EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEM LÚCIA –
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 574.706

EMBARGANTE: UNIÃO
EMBARGADA: IMCOPA, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E INDÚSTRIA DE ÓLEOS LTDA

O Supremo Tribunal federal entende que os recursos extraordinários que tratam do Tema 69 de RG devem ser sobrestados (inúmeras decisões nesse sentido).
Os Tribunais adotam postura contrária, inadmitindo os recursos extraordinários. Centenas de decisões estão transitando em julgado.
Grave violação à isonomia e à segurança jurídica.
Risco de significativo aumento da litigiosidade.
Necessidade de sobrestamento nacional.

A **UNIÃO** (**FAZENDA NACIONAL**), nos autos do processo em epígrafe, por sua Procuradora, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propugnar pela adoção, no presente feito, da providência inscrita no art. 1.037, inciso II, do CPC, de

SUSPENSÃO NACIONAL

do processamento de todos os feitos, individuais ou coletivos, que tenham por objeto a discussão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, como medida necessária à salvaguarda dos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

1. Como se sabe, em 15 de março de 2017 esse Supremo Tribunal Federal julgou o presente *leading case* do Tema 69 de RG e proveu o recurso extraordinário da parte contribuinte, na esteira do voto condutor de Vossa Excelência. Naquela ocasião, restou afirmado que o pedido de modulação, formulado pela Fazenda Nacional na sustentação oral, seria apreciado por ocasião do julgamento dos eventuais embargos declaratórios, afinal opostos pela Fazenda Nacional em 19/10/2017.

2. Desde então, o feito foi incluído no calendário de julgamentos do Plenário em duas oportunidades: na pauta do dia 05/12/2019 e, retirado pelo Presidente, inserido na assentada do dia 01/04/2020. O agendamento mais recente, de abril, foi diretamente afetado pela crise do COVID-19, que impactou fortemente a programação originalmente estabelecida dos trabalhos do Plenário desse Supremo Tribunal.

3. Ocorre que, muito além da previamente anunciada pretensão de modulação temporal dos efeitos daquele acórdão, a própria aplicação da tese vencedora demanda definições essenciais em torno dos critérios de cálculo que viabilizem a correta execução do julgado, nos estritos limites do provimento liderado pelo voto de Vossa Excelência. Constou da peça dos embargos pedido específico de esclarecimentos sobre como deverá ser decotado o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins (item 42 dos declaratórios).

4. A discussão que naquele momento já se anunciava, prodigalizou-se e atingiu grandes proporções. Temos hoje, em todo o Brasil, divergências relevantes e cruciais entre os Tribunais em torno da forma de cálculo da restituição dos valores de ICMS que foram incorporados à base de cálculo do PIS e da Cofins, além da própria definição do alcance do que decidido no Tema 69, considerado o advento da Lei nº 12.973/14. Os Tribunais pátrios, em atuação sob o pálio da aplicação do regime de repercussão geral, têm apresentados soluções **heterogêneas e incongruentes** para uma mesma controvérsia, a qual se mostra pendente ainda de definição pelo Supremo Tribunal.

5. Ora, a coexistência de soluções judiciais diversas em torno de uma mesma controvérsia viola o princípio constitucional isonômico, atenta contra a segurança jurídica e fomenta justamente a distorção que o regime de repercussão geral pretendeu evitar. Por meio da vinculação à orientação fixada pelo Supremo Tribunal em sede de repercussão geral, alcança-se o reconhecimento do mesmo direito a todos, na mesma medida e nos mesmos moldes. Impõe-se, para tanto, a estrita observância aos limites impostos – ou a serem definidos – pelo Supremo Tribunal Federal.

6. No caso específico da discussão inserida no Tema 69 de RG, a vitória da tese que asseverou a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins demanda necessariamente a fixação pelo STF das balizas indispensáveis à sua aplicação. Na pendência dessa definição, **não é aceitável que cada Tribunal do país estabeleça o seu próprio critério de cálculo** para, ao seu juízo, fazer valer o entendimento do STF, sob pena de institucionalizar-se a discrepância, a dissintonia, a anti-isonomia.

7. Não por outra razão, numerosos e reiterados são os decisórios oriundos desse Supremo Tribunal Federal, da lavra de diversos relatores, que têm determinado o sobrestamento dos feitos, na origem, até o julgamento dos embargos declaratórios opostos contra o acórdão do *leading case* destes autos. Nesse sentido, há exemplos da relatoria de Vossa Excelência (RREE 1.238.731, 1.225.967, 1.207.394, 1.222.467), também dos Ministros Edson Fachin (RREE 1.237.357; 1.237.724; 1.238.411; 1.238.419), Ricardo Lewandowski (RREE 1.212.746, 1.199.659, 1.202.227, 1.203.952, 1.205.476), Roberto Barroso (RREE 1.210.335, 1.205.581, 1.212.446), Gilmar Mendes (RREE 1.230.123, 551.442, 1.187.313, 1.197.318), Celso de Mello (RREE 1.203.960, 1.213.425, 1.228.121, 1.233.440), Dias Toffoli (ARE 1.255.346, RE 1.245.028), entre outros tantos.

