



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO

VICE-PRESIDÊNCIA

NOTA TÉCNICA DE GOVERNANÇA DO DESSOBRESTAMENTO Nº 9/2024

Tema: INTELIGÊNCIA JUDICIAL EM GESTÃO DE PRECEDENTES E GOVERNANÇA DO DESSOBRESTAMENTO NO TEMA 1.125 AFETADO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (Resp 1.896.678/RS e Resp 1.9582.265/SP)

1. Governança de retirada do sobrestamento

Na gestão de precedentes, merece particular atenção o tratamento aos processos sobrestados pela sistemática dos recursos repetitivos e repercussão geral, após o julgamento do tema afetado. A depender do tema, o acervo de sobrestados pode ser bastante numeroso e, não raro, são processos que permanecem nessa situação durante muito tempo. Existem também os casos nos quais se determinou o sobrestamento dos processos na fase em que se encontravam e não apenas quando foram interpostos recursos especiais e extraordinários, de modo que podem existir processos sobrestados na Presidência dos Tribunais e das Turmas Recursais, assim como nas secretarias das turmas, no Tribunal e nos juízos de primeiro grau.

Dessa forma, necessário se faz uma governança de retirada do sobrestamento, que compreende: o momento em que deve ser aplicado o paradigma; a compreensão do precedente; as diretrizes para levantar o sobrestamento, observando-se a quantidade de processos que devem ser movimentados. Necessário, ainda, analisar a possibilidade de solução consensual, ou ao menos com redução da litigiosidade sobre o Tema, pois, embora se trate de tese definida pelos tribunais superiores, por vezes subsiste litigiosidade, o que se revela pela interposição de agravos contra as decisões de conformidade.

Tal procedimento, inclusive, alinha-se à Nota Técnica 08/2018, do Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, encaminhada aos presidentes dos tribunais e coordenadores dos juizados especiais federais, a fim de que “avaliem a conveniência da adoção de procedimentos uniformes por Tema quanto ao momento para o levantamento do sobrestamento dos processos, diante dos julgamentos de questões com repercussão geral ou repetitivas”.

Assim, encaminhem-se a presente nota técnica à Rede de Inteligência da 5ª Região para conhecimento e divulgação das providências ora descritas.

2. Dados do paradigma

- Questão submetida a julgamento: Possibilidade de exclusão do valor correspondente ao ICMS-ST da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído.
- Tese fixada: O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva.
- Data da Afetação 17/12/2021, tendo como representativos da controvérsia o REsp 1.896.678/RS e o REsp 1.9582.265/SP.
- Data de julgamento do mérito: 13/12/2023.
- Data de publicação do acórdão de mérito: 28/02/2024.
- Data da publicação do acórdão de mérito de julgamento dos embargos de declaração com modulação dos

efeitos da decisão: 26/06/2024.

· Há determinação de suspensão dos recursos especiais ou agravos em recursos especiais em segunda instância e/ou no STJ fundados em idêntica questão de direito (art. 256-L do RISTJ).

3. Enfrentamento da questão no Tribunal Regional Federal da 5ª Região

· Quantidade de processos sobrestados no Tribunal pela afetação do Tema 1125/STJ: 280.

· Análise do paradigma:

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do Tema 1.125, firmou o entendimento de que deve ser excluída a parcela correspondente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS-ST), paga antecipadamente pelo contribuinte substituto no regime de substituição tributária progressiva, da base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Ou seja, o ICMS-ST não compõe a base de cálculo dessas contribuições federais.

Conforme se extrai do voto ora examinado, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, o Supremo Tribunal Federal - STF, nos autos do RE 574.706/PR (Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 02/10/2017), ao julgar o Tema 69 da repercussão geral, firmou a tese no sentido de que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS.

No entanto, a Suprema Corte, no RE 1.258.842/RS, reconheceu a ausência de repercussão geral no que diz respeito à inclusão do montante correspondente ao ICMS destacado nas notas fiscais ou recolhido antecipadamente pelo substituto em regime de substituição tributária progressiva na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS o STF.

Nesse pórtico, os recursos REsp 1.958.265/SP e REsp 1.896.678/RS), que tratam da matéria em debate, foram afetados, pela Primeira Seção do STJ, à sistemática dos recursos repetitivos, na sessão virtual de 01/12/2021 a 07/12/2021.

Nesse passo, ao adentrar no exame das Leis nº 10.637/02, 10.833/03 e Decreto Lei nº 1.598/77, o ilustre relator rememorou o entendimento de que a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS “é o valor correspondente ao faturamento ou receita mensal, assim entendidos como ‘o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”.

