

# EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

## AGRAVO DE INSTRUMENTO

**Recurso** 08004985220214050000  
**Tribunal** TRF5  
**Relator** Desembargador Federal Fernando Braga Damasceno  
**Julgado em** 03/11/2021

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO VERIFICADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO COM OS MESMOS ARGUMENTOS DE OUTRO ANTERIORMENTE MANEJADO.

### RESUMO

Embargos de declaração contra acórdão que deu provimento a agravo da União sobre apuração de ICMS indevidamente incluído em PIS/COFINS. Alegada omissão quanto à preclusão consumativa pela interposição de dois agravos sucessivos com mesmos fundamentos. Embargos providos para reconhecer a preclusão consumativa e declarar ineficaz o segundo recurso da Fazenda.

### EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO VERIFICADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO COM OS MESMOS ARGUMENTOS DE OUTRO ANTERIORMENTE MANEJADO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. CONFIGURAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. PROVIMENTO.

1.

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo particular em face do acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União, para determinar que o valor a ser executado - a título de ICMS indevidamente incluso nas bases de cálculo do PIS e da COFINS - deveria ser o que restou pugnado pela União, ou seja, o ICMS a recolher, e não o constante em notas fiscais.

2. Em suas razões, o particular argumenta que o referido acórdão incorreu em omissão quanto à existência de preclusão consumativa - haja vista que a Fazenda Nacional interpôs dois recursos de agravo de instrumento sucessivos (este e o de nº 0811121-15.2020.4.05.0000) com os mesmos fundamentos e sem qualquer alteração fática substancial - e erro material quanto à verificação da coisa julgada.

3. Foram anexadas contrarrazões, as quais, no entanto, apenas se insurgiu quanto ao ponto atinente ao erro material alegado pela parte embargante. Assim, nada falou sobre a preclusão consumativa defendida.

4. Compulsando os autos do cumprimento de sentença nº 0800465-27.2017.4.05.8302, verifica-se que: (i) em 2017, a parte ora embargante ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídica "com o objetivo de que seja reconhecida e declarada a inconstitucionalidade da inclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na base de cálculo da Contribuição ao Programa de Integração Social - PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS". Realce-se que nada arguiu acerca de apuração dos valores via notas fiscais; (ii) em 25.05.2017, foi proferida sentença, em que foi julgada parcialmente procedente a demanda, " para declarar a impossibilidade de inclusão da parcela referente ao ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, por considerar inconstitucional tal inclusão, e reconhecer o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos,

