

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 32.686 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
RECLTE.(S) : N C A TEXTIL LTDA.
ADV.(A/S) : BENTO ADEMIR VOGEL E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

DECISÃO:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 69.

1. Reclamação em que se impugna acórdão, proferido nos termos do art. 1.040, II, do CPC/15, que limitou a incidência da tese firmada no tema 69 da repercussão geral (“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”) aos fatos geradores ocorridos em período anterior à vigência da Lei nº 12.973/2014.
2. Aparente violação da autoridade do STF.
3. Medida liminar deferida.

1. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reapreciou apelação, em razão do processamento de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015, nos autos nº 5000480-75.2010.4.04.7215.

2. O reclamante narra haver interposto recurso

RCL 32686 MC / SC

extraordinário em face de acórdão da 1ª Turma do TRF da 4ª Região, que mantivera sentença de improcedência de pedido em ação ordinária em que pleiteia o reconhecimento do direito à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS do montante arrecadado a título de ICMS, com compensação dos respectivos valores. O referido recurso foi sobrestado pela sistemática da repercussão geral, pela vinculação ao tema 69 (RE 574.706, Rel. Cármen Lúcia). Concluído o julgamento paradigma, os autos retornaram àquele órgão julgador, para juízo de retratação. Naquele novo julgamento, foi dado parcial provimento à apelação, em acórdão do seguinte teor:

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DO PIS E DA COFINS. TEMA 69 DO STF. LEIS 9.718/1998 E 12.973/2014. ALTERAÇÃO NORMATIVA NÃO JULGADA PELO STF. MUTAÇÃO DE ELEMENTO MATERIAL DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. LIMITES DA COISA JULGADA. RETRATAÇÃO.

1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Declarado o direito à compensação, na forma prevista no art. 74 da Lei 9.430/96, observada a prescrição quinquenal e atualização dos créditos pela taxa SELIC (art. 39, §4º, da Lei 9.250/95 c/c o art. 73 da Lei 9.532/97).

3. A tese jurídica advinda do julgamento do RE 574.706 não se aplica aos pagamentos efetuados sob a égide da Lei 12.973/2014, uma vez que o referido precedente tomou por base substrato normativo diverso ("caput" do art. 3º da Lei 9.718/98).

4. A mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014, tendo afetado um dos elementos essenciais da obrigação tributária, inaugurou uma nova relação jurídica, tomando por base de cálculo grandeza distinta da prevista na Lei 9.718/98.

3. No presente feito, alega-se má aplicação da tese firmada no tema 69 da repercussão geral ("O ICMS não compõe a base de cálculo para a

RCL 32686 MC / SC

incidência do PIS e da Cofins”). Sustenta que o órgão reclamado realizou modulação não fixada pelo Supremo Tribunal Federal, ao limitar a incidência da tese aos fatos geradores ocorridos até a vigência da Lei nº 12.973/2014.

4. É o relatório. Decido o pedido liminar.

5. Em 24.04.2008, apreciando a questão trazida no RE 574.706 (Rel. Min. Cármen Lúcia), o Plenário Virtual reconheceu a repercussão geral da discussão acerca da incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS (tema 69). Em 15.03.2017, foi concluído o julgamento daquele recurso extraordinário, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: *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.

RCL 32686 MC / SC

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.

6. O recurso extraordinário paradigma, julgado em 2017, foi interposto contra acórdão proferido em 2007, em mandado de segurança impetrado em 2006. A sucessão de normas infraconstitucionais que regeram a matéria durante o trâmite daquele processo foi objeto de consideração do colegiado. Não obstante, a questão afetada à repercussão geral, de natureza constitucional, foi julgada à luz do conteúdo normativo dos arts. 155, § 2º, I, e 195, I, *b*, da Constituição. Ademais, a possibilidade de imediata modulação dos efeitos do julgado no RE 574.706 foi afastada pela Ministra relatora, ao final do julgamento, sem prejuízo de sua análise em sede de embargos de declaração (inteiro teor, p. 225 - *DJe* de 02.10.2017).

7. O ato impugnado, por sua vez, limitou a eficácia da tese firmada pelo STF, pelos seguintes fundamentos:

3. Limites da coisa julgada

Esta ação foi ajuizada na égide da Lei 9.718/98, anteriormente à vigência da Lei n. 12.973/2014.

O julgamento proferido pelo STF no RE 574.706 e que deu origem ao Tema 69 tomou por base o substrato normativo do "caput" do art. 3º da Lei 9.718/98.

O precedente considerou a norma jurídica então vigente e deve ser aplicado nas soluções dos casos análogos, decorrentes de idêntica relação jurídica fundada no mesmo preceito normativo, razão por que não se aplica para os pagamentos efetuados a partir de 01 de janeiro de 2015,

RCL 32686 MC / SC

quando entrou em vigor a Lei 12.973/2014, alterando a moldura normativa do PIS/COFINS.

