



Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300, Gab. Desembargadora Federal Luciane Amaral
Corrêa Münch - 5º andar - Bairro: Praia de Belas - CEP: 90010-395 - Fone: (51)3213-3220 -
Email: lucianecorrea@trf4.jus.br

AÇÃO RESCISÓRIA (SEÇÃO) Nº 5029969-88.2021.4.04.0000/RS

AUTOR: UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

RÉU: MKRAFT COMERCIO DE METAIS LTDA

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela de urgência, ajuizada pela UNIÃO - FAZENDA NACIONAL com fulcro no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015, objetivando a rescisão de julgado proferido no procedimento comum nº 5012183-98.2017.404.7201, que condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

A autora afirma que a parte contrária obteve provimento jurisdicional que contraria frontalmente os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião da modulação dos efeitos do julgado proferido em sede de repercussão geral, nos autos do recurso extraordinário nº 574.706 (Tema 69), eis que a ação foi proposta em 26 de setembro de 2017, data posterior aquela fixada pelo STF (15 de março de 2017) para o início da produção dos efeitos da tese jurídica, *"ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento."* Conclui, assim, que o caso concreto não pode ser abarcado pela referida tese de repercussão geral, de forma que devidos os recolhimentos dos respectivos tributos efetuados até 15 de março de 2017.

Aduz, em apertada síntese, acerca da inaplicabilidade da Súmula 343 do STF e desenvolve considerações sobre a norma prevista no art. 535, § 8º do CPC/2015 para reconhecer sua contribuição no sentido de garantir, mediante propositura da ação rescisória, a observância dos critérios estabelecidos pela STF quando da modulação dos efeitos dos seus julgados.

Diz que presentes os requisitos à concessão da tutela de urgência porquanto houve requerimento administrativo de compensação tributária do crédito reconhecido por força da decisão judicial (perigo de dano), em evidente descompasso com os parâmetros estabelecidos pelo STF na tese fixada em repercussão geral (probabilidade do direito).

Decido.

De início, consigno a tempestividade da presente ação rescisória, uma vez que o trânsito em julgado da decisão rescindenda ocorreu em 22-4-2019 (evento 23 da ação originária) e esta ação foi ajuizada em 19-7-2021.

A parte autora, que é a União - Fazenda Nacional, pretende a rescisão do acórdão proferido na ação nº 5012183-98.2017.404.7201 a fim de " *seja dado parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela parte adversa, restando assentado, com isso, que o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS abrange, tão somente os fatos geradores ocorridos a partir de 16 de março de 2017.*"

À causa foi dado o valor de R\$ 69.618,00, correspondente ao valor atualizado da causa atribuída no processo originário.

Inaplicável a exigência do depósito prévio, nos termos do § 1º do art. 968 do CPC.

Reconheço a competência deste Tribunal para processamento e julgamento desta ação eis que a pretensão visa a desconstituição de acórdão proferido neste Tribunal, nos termos do que dispõe o art. 108, I, "b", da Constituição Federal.

O acórdão prolatado nos autos do processo originário assim deliberou:

1. Suspensão do processo

O Supremo Tribunal Federal já decidiu o mérito da questão constitucional controvertida (TEMA 69), de modo que não se justifica mais o sobrestamento do feito.

2. Prescrição

Em se tratando de ação para restituição de quantias pagas indevidamente, a título de tributo, ajuizada depois de 09-06-2005 (em 26-09-2017), ou seja, após a vacatio legis da Lei Complementar nº 118, de 09-02-2005, que alterou o art. 168 do Código Tributário Nacional (CTN), o prazo prescricional aplicável é de cinco (5) anos, conforme orientação prevalecente neste tribunal, de conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE nº 566.621/RS, rel. Min. Ellen Gracie - repercussão geral, julgamento concluído pelo Pleno em 04-08-2011, ementa publicada no DJe de 11-10-2011).

Assim, consumou-se a prescrição da pretensão da demandante à utilização para fins de compensação dos valores recolhidos antes de 26-09-2012.

