

ALERTA LEGAL



L.O. BAPTISTA

**POSSIBILIDADE (OU NÃO)
DAS AÇÕES RESCISÓRIAS
ORIGINADAS DA “TESE
DO SÉCULO”**

Em março de 2017, Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 69, definiu a tese: **“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”**.

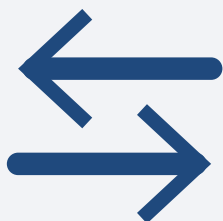
Quatro anos depois, dentro dos autos do processo Tema de Repercussão Geral, **foram julgados os Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, ocasião na qual foi definido que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS seria aquele destacado na Nota Fiscal**, bem como que os efeitos da decisão seriam modulados para se dar a partir de 15 de março de 2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão de julgamento.

Em outras palavras, **a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS se aplicaria a todos os contribuintes a partir de 15 de março de 2017, com exceção daqueles que já possuíam ações judiciais ou administrativas protocoladas antes de tal data**, aos quais seria garantido o direito de reaver os valores pagos indevidamente a este título a partir dos 5 (cinco) anos que antecederam a propositura da medida judicial ou administrativa.

Ocorre que, após essa data, diversos contribuintes ajuizaram medidas judiciais – nas quais foi reconhecido o direito de reaver os valores pagos indevidamente. O desfecho final dessas ações ocorreu antes do julgamento dos Embargos Declaratórios no Tema de Repercussão Geral nº 69, que, em 13 de maio de 2021, decidiu sobre a modulação dos efeitos da tese ali firmada.

Ante a este cenário, surgiram incertezas e inseguranças quanto ao direito reconhecido a estes contribuintes que propuseram medida judicial, mas que já possuíam decisões transitadas em julgado autorizando-os a reaver os valores pagos indevidamente a partir de 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento do feito.

A insegurança se intensificou quando a Fazenda Nacional passou a ajuizar Ações Rescisórias em face de tais contribuintes, a fim de desconstituir os Acórdãos rescindendos e aplicar a modulação de efeitos a estes casos, restringindo o direito de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS apenas para os fatos geradores posteriores a 15 de março de 2017.



A própria aplicação da modulação de efeitos firmada no Tema de Repercussão Geral nº 69 pelo STF aos casos em análise ainda é controvertida, não havendo, até o momento, um posicionamento pacificado sobre o tema.

Por um lado, a Fazenda Nacional alega que devem ser desconstituídos os Acórdãos rescindendos sobre o fundamento de que, com base no art. 966 do CPC, teria ocorrido uma violação à norma jurídica decorrente do Acórdão proferido no RE nº 574.706/PR, uma vez que os Acórdãos rescindendos estariam em desconformidade com o Tema de Repercussão Geral.

Neste ponto, vale mencionar que o órgão fazendário entende que a decisão proferida nos Embargos de Declaração opostos no âmbito do RE nº 574.706/PR, seria meramente integrativa da decisão anterior, ou seja, a decisão proferida em Embargos de Declaração se aderiria em seus fundamentos à decisão embargada, tornando-os um único julgado.

Com base nesta lógica, o julgamento dos Embargos Declaratórios não teria trazido uma mudança de entendimento, mas apenas uma complementação ao Acórdão proferido no RE nº 574.706/PR e, com isso, os Acórdãos rescindendos estariam em desconformidade com o precedente do STF, por não terem abrangido a modulação de efeitos ali prevista, o que possibilitaria o ajuizamento de Ações Rescisórias pela Fazenda Nacional.

Por sua vez, os contribuintes afirmam que as Ações Rescisórias não seriam cabíveis no cenário em análise, pelos seguintes argumentos:

- As Ações Rescisórias, no caso concreto, não se amoldariam a nenhuma das hipóteses legais que autorizam a sua apresentação, uma vez que os Acórdãos rescindendos não teriam incorrido em quaisquer das violações previstas no art. 966 do CPC, eis que a modulação de efeitos não teria alterado o mérito da tese fixada pelo STF, bem como não trouxe qualquer modificação na orientação jurisprudencial;

- Tendo sido publicado o Acórdão do RE nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, os processos que versaram sobre a mesma matéria deveriam ser julgados em conformidade com a tese firmada pela Corte Suprema, nos termos do art. 1.040 do CPC, havendo, inclusive, diversas decisões à época, entendendo pela aplicação imediata da tese do Tema de Repercussão Geral nº 69, sem que se aguardasse o julgamento dos Embargos de Declaração fazendários;
- No Tema de Repercussão Geral nº 136 do STF foi firmada a tese de que *“Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”*, o que se amoldaria ao caso em tela;
- Decisões de mérito favoráveis nas Ações Rescisórias implicariam a violação aos princípios da coisa julgada e da segurança jurídica, previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, do art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e do art. 502 do CPC.

Recentemente, no julgamento dos Recursos Especiais n°s 2.066.696 e 2.054.759, afetado pela sistemática dos Recursos Repetitivos pelo STJ (Tema Repetitivo n° 1245), os Ministros, por maioria, fixaram a seguinte tese:

“Nos termos do art. 535, §8° do CPC, é admissível o ajuizamento de ação rescisória para adequar julgado realizado antes de 13/05/2021 à modulação de efeitos estabelecida no Tema 69 da repercussão geral do STF”.

Em outras palavras, **neste julgamento prevaleceu, por maioria, o entendimento fazendário**, no sentido de ser cabível a ação rescisória que busca aplicar a modulação de efeitos adotada no Tema de Repercussão Geral n° 69 aos casos que transitaram em julgado antes de 13 de maio de 2021.

A despeito dos argumentos adotados pelos Ministros, não mostra razoável que o contribuinte seja lesado na situação analisada – devendo, eventualmente, ter de ressarcir a Fazenda Nacional em relação aos valores que já tenha compensado com base em crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado.

Isso porque, à época em que foi julgado o seu respectivo processo judicial, o entendimento jurisprudencial, frise-se, emanado pela Suprema Corte em sede de repercussão geral, lhe era favorável e não havia qualquer impeditivo (ex. suspensão pelo STF dos processos que tratavam sobre o tema) ao direito que lhe fora concedido, tornando-o um fato jurídico perfeito.

Apesar de o julgamento do tema ter sido realizado pelo STJ pela sistemática dos recursos repetitivos, que seria vinculante a todos os contribuintes, provavelmente o tema ainda será revisto pelo STF, conforme sinalizado pela Corte Suprema.

É importante mencionar que nas poucas decisões proferidas sobre o tema pelo STF, o assunto foi decidido de forma favorável ao contribuinte, entendendo pelo descabimento das Ações Rescisórias fazendárias, o que traz um pouco de esperança de reversão do entendimento adotado pelo STJ.

A equipe de **Tributário** está à disposição para prestar esclarecimentos e orientações sobre o tema.

Autoria de: Thais Ribeiro Bernardes Casado

CONTATOS



**Marcos
Ribeiro Barbosa**
Sócio
mrb@baptista.com



**José Roberto
M. De Lima**
Sócio
jrl@baptista.com



**João Victor
Guedes**
Sócio
jgs@baptista.com



L.O. BAPTISTA



Esta é uma publicação de L.O. Baptista Advogados, que possui caráter meramente informativo. As informações aqui contidas não constituem parecer legal e não deverão ser utilizadas sem assistência de advogado.