Por outro lado, compreendeu-se que o ICMS, seja ordinário ou por substituição tributária, em se tratando de tributo indireto, não compõe a receita ou o faturamento do contribuinte, que exerce, por expressa obrigação legal, a função intermediária de mero arrecadador. Ou seja, o seu custo é repassado ao consumidor final, sendo incorporado ao preço de venda das mercadorias ou serviços. Os contribuintes atuam como meros arrecadadores, não incorporando o ICMS à sua receita própria, mas repassando-o ao Estado.

Em outras palavras, “a circunstância de haver antecipação de pagamento da substituição, sujeita à futura restituição de eventual indébito pelo substituído, caso não ocorra o fato gerador presumido, na forma do texto constitucional, não transforma o ICMS em tributo direto, pois preserva a distinção entre contribuinte de fato e de direito. O consumidor final paga tão somente pelo preço da mercadoria, enquanto o substituído paga pelo preço da mercadoria que adquire e pode, por ser o contribuinte, postular eventual restituição de indébito”.

Ficou evidente o entendimento segundo o qual os contribuintes do ICMS – sujeitos ou não ao regime de substituição tributária – se encontram em equivalente situação jurídica, havendo distinção apenas quanto ao mecanismo especial de recolhimento do tributo estadual, o que não justificaria tratamento diverso quanto ao cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

Dignos de nota os seguintes esclarecimentos apresentados no voto em discussão:

“Entendo que seguramente há a necessidade de conferir ao ICMS-ST o mesmo tratamento dado ao ICMS ordinário, na forma da orientação proveniente da Suprema Corte (Tema 69 da repercussão geral). Em ambos os casos se verifica a existência de ônus fiscal, e não receita ou faturamento do contribuinte, sendo incabível

distinção diversa, que ultrapasse a sistemática relativa ao mecanismo de arrecadação.

Como dito, o regime de substituição tributária constitui apenas mecanismo especial de arrecadação destinado a conferir, sobretudo, maior eficiência ao procedimento de fiscalização, concentrando, em regra, em poucos contribuintes o dever de pagar pela integralidade do tributo devido pelos integrantes da cadeia produtiva. Não se configura incentivo ou benefício fiscal nem pode implicar aumento ou diminuição da carga tributária.

Na realidade, o substituído é quem pratica o fato gerador do ICMS-ST, ao transmitir a titularidade da mercadoria, de forma onerosa. Todavia, por uma questão de praticidade contida na norma jurídica, a obrigação tributária recai sobre o substituto, que, na qualidade de responsável, antecipa o pagamento do tributo, adotando técnicas previamente estabelecidas na lei para presumir a base de cálculo”.

Dessa forma, a Corte Superior consignou, à luz dos princípios constitucionais da igualdade tributária, da capacidade contributiva e da livre concorrência, e também da tese fixada em repercussão geral pelo STF no Tema 69, que os valores correspondentes ao ICMS-ST destacado devem ser excluídos da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS devidas pelo substituído no regime de substituição tributária progressiva.

Assentou-se, também, que essa interpretação se baseia na ideia de que a base de cálculo dessas contribuições sociais não pode incluir valores que não representam faturamento ou receita efetivamente auferidos pelo substituído, mas sim montantes que serão repassados integralmente a terceiros (no caso, o próprio fisco estadual como destinatário final do ICMS-ST), conforme trecho do julgado abaixo destacado:

“A distinção entre o ICMS regular e o ICMS-ST reside simplesmente na forma de arrecadação, e não na sua materialidade. A decisão proferida pela Suprema Corte alcança os contribuintes que recolhem o ICMS no regime de substituição tributária. A disciplina contida no âmbito do direito federal não impõe limites ao pronunciamento em caráter definitivo firmado no Tema 69 da repercussão geral.

O contribuinte não fatura ICMS. Não se trata de benefício ou incentivo fiscal. Não há base de cálculo reduzida. Não há privilégios. Os contribuintes do ICMS, seja qual for a forma de arrecadação, encontram-se em situação jurídica equivalente quanto à incidência do tributo, por força do princípio da capacidade contributiva, que, todavia, será desrespeitado caso não se observe a uniformidade quanto à base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS.

Se o ICMS-ST não for expurgado do quantum devido relativamente às referidas contribuições, impõe-se reconhecer que se está a permitir que a União exija essas exações sobre grandezas não previstas tanto no texto constitucional quanto nos diplomas legais de regência, autorizando a cobrança de tributo além do que previsto no nosso ordenamento jurídico, em descompasso com o princípio da legalidade estrita, o que ensejaria enriquecimento sem causa.

Nesse contexto, o ICMS recolhido por meio do regime de substituição tributária constitui receita destinada ao Estado ou Distrito Federal. Assim, os respectivos valores não poderão ser, em nenhuma das etapas, considerados parcela do faturamento de nenhuma das pessoas que compõem a cadeia produtiva da mercadoria.”