3. Mérito

O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 574.706/PR com repercussão geral reconhecida, firmou a orientação de que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo da contribuição para o

Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). O julgado paradigma restou assim sintetizado:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. **O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.** 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

(RE 574706/PR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Pleno, julgado em 15/03/2017).

*A tese de repercussão geral fixada foi a de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS"** (Tema nº 69 do STF).*

Acresce que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se de imediato, desde a publicação do acórdão, sendo desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado do leading case ou mesmo o julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela União, nos quais pedida a modulação de efeitos (v.g. Rcl 30996 TP/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-164 DIVULG 13-08-2018 PUBLIC 14-08-2018).

Ressalte-se, ademais, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se mesmo após a alteração legislativa efetuada pela Lei nº 12.973, de 2014, conforme entendeu a Corte Especial deste Tribunal ao declarar a perda de objeto do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000, no pressuposto de que "se a alteração da legislação realmente tivesse importado em modificação do conceito de receita bruta contido na redação anterior dos dispositivos em voga, o próprio Supremo Tribunal Federal teria declarado a perda de objeto do RE 574.706, deixando de pronunciar a tese do Tema nº 69" (TRF4, Questão de Ordem no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5051557-64.2015.404.0000, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Des. Federal Fernando Quadros da Silva, Juntado aos Autos em 30-07-2018).

Daí que, no caso concreto, tem a parte demandante o direito de ver excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS os valores atinentes ao ICMS, mesmo após a vigência da Lei nº 12.973, de 2014.

Considerando, outrossim, que a modulação de efeitos não é da praxe do Supremo Tribunal Federal, mas sim medida extraordinária, tenho que os embargos declaratórios interpostos pela União no RE nº 574.706/PR não obstam o reconhecimento do direito da autora à restituição dos valores recolhidos a mais no período não-prescrito, atualizados pela taxa SELIC.

O direito creditório ora reconhecido à parte demandante poderá ser aproveitado mediante (a) compensação tributária, após o trânsito em julgado da decisão definitiva, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, à exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, "a", "b" e "c", da Lei nº 8.212, de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e dos débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação, ou, ainda, (b) precatório/RPV.

4. Encargos da sucumbência

Impõe-se imputar à demandada, por vencida na causa, (a) o reembolso das custas processuais pagas pela demandante, e (b) o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, a serem fixados na liquidação de sentença, nos termos do art. 85, §4º, II, do Código de Processo Civil, devendo o juiz da causa levar em consideração também o trabalho adicional realizado em grau recursal pelos procuradores das partes (§ 11 do mesmo artigo).

5. Dispositivo

*Ante o exposto, voto por **dar provimento** à apelação.*

Assim, verifica-se que, ainda que pendente de modulação dos efeitos pelo STF, entendeu o órgão colegiado prolator do acórdão rescindendo por reconhecer, desde então, o direito à restituição dos valores controvertidos na ação, respeitada a prescrição reconhecida na mesma ocasião.

De certa forma, o órgão colegiado, ao assim proceder, efetuiu, em última análise exame de questão recursal que já havia sido entregue à Suprema Corte, contrariando os parâmetros temporais estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, em 12.05.2021, data em que realizada a sessão que, acolhendo em parte os embargos de declaração, modulou os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 – data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS” -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento.

Há, portanto, plausibilidade na alegação da demandante.

De outra banda, eventual compensação dos valores no âmbito administrativo, pode, efetivamente, culminar no enriquecimento ilícito da parte exequente e na eventual impossibilidade de ressarcimento ao erário, em caso de procedência da presente ação.

Ante o exposto, defiro o pedido de tutela provisória de urgência para obstar a tramitação da compensação administrativa lastreada no título executivo judicial originário do acórdão rescindendo proferido na ação 5012183-98.2017.404.7201.

Intimem-se.

Cite-se a requerida para, querendo, apresentar contestação no prazo legal.

Após, abra-se vista à autora para, querendo, oferecer réplica à contestação.

Documento eletrônico assinado por **LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, Desembargadora Federal Revisora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40002733411v29** e do código CRC **b304bc01**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
Data e Hora: 30/7/2021, às 15:11:26

5029969-88.2021.4.04.0000

40002733411.V29