8. Não obstante a importância da sinalização contida nessas decisões, elas não são suficientes à manutenção da segurança jurídica até a definição final do tema, Excelência. Há, hoje, um sem-número de pronunciamentos dos Tribunais Regionais que aplicam imediatamente a tese do Tema 69 de RG e determinam a sua execução a partir dos

parâmetros que eles próprios estabelecem, à revelia da pendência do julgamento dos embargos no *leading case*. E, apesar da veemente discordância da União naquela sede originária, a invocação da sistemática da repercussão geral obstaculiza o manejo de qualquer recurso ao Supremo Tribunal (para, talvez, alcançar o sobrestamento na origem), o que tem levado ao **trânsito em julgado em massa** de processos sem a observância das balizas pendentes de definição pelo STF.

9. A consolidação da coisa julgada a partir de critérios heterogêneos e desvinculados do pronunciamento do Supremo Tribunal prejudica tanto o Poder Público como os particulares, Excelência. O cálculo determinado ao alvedrio de cada julgador sem suporte sólido no entendimento do STF não traz qualquer garantia de correção ou acerto para qualquer das partes; incentiva a instabilidade das relações jurídicas, promove a litigância e incrementa a crise de confiança nos pronunciamentos judiciais.

10. Acresça-se o fato de que a União vem enfrentando uma multiplicação nas determinações de levantamentos de depósitos judiciais envolvendo o Tema 69, de forma particularmente agravada após o início da pandemia do COVID-19. Com isso, resta mais e mais evidenciado o *periculum in mora*. Sem uma providência de suspensão nacional, sobrevirá a naturalização da satisfação prematura e precária da pretensão da parte contribuinte sem efetivo apoio no entendimento que pende de fixação pelo STF.

11. A situação é grave, Excelência. Alguns Tribunais vêm decidindo que cálculo deve observar o valor do ICMS destacado na nota fiscal por suposta adequação ao julgamento do RE 574.706, o que impede que a PGFN maneje recurso ao STF (pela aplicação da sistemática de repercussão geral), além de consubstanciar **um verdadeiro escândalo**. Ao definirem o cálculo pelo valor inserido na nota fiscal, julgadores **autorizam que, no curso da cadeia de produção, o VALOR RECOLHIDO UMA ÚNICA VEZ seja decotado VÁRIAS VEZES da base dos tributos, por contribuintes diferentes**. É relevante esclarecer o porquê.

12. O voto condutor do RE 574.706, da lavra de Vossa Excelência, explicitou, com cuidado e detalhamento, o conteúdo normativo da regra da não-cumulatividade quando aplicada ao ICMS e a sua forma de cálculo escritural. Esclareceu, com escólio na lição de Roque Antônio Carrazza, que, no ICMS, o contribuinte, para apurar o **imposto a ser recolhido**, em cada etapa, compensa o **imposto incidente** com as quantias recolhidas nas etapas anteriores, devendo pagar "*apenas a diferença apurada, no encerramento do período, entre seus créditos e débitos*".

13. No entanto, **considerou que todo o ICMS não se inclui na definição de faturamento trazida pela Corte** – *"embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS."* Ao mesmo tempo, **restringiu o direito deferido para cada um apenas ao valor que, individualmente, deva repassar à Fazenda Pública**: "*é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública"*.

14. Com isso, vê-se que **a exclusão integral do ICMS destacado na nota, incidente sobre toda a cadeia, não encontra suporte no *leading case***, e por outro lado **resulta na dedução cumulativa de tributo não cumulativo**. Ou seja, o contribuinte, ainda que deva recolher um montante reduzido do imposto, teria o direito ao abatimento do valor integral do ICMS correspondente aos valores pagos por ele e pelos contribuintes que o antecederam. **A dedução de um mesmo valor se repetiria em cada etapa do processo produtivo que sucedesse aquela operação que originou a cobrança**. Desta forma, nos termos do entendimento encampado por Tribunais Regionais Federais, **a redução da base de cálculo do PIS e da COFINS, que deveria corresponder ao ICMS incidente ao longo de toda a cadeia, vai se multiplicar em função do número de etapas de uma mesma cadeia.**

