

COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO
DIGNÍSSIMO RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 240785

AUTO AMERICANO S/A DISTRIBUIDOR DE PEÇAS, vem, respeitosamente, por meio de sua advogada, requerer submissão de questão de ordem ao Plenário pela continuidade do julgamento deste feito, pelas razões expostas a seguir.

I. Dos processos envolvendo a discussão acerca do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS

a. Recurso Extraordinário 240785

O presente recurso, de relatoria de V. