterado. (...) E seus livros refletem a extrema nitidez de suas manifestações e de suas ideias, alicerçadas sempre em sólida doutrina e fecunda criatividade. É um dos maiores juristas da atualidade”

Prefácio de Ives Gandra da Silva Martins, na obra “Imunidades Tributárias e dos Templos e Instituições Religiosas” (2015).



# QUESTÕES

- ✓ Um **argumento meramente econômico** pode ser determinante em um julgamento no STF?
- ✓ É relevante **despachar** com o Ministro antes do julgamento? No caso em que o julgamento é remarcado, deve o advogado despachar novamente? Os memoriais devem ser novos? Quais as recomendações a um advogado em início de carreira que deseja despachar no STF? O que ele não deve fazer?
- ✓ O advogado deve aceitar defender da tribuna uma **tese com a qual não concorda** na defesa dos interesses do seu cliente?
- ✓ O que é um bom **memorial**?
- ✓ O que é uma boa **sustentação oral**? Como deve o novo advogado balizar entre uma exposição teórica e uma mais objetiva perante as Turmas e/ou Plenário do STF.
- ✓ Houve adoção de **estratégia conjunta** com os demais advogados atuando no caso para que o RE 240.785 fosse julgado?



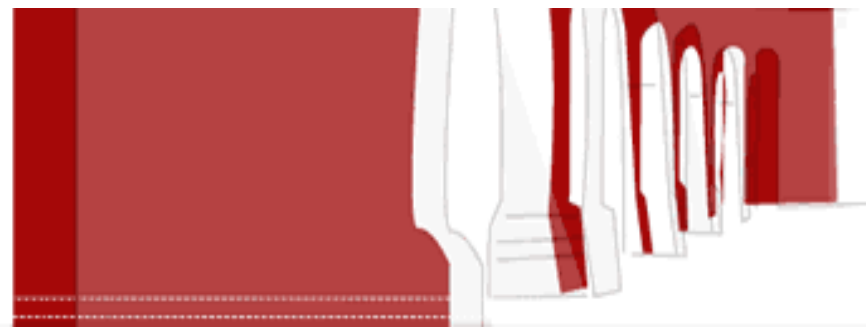
# **DISCUSSÃO EM SALA**

# OUTRAS QUESTÕES

**DÚVIDAS?**



Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo



# OBRIGADO!

**LEONARDO.BRANCO@USP.BR**

**CAIO.TAKANO@UOL.COM.BR**