atualizados pela Taxa SELIC, observando-se as regras pertinentes à decadência e prescrição.". Com relação à apuração dos valores, deu a seguinte fundamentação: "(...) Não obstante a declarada inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei 9.718/98, consolidou-se o entendimento de que o ICMS integraria a base de cálculo das contribuições em questão, sob o argumento de que, sendo o ICMS um imposto indireto e repassado ao consumidor final, seu valor está embutido no preço da mercadoria (ainda que venha destacado na nota fiscal), integrando o faturamento e devendo, desta forma, integrar a base de cálculo do PIS/COFINS. Os adeptos desse posicionamento também se valiam do argumento de que a LC nº 70/91 não excluiu de sua base de cálculo o ICMS. Essa interpretação culminou com a edição das Súmulas 68 e 94 do STJ, as quais determinavam que o ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do FINSOCIAL (contribuição substituída pela COFINS), respectivamente. (...) Ao conceder a segurança, este Juízo reconhece o direito à suspensão da cobrança do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e declara o direito à compensação, sendo desnecessária qualquer definição dos critérios de cálculo. Aliás, não é possível vislumbrar reconhecimento de direito de efetuar compensação/restituição de quantia em dinheiro que não foi revertida efetivamente aos cofres do Estado. Isto não se encontra nem nos pedidos firmados, nem na decisão concedida e ora confirmada, pois a compensação e critérios de cálculos serão efetivamente definidos administrativamente, por atos normativos na Receita Federal. Não se trata de uma sentença líquida, com a definição exata da quantia a ser paga, mas sim a declaração de um direito que este Juízo entende juridicamente viável. (...) Assim, seguindo esta linha de raciocínio, tanto o ICMS efetivamente pago, como os créditos de ICMS das operações anteriores e os valores que eventualmente não forem efetivamente recolhidos ao sujeito ativo do imposto estadual, o que demandaria rigorosa análise contábil, não devem compor a base de cálculo da PIS e COFINS, de acordo com o conceito constitucional de faturamento balizado pelo STF. Se a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade da incidência da contribuição ao PIS e da COFINS não cumulativas sobre os valores auferidos por empresa exportadora em razão da transferência a terceiros de créditos de ICMS, é lógico concluir que o modo de aproveitamento dos créditos do imposto estadual é irrelevante para a sua qualificação como faturamento. Em qualquer caso, trata-se de recuperação do montante pago a título de ICMS nas operações antecedentes, cuja finalidade é simplesmente desonerar a empresa e não compõe o conceito de faturamento. Independentemente da nomenclatura utilizada pela União, incentivo fiscal, benefício fiscal, renúncia fiscal, crédito presumido, pela jurisprudência do STF, tudo que desborde do conceito constitucional de faturamento, ainda que represente eventualmente ingresso nos cofres da empresa, contudo, não decorrente do exercício de sua atividade econômica fim, não poderá ser incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (...)". Realce-se, ainda, que, no dispositivo da sentença, há a seguinte determinação: "A compensação/restituição de valores indevidamente recolhidos deverá ser realizada na forma dos normativos expedidos pela Receita Federal, após o trânsito em julgado desta decisão"; (iii) em 04.10.2017, foi julgada a apelação por esta Terceira Turma, em que a apelação da Fazenda Nacional restou desprovida. Com relação às notas fiscais, nada se falou; (iv) em 20.03.2018, os embargos de declaração foram desprovidos, mas também nada se mencionou acerca do sistema de apuração via notas fiscais; (v) a União interpôs Recursos Especial e Extraordinário. Porém, em 26.07.2018, ambos foram inadmitidos; (vi) em 20.09.2018, o título ora exequendo restou transitado em julgado, conforme Certidão anexada aos autos; (vii) em 09.09.2019, foi promovido o presente cumprimento de sentença. Em suma, pugnou pelo adimplemento do valor de R\$ R\$ 115.936.720,28 (cento e quinze milhões, novecentos e trinta e seis mil, setecentos e vinte reais e vinte e oito centavos), cuja apuração foi feita da seguinte forma: "a AUTORA destaca que os cálculos acima apresentados tomaram como base o valor do ICMS destacado nas suas notas fiscais, parâmetro esse fixado no acórdão do RE nº 574.706/PR e obedecido na sentença transitada em julgado"; (viii) em 10.10.2019, a União apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, apontando excesso de execução, em decorrência de adoção equivocada de parcela de ICMS a ser excluída das bases de cálculo do PIS e da COFINS. Desse modo, requereu a conversão do valor a adimplir, apresentando como correto o importe de R\$ 11.579.491,89 (onze milhões, quinhentos e setenta e nove mil, quatrocentos e noventa e um reais, e oitenta e nove centavos), sob o fundamento de que o cálculo correto o