A mutação normativa operada pela Lei 12.973/2014, tendo afetado um dos elementos essenciais da obrigação tributária, inaugurou uma nova relação jurídica, tomando por base de cálculo grandeza distinta da prevista na Lei 9.718/98. A base de cálculo do PIS/COFINS passou a ser a receita bruta ("caput" do art. 3º da Lei 9.718/98), na qual se incluem os tributos sobre ela incidentes, nos termos do §5º do art. 12 do DL 1.598/77, não podendo ser confundida com a receita líquida, apurada a partir da exclusão dos tributos incidentes sobre a receita bruta (inciso III do §1º do art. 12 do DL 1.598/77).

A mutação de um elemento material da relação jurídico tributária, por força de alteração normativa não julgada pelo STF, afasta a possibilidade de aplicação da tese originada de decisão de questão constitucional de repercussão geral.

A eficácia do pronunciamento em sede de repercussão geral não é indene à necessidade, inerente à eficácia da coisa julgada, de permanência das condições fáticas e jurídicas sob as quais proferido.

(...)

A lição é transponível à análise dos efeitos do pronunciamento em sede de repercussão geral. A qualidade de imutabilidade e a eficácia vinculante do julgamento em repercussão geral, nas relações tributárias sucessivas (que perduram no tempo) existe enquanto mantido o suporte fático ou jurídico – alterado este, se estará diante de nova relação jurídica, fenômeno decorrente da natureza sabidamente dinâmica dos fatos e do direito.

A Lei 12.973/2014 modificou o substrato jurídico essencial da relação tributária, atuando *ex tunc*, e afetando prospectivamente a eficácia vinculante do pronunciamento judicial que a antecede. A análise da constitucionalidade de suas disposições, portanto, requer manifestação judicial posterior a sua edição.

RCL 32686 MC / SC

Não por outra razão, ao tratar da aplicabilidade do precedente aos casos individuais, Taís Schilling Ferraz, em sua obra *O Precedente na Jurisdição Constitucional*, após elencar os encaminhamentos possíveis para os casos que permaneceram sobrestados aguardando a decisão em repercussão geral, ressalva que *'a adoção desses caminhos pressupõe a identidade entre o caso individual sob apreciação (instant case) e o precedente (precedent case). Havendo distinções relevantes ou outros motivos específicos (...) o órgão de origem não estará a ele vinculado'* (Saraiva Jur, 2017, p. 225).

Isto porque, embora a natural vocação expansiva que caracteriza as decisões do STF, especialmente em tema de controle de constitucionalidade de atos normativos ou de decisões das instâncias inferiores, ligada à aceitação da denominada *causa petendi* aberta, vislumbrada no julgamento das questões constitucionais com relevância e transcendência, não foi essa a tônica do pronunciamento havido na repercussão geral reconhecida no RE 574.706, em que as alterações produzidas pela Lei 12.973/2014 na disciplina da base de cálculo das contribuições, versando sobre o conceito de receita bruta, embora referida nos votos (vencidos) de dois Ministros, não foram objeto de deliberação. Logo, não houve o exame ampliado da questão constitucional, a abranger a novel legislação.

Por fim, está pendente de julgamento perante a Corte Especial deste Tribunal o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 5051557-64.2015.4.04.0000/RS, destinada à análise da constitucionalidade da expressão 'de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977', contida no art. 3º, caput, da Lei nº 9.718/98, no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.637/02 e no § 1º do art. 1º da Lei nº 10.833/03. No entanto, não é o caso de sobrestamento deste processo, uma vez que foi ajuizado antes da edição da Lei 12.973/2014 e não abrange período por esta regido.

Em decorrência do exposto, os efeitos deste julgado ficam limitados a 31 de dezembro de 2014. (destaques acrescentados)

RCL 32686 MC / SC

8. Como se vê, o órgão reclamado limitou temporalmente os efeitos da aplicação da tese firmada no tema 69 da repercussão geral, mediante superação do juízo constitucional realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com base na interpretação de normas infraconstitucionais que já vigiam à época do julgado paradigma.

9. Assim, em juízo de cognição sumária e sem qualquer prejuízo de nova análise da questão, considerada, ainda, a possibilidade de julgamento dos embargos de declaração no RE 574.706, reputo afrontada a autoridade do Supremo Tribunal Federal. Configurado, portanto, o *fumus boni iuris*.

10. Considero presente, ainda, o *periculum in mora*: sendo plausíveis as alegações da parte reclamante, o prosseguimento do feito de origem seria contrário à economia processual.

11. Diante do exposto, ao menos por ora, defiro o pedido liminar, para suspender os efeitos acórdão reclamado, na parte em que desprovê o recurso de apelação nº 5000480-75.2010.4.04.7215.

12. Nos termos do art. 989, I e III, do CPC/2015, determino: (i) sejam requisitadas as informações à autoridade reclamada; e (ii) a citação da União.

13. Em seguida, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 991 do CPC/2015.

Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 06 de dezembro de 2018.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator