

TEMAS 881 E 885 DO STF E A TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL

*Do “fim da coisa julgada” aos novos
paradigmas da jurisdição constitucional*

www.rpandolfo.adv.br



RAFAEL PANDOLFO
Advogados Associados



O que são os Temas 881 e 885?

Tema 881

RE 949.297

Coisa julgada
X

Controle concentrado (ADI, ADC e ADPF)

Tributo discutido: CSLL

Decisão posterior à coisa julgada:
ADI 15 (2007)

Tema 885

RE 955.227

Coisa julgada
X

RE com ou sem repercussão geral

Tributo discutido: CSLL

Decisão posterior à coisa julgada:
RE antes de 2004

Qual foi a Tese firmada pelo STF?

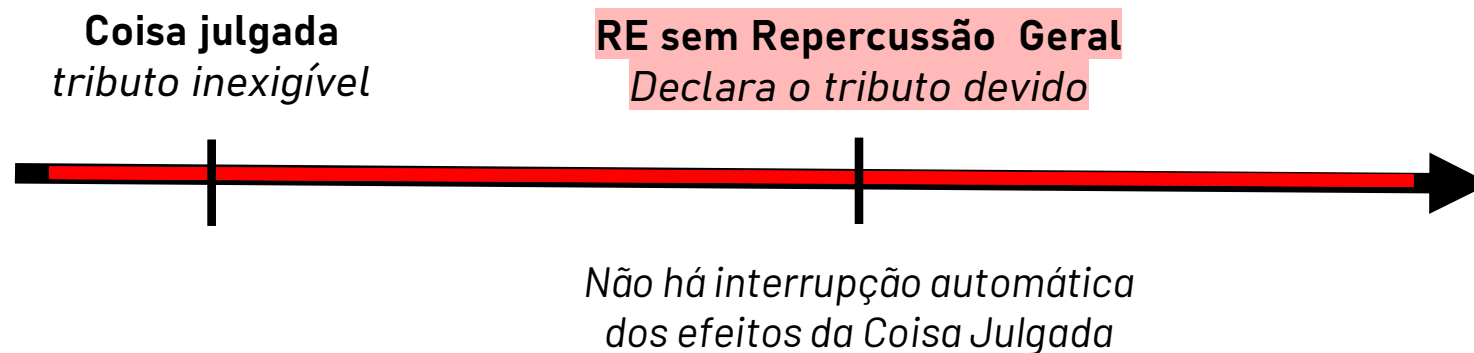


“1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, *respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo*”.

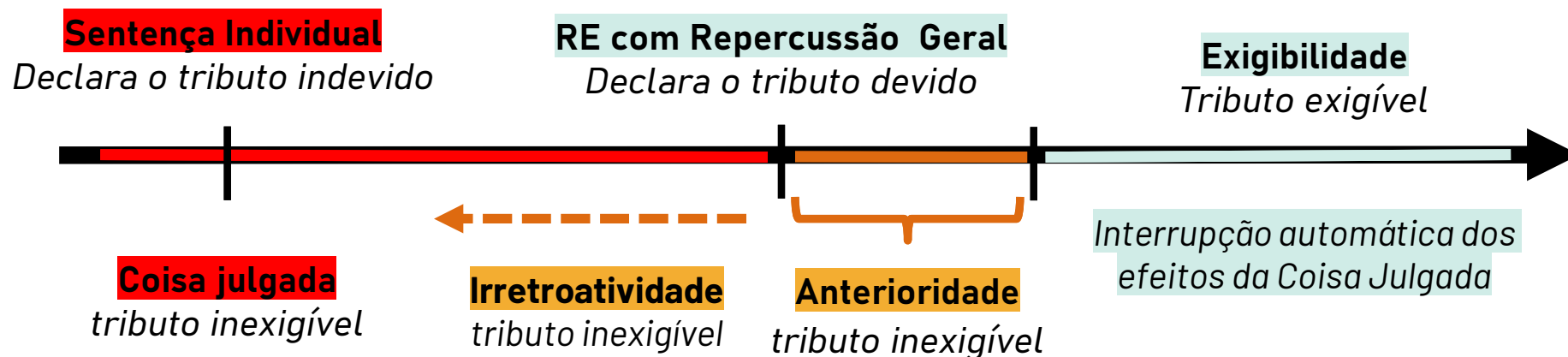
HIPOTÉTICO RECURSO EXTRAORDINÁRIO SEM REPERCUSSÃO GERAL POSTERIOR À COISA JULGADA