Ao final, o Colegiado, atendo-se à tese firmada no julgamento da Tese 69 da repercussão geral e à inexistência de julgados no sentido proposto, modulou os efeitos da presente decisão a fim de que sua produção **ocorra a partir da publicação da ata do julgamento no veículo oficial de imprensa**, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos em curso.

Posteriormente, foram opostos embargos de declaração por DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MAITAN LTDA. com a finalidade de esclarecer a partir de quando o precedente produziria efeitos (se da data da ata do julgamento do presente feito ou da ata do julgamento do citado Tema 69 do STF).

Com isso, os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para esclarecer que a modulação dos efeitos da presente tese (Tema 1.125 do STJ) terá como marco 15/03/2017 – data do julgamento do Tema 69 do STF –, "ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento" (EDcl no REsp 958.265/SP, relator Ministro Gurgel de Farias, julgado em 20/06/2024, DJe 26/06/2024).

Nesse momento, se faz importante o seguinte apontamento:

Apesar de o artigo 1.040 do CPC estabelecer a publicação do acórdão como marco para o levantamento do sobrestamento dos processos e aplicação do quanto decidido nos acórdãos em julgamento dos precedentes qualificados, o TRF5 tem aguardado o trânsito em julgado do acórdão paradigma.

Entretanto, considerando que a Corte Superior já modulou os efeitos da decisão do Tema 1.125, bem assim julgou os embargos de declaração, a Vice-Presidência deste Tribunal reconhece ser o momento de aplicar a tese e proceder ao levantamento dos 280 processos sobrestados neste Tribunal pela afetação dessa matéria.

Desse modo, deve ser reconhecido o direito do substituído tributário a recolher o PIS e a COFINS sem a inclusão do ICMS-ST na base de cálculo das referidas contribuições a partir da data do julgamento do Tema 69 do STF - 15/03/2017 (com exceção àqueles contribuintes que já discutiam a tese antes dessa data, seja em ações judiciais ou até mesmo processos administrativos).

Sendo assim, deve ser procedido o dessobrestamento, a fim de que aqueles processos com relação aos quais o acórdão recorrido tenha julgado improcedente o pedido de recolhimento do crédito tributário derivado da inclusão, na base de cálculo das contribuições PIS-PASEP e COFINS, dos valores representativos de ICMS-ST, com a consequente compensação dos valores recolhidos, **observada a modulação dos efeitos constantes do acórdão proferido pelo STJ no julgamento do Tema 1.125**, sejam devolvidos ao órgão julgador para adequação (art. 1.040, II, CPC), conforme modelo abaixo:

DESPACHO

No julgamento de representativos de controvérsia afetados ao Tema 1.125, o Superior Tribunal de Justiça - STJ firmou a seguinte tese:

“O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva”.

Digno de nota destacar que a Corte Superior modulou os efeitos dessa tese a fim de que sua produção ocorra a partir da data do julgamento do Tema 69 do STF - 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos em curso.

Tendo em vista que o acórdão proferido por este Tribunal Regional Federal da 5ª Região encontra-se em aparente confronto com a tese supracitada, determino a devolução deste processo à Turma julgadora para, se assim entender, proceder ao juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, caso o acórdão recorrido tenha declarado o direito do contribuinte à exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como à compensação ou restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título, - **desde que observada a modulação dos efeitos constantes do acórdão proferido pelo STJ no julgamento do Tema 1.125**, deve ser negado seguimento ao recurso excepcional, conforme modelo abaixo:

DECISÃO

A pretensão de (ESCREVER O NOME DA PARTE) veiculada no seu recurso especial está contrária à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no julgamento dos

representativos de controvérsia vinculados ao Tema 1.125, no sentido de que:

“O ICMS-ST não compõe a base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, devidas pelo contribuinte substituído no regime de substituição tributária progressiva”.

Digno de nota destacar que a Corte Superior modulou os efeitos dessa tese a fim de que sua produção ocorra a partir da data do julgamento do Tema 69 do STF - 15/03/2017, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos em curso.

Verifica-se que o acórdão proferido por esta Corte está alinhado a essa orientação, razão pela qual NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial, nos termos do art. 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil.

Intimações e expedientes necessários.

Após o decurso do prazo legal e não havendo recurso, certifique-se o trânsito em julgado e devolvam-se os autos à origem.

Por fim, é de ser destacado que a presente nota técnica orienta não apenas o dessobrestamento dos processos atualmente afetados ao Tema 1.125/STJ, mas também a análise dos novos processos conclusos para juízo de admissibilidade.

Importa registrar, por fim, que incumbe ao órgão julgador na hipótese de reexame do recurso para eventual juízo de retratação, analisar a subsunção do caso concreto à situação fática que deu ensejo ao precedente qualificado, explicitando, se for o caso, situação que o distinga.



Documento assinado eletronicamente por **GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, VICE-PRESIDENTE**, em 19/08/2024, às 11:58, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf5.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **4492977** e o código CRC **959E7C08**.