encontro do valor do ICMS a recolher, resultante do encontro de contas entre débitos e créditos do imposto; (ix) em 20.11.2019, o juízo a quo decidiu que "Nada a prover quanto ao pedido do autor de execução dos valores de ICMS incluídos na base de cálculo do PIS/COFINS nos últimos cinco anos. A sentença transitada em julgado tão somente reconheceu o direito à compensação/restituição, que deverá ocorrer em sede administrativa, conforme ali salientado. A devolução dos valores não ocorrerá judicialmente, como requer o demandante. Caso o credor discorde do entendimento adotado pela Receita Federal, deverá ingressar com ação de conhecimento própria, para contestar a forma de liquidação administrativa. Assim, cabe tão somente a execução das custas e honorários advocatícios.". Ou seja, o juízo a quo entendeu que o valor perquirido/executado deveria ser recebido apenas na via administrativa, e não judicialmente; (x) em face de tal decisão, o particular exequente interpôs agravo de instrumento; (xi) em 21.05.2020, o juízo a quo determinou a suspensão do feito até o pagamento do precatório/rpv atinente ao honorários e custas; (xii) em 05.06.2020, a parte ora embargante/exequente se fez presente nos autos para informar que esta Terceira Turma do TRF5 deu provimento ao seu agravo de instrumento (nº 0815756-73.2019.4.05.0000), para determinar o prosseguimento deste cumprimento de sentença, além da imediata inscrição em precatório de valor incontroverso, ao revés do que havia entendido o juízo a quo (restituição do indébito apenas na via administrativa); (xiii) em 08.06.2020, o juízo a quo determinou a expedição do requisitório de pagamento, em cumprimento à decisão desta Terceira Turma; (xiv) em 22.06.2020, foi juntada Certidão, contendo o atesto de envio do precatório ao TRF5, para adimplemento do montante incontroverso; (xv) em 16.07.2020, em razão de indagação da Contadoria Judicial, o juízo a quo determinou que "deve ser excluído do PIS e da COFINS o ICMS da nota fiscal, conforme fundamentação trazida na sentença executada."; (xvi) em 23.07.2020, a executada opôs embargos de declaração em relação à referida decisão, alegando que "(...) considerado que a forma de cálculo está sendo discutida nos autos, não deveria este MM. Juízo, nesta fase processual, esclarecer a forma de cálculo a ser utilizada, sem qualquer decisão e relação a este tema. Caso ainda entendesse pela necessidade de realização de cálculos nessa fase processual, estes deveriam se dar das duas formas, uma delas considerando o valor destacado nas notas fiscais e a outra considerando os valores efetivamente pagos a título de ISS e ICMS. Assim, a Fazenda Nacional requer que seja chamado o feito à ordem para que a contadoria deste Juízo realize as duas formas de cálculo, para em seguida ser decidido o mérito em relação a este ponto"; (xvii) em 27.07.2020, o juízo a quo negou provimento aos embargos de declaração; (xviii) em 13.09.2020, houve a interposição, pela Fazenda Nacional, do agravo de instrumento nº 0811121-15.2020.4.05.0000 - recurso o qual a parte ora embargante atrela o seu argumento de preclusão consumativa no presente agravo de instrumento; (xix) em 03.11.2020, a Contadoria apresentou os cálculos; (xx) em 13.11.2020, a parte exequente manifestou concordância com os cálculos da contadoria; (xxi) em 16.11.2020, a União manifestou discordância dos cálculos da contadoria; (xxii) em 21.11.2020, o juízo a quo determinou o retorno dos autos à Contadoria para que realizasse cálculo dos honorários e das custas; (xxiii) em 01.12.2020, a União veio aos autos informar que havia ajuizado a Ação Rescisória nº 0806520-63.2020.4.05.0000. Fazendo-se um necessário adendo, tal ação rescisória ainda se encontra em andamento, cujo objeto é tão somente o valor fixado a título de honorários sucumbenciais. Ademais, em 22.04.2021 (id. 4050000.25592513), foi proferida a seguinte decisão monocrática: "defiro a medida de urgência pleiteada, determinando a suspensão da tramitação da execução parcial dos honorários advocatícios, até o trânsito em julgado da presente ação rescisória"; (xxiv) em 14.01.2021, foi proferida a decisão agravada nos presentes autos. Em suma, rejeitou-se a impugnação ao cumprimento de sentença, homologou-se os cálculos da contadoria e se estabeleceu como valor devido o seguinte: "estabeleço como devidos os seguintes valores: a) R\$ 116.810.140,61, a título de montante principal referente à repetição de indébito, dos quais R\$ 11.579.491,89 já foram inscritos em precatório, restando R\$ 105.230.648,72 a serem pagos; b) R\$ 326,28, a título de custas judiciais; e c) R\$ 2.336.202,81, a título de honorários, do qual deve ser abatida a quantia de R\$ 820.270,56, que já foi inscrita em precatório, restando R\$ 1.515.932,25 a pagar"; (xxv) em 25.03.2021, o juízo a quo determinou a suspensão da execução até o trânsito em julgado do presente agravo de instrumento (nº 0800498-52.2021.4.05.0000). Tal suspensão restou devidamente

ratificada e permanece até o presente momento, conforme decisão proferida em 23.04.2021.