15. A utilização do exemplo citado no próprio voto-condutor do RE 574.706 deixa clara a distorção. Ali se expôs, com o intuito de demonstrar que o valor do ICMS seria sempre destinado à Fazenda Pública, ainda que houvesse compensação com recolhimentos em etapas anteriores, que:

> 7. Considerando apenas o disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, pode-se ter a seguinte cadeia de incidência do ICMS de determinada mercadoria:

	][Indústria	][Distribuidora	][Comerciante
Valor saída	100	150	200
Alíquota][	10%	10%	10%
Destacado][	10	15	20
A compensar][	0	10	15
A recolher][	10	5	5

16. Verifica-se que, naquele caso imaginado Vossa Excelência, **apesar de o ICMS recolhido aos cofres estaduais chegar a 20 unidades monetárias** (10 devidos pela indústria, 5 devidos pela distribuidora e 5 devidos pelo comércio), **os decotes cumulativos do ICMS promoveriam uma exclusão da base de cálculo correspondente a 45 unidades monetárias** (10 destacados em nota pela indústria, 15 destacados em nota pela distribuidora e 20 destacados em nota pelo comércio). **Um valor que não se adequa à tese adotada, já que supera, em muito, o que foi transferido ao Estado, em todo o processo. E quanto maior o número de etapas, maior será o efeito cumulativo de tal distorção, operado em decorrência de tais incidências.**

17. Excelência, não pretende a Fazenda Nacional repisar o que já foi aduzido anteriormente nos embargos declaratórios opostos ao RE 574.706, mas demonstrar que **essa definição, pendente de solução pelo Supremo Tribunal Federal, vem sendo reiteradamente atropelada pelos Tribunais Regionais pátrios**, que têm deliberado sobre uma questão ainda não decidida no *leading case*, mas com fundamento nele. E a Fazenda Nacional nada pode fazer senão interpor agravo interno – irremediavelmente fadado ao

insucesso – já que a decisão regional de admissibilidade do extraordinário, com suporte na sistemática da repercussão geral, não autoriza recurso ao STF.

18. Nessa perspectiva é que se vislumbra o cabimento e a oportunidade do manejo da prerrogativa da suspensão nacional dos processos envolvendo o tema *sub judice*, conferida ao Relator do feito e normatizada no art. 1.037, II, do Código de Processo Civil.

19. A adoção da medida no julgamento de que ora se cuida, registre-se, encontra plausibilidade jurídica, tendo em vista a pendência da apreciação da matéria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal; encontra evidente *periculum in mora*, externado pela iminência de trânsito em julgado de inúmeros processos nos quais se discute temática que ainda será dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, bem como nos levantamentos de depósitos determinados com suposto apoio no *leading case*.

20. Aliás, nessa mesma linha de raciocínio, ainda que em feito regido por disciplina processual diversa – medida cautelar em ADI – o Min. Relator da ADI 5.090 deferiu medida cautelar especificamente voltada a determinar a suspensão nacional dos processos judiciais envolvendo a matéria ali debatida, nos seguintes termos, confira-se (grifou-se):

> Considerando: (a) a **pendência** da presente ADI 5090, que sinaliza que **a discussão sobre a rentabilidade do FGTS ainda será apreciada pelo Supremo** e, portanto, **não está julgada em caráter definitivo, estando sujeita a alteração (plausibilidade jurídica)**; (b) o julgamento do tema pelo STJ e o não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, o que poderá ensejar o **trânsito em julgado das decisões já proferidas sobre o tema (perigo na demora)**; (c) os múltiplos requerimentos de cautelar nestes autos; e (d) a inclusão do feito em pauta para 12/12/2019, defiro a cautelar, para

> determinar a **suspensão de todos os feitos que versem sobre a matéria**, até julgamento do mérito pelo Supremo Tribunal Federal.
> (ADI-MC 5.090, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 09/09/2019)

21. De tudo o que foi exposto, Excelência, conclui-se pela premência, necessidade e adequação da determinação de suspensão nacional dos processos judiciais nos quais se pretenda a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, de modo a garantir a **segurança jurídica** e a **aplicação isonômica do julgado** de relatoria de Vossa Excelência. Caso assim não entenda Vossa Excelência, requer a União, subsidiariamente, a suspensão dos processos nos quais esteja em debate a forma de cálculo a ser adotada. Finalmente, se assim entender Vossa Excelência, também em formulação subsidiária, requer a Fazenda Nacional a suspensão nacional dos recursos extraordinários que envolvam a mesma controvérsia.

Pede deferimento.

Brasília, 14 de maio de 2020.

Luciana Miranda Moreira
Procuradora da Fazenda Nacional

Carlos de Araújo Moreira
Procurador da Fazenda Nacional

Paulo Mendes de Oliveira
Coordenador-Geral da Atuação da Fazenda Nacional perante o STF