DESDOBRAMENTOS DO TEMA 885



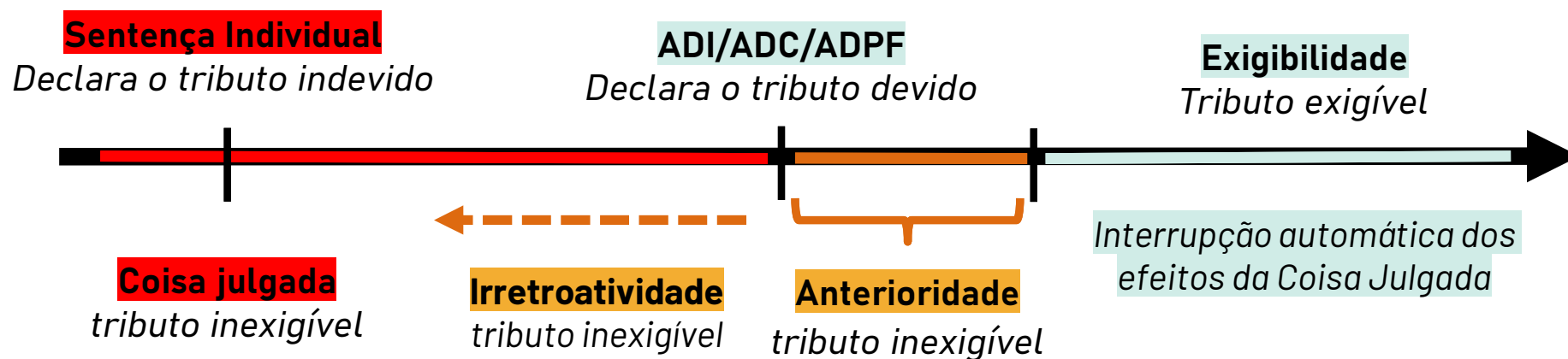
HIPOTÉTICO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL POSTERIOR À COISA JULGADA

DESDOBRAMENTOS DO TEMA 885



HIPOTÉTICA ADI / ADC / ADPF POSTERIOR À COISA JULGADA

DESDOBRAMENTOS DO TEMA 881



Afinal, é ou não é o fim da coisa julgada?

A cláusula rebus sic stantibus: fundamentos e limites



Art. 505 do CPC. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; [...]

O antigo paradigma na jurisdição constitucional

ADI / ADC /
ADPF

≠

Repercussão
Geral

≠

Súmula
Vinculante

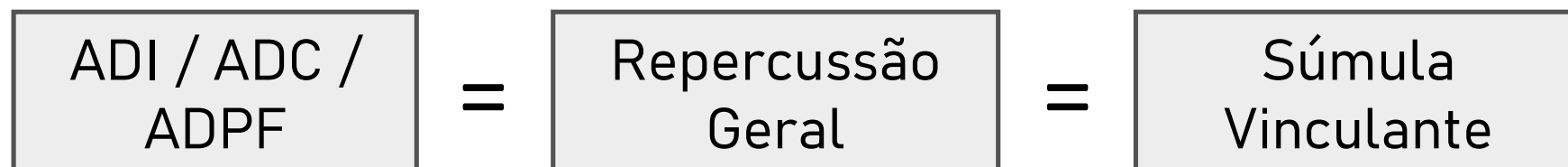
Art. 102, I e § 1º, e 103 da CF
Texto original e EC nº 3, de 1993

Art. 102, § 3º da CF
EC nº 45, de 2004

Art. 103-A da CF
EC nº 45, de 2004

Um novo paradigma na jurisdição constitucional

A equiparação dos efeitos entre ações diretas (ADI, ADC e ADPF) e Repercussão Geral



O problema da (não) modulação dos efeitos

As diferenças subjacentes aos dois Temas não percebidas pelo STF

1. Tema 881: a desconstituição automática pelas ações diretas

Há necessidade de modulação? Novidade decidida pelo STF X nova ordem jurídica

≠

2. Tema 885: Ações diretas = Repercussão Geral

mutação constitucional → modulação (art. 927, § 3º do CPC)



Art. 927, § 3º do CPC

Na hipótese de **alteração de jurisprudência dominante do STF** e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver **modulação dos efeitos**.

≠

2. Tema 885: Ação
modulação constitu



Consultor Jurídico
conjur.com.br

OPINIÃO

Temas 881 e 885 do STF: diferenças e consequências na modulação de efeitos

27 de março de 2023, 11h23

Por Rafael Pandolfo



A importância de se diferenciar os Temas 881 e 885

Haverá aplicação retroativa na tributação municipal?

HÁ 27 TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL RELEVANTES AO FISCO MUNICIPAL...

Dentre eles...