5. Assim, deve haver a seguinte sintetização dos fatos: (i) no agravo de instrumento nº 0811121-15.2020.4.05.0000, houve uma insurgência em face da decisão que determinou à contadoria a realização de cálculos por meio de exclusão de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS através de análise de notas fiscais. No recurso de agravo em questão, a Uniao defendeu o seguinte: a) contrariedade à coisa julgada, na medida em que a apuração do ICMS a excluir deveria ter sido feita através da disciplina presente na Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018, ou seja, considerando o valor do imposto estadual efetivamente recolhido; (ii) que o STF, no bojo do julgamento do RE nº 574.706/PR, não contemplou a exclusão através de comparação de notas fiscais; c) subsidiariamente, deveria ser feito um ajuste na base de cálculo dos créditos das contribuições para o PIS e para a COFINS; (ii) no presente recurso (nº 0800498-52.2021.4.05.0000), há insurgência em face de decisão que homologou os cálculos da contadoria e rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença. Em análise à petição recursal do presente agravo, é possível verificar que: a) defendeu-se o necessário sobrestamento da decisão ora agravada até ulterior definitividade do julgamento do RE nº 574.706/PR, especialmente para fins de definição de utilização, ou não, da verificação de notas fiscais na exclusão do ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS; b) defendeu-se a contrariedade à coisa julgada, de modo que a apuração do ICMS a excluir deveria ter sido feita através da disciplina presente na Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018, ou seja, considerando o valor do imposto estadual efetivamente recolhido; c) defendeu-se que o STF, no bojo do julgamento do RE nº 574.706/PR, não contemplou a exclusão através de comparação de notas fiscais; d) ) subsidiariamente, defendeu-se que deveria ser feito um ajuste na base de cálculo dos créditos das contribuições para o PIS e para a COFINS.

6. Logo, à luz dos fatos apurados, verifica-se que, de fato, há razão ao embargante. Explica-se.

7. Primeiramente, conforme supramencionado, houve a interposição de dois agravos de instrumento com o mesmo teor. O presente (0800498-52.2021.4.05.0000) e o de nº 0811121-15.2020.4.05.0000. Tal fato, por si só, à luz da teoria da preclusão, se caracteriza como preclusão consumativa, na medida em que houve a prática de ato (agravo nº 0800498-52.2021.4.05.0000) já realizado anteriormente, com a interposição do agravo de nº 0811121-15.2020.4.05.0000. "(...) As questões relativas ao índice de correção monetária e à prescrição de fundo de direito foram decididas em momento anterior, já tendo sido objeto de recursos de agravo de instrumento, ainda pendentes de julgamento.

3. Desse modo, tendo a parte interposto este agravo de instrumento repetindo matérias de recursos anteriores, estas não devem ser conhecidas, em face da preclusão consumativa." (TRF-5 - AG: 0803537-62.2018.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Roberto Machado, Data de Julgamento: 14/08/2018, 1ª Turma).

8. Tal argumento é corroborado, inclusive, pelo teor do art. 507, do CPC/2015, o qual estabelece que "É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão."

9. Segundo, cabível realçar que o agravo anterior (nº 0811121-15.2020.4.05.0000) igualmente foi julgado por esta Terceira Turma em data anterior ao julgamento do mérito deste - enquanto o primeiro foi julgado em dezembro de 2020, o presente recurso apenas foi julgado em junho de 2021.

10. Terceiro, apesar de a parte ter alegado em sede de contrarrazões ao presente agravo de instrumento, esta Turma se omitiu a respeito da tese da preclusão consumativa, a qual é decisiva para o deslinde da

questão.

11. Embargos de declaração providos, para lhes atribuir efeitos infringentes e reformar o acórdão ora embargado e não conhecer do agravo de instrumento, em virtude de preclusão consumativa, tratando-se, portanto, de matéria preliminar ao mérito.