Tema 125 (RE 592.905): é **constitucional** a incidência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil (leasing financeiro) (02/12/2009);

Tema 212 (RE 626.706): é **inconstitucional** a incidência do ISS sobre operações de locação de bens móveis, dissociada da prestação de serviços (08/09/2010);

Tema 217 (RE 588.322): é **constitucional** taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício (16/06/2010);

Tema 300 (RE 603.136): é **constitucional** a incidência de ISS sobre os contratos de franquia (29/05/2020);

Tema 581 (RE 651.703): é **constitucional** a incidência de ISS sobre atividades desenvolvidas por operadoras de planos de saúde (29/09/2016);

Tema 590 (RE 688.223): é **constitucional** a incidência de ISS sobre contratos de licenciamento ou de cessão de programas de computador (software) desenvolvidos para clientes de forma personalizada (06/12/2021);

Tema 688 (RE 756.915): É **constitucional** a incidência do ISS sobre a prestação de serviços de registros públicos, cartorários e notariais, devidamente previstos em legislação tributária municipal (18/10/2013);

Tema 1.020 (RE 1.167.509): é **inconstitucional** disposição normativa que prevê a obrigatoriedade de cadastro de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do ISS quando descumprida a obrigação acessória (01/03/2021);

 Pro fisco

 Pro contribuinte

A importância de se diferenciar os Temas 881 e 885

Haverá aplicação retroativa na tributação municipal?

FORA AS AÇÕES DIRETAS JULGADAS PELO STF...

Dentre elas...

ADI 5.869/DF: é **constitucional** o subitem 25.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, o qual prevê a incidência do ISS sobre a cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento (22/02/2023).

ADI 4.411/MG: é **inconstitucional** taxa a segurança pública, a qual deve ser mantida mediante impostos (18/08/2020).

ADI 2.908/SE: é **inconstitucional** taxa anual de segurança contra incêndio, a qual deve ser mantida mediante impostos (11/10/2019).

ADI 6.034/RJ: é **constitucional** o subitem 17.25 da lista anexa à LC nº 116/03, incluído pela LC nº 157/16, no que propicia a incidência do ISS, afastando a do ICMS, sobre a prestação de serviço de 'inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).

ADIs 1.945/MT, 5.659/MG e 5.576/SP: **incide ISS** e **não ICMS** sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador (24/02/2021, 24/02/2021 e 03/08/2021, houve modulação de efeitos ex nunc, a partir da ata de julgamento em 02/03/2021).

ADI 3.142/DF: é **constitucional** a cobrança do ISS nos casos em que as situações nele descritas integrem relação mista ou complexa em que não seja possível claramente segmentá-las de uma obrigação de fazer, seja no que diz com o seu objeto, seja no que concerne ao valor da contrapartida financeira (05/08/2020).

 Pro fisco

 Pro contribuinte

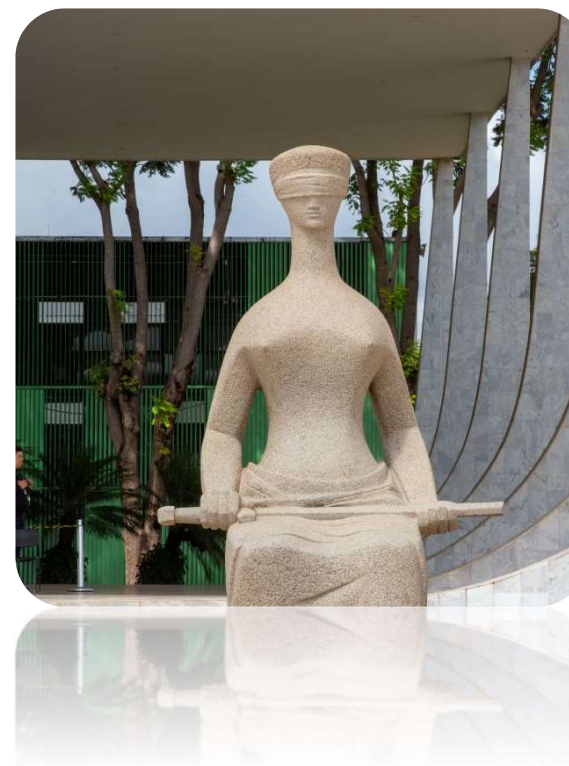
Aplicação futura dos Temas 881 e 885

Desdobramentos

Temas pendentes de julgamento

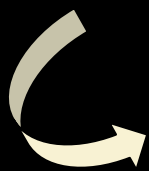
Tema 1.210 (RE 1.348.288): Incidência do ISS na cessão de direito de uso de marca.

Tema 816 (RE 882.461): a) Incidência do ISSQN em operação de industrialização por encomenda, realizada em materiais fornecidos pelo contratante, quando referida operação configura etapa intermediária do ciclo produtivo de mercadoria [...]



Há necessidade de o Fisco notificar o contribuinte?

Art. 146 do CTN. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.



1. Veda a utilização retroativa de novo critério jurídico para constituição do crédito;
2. Limita a aplicação do novo parâmetro aos fatos geradores futuros à sua introdução.
3. “Automaticamente” x dever de notificação.



Sugestão: critério que afastaria a insegurança jurídica...





RAFAEL PANDOLFO
Advogados Associados

20
ANOS

Muito obrigado!

borin@rpandolfo.adv.br



www.rpandolfo.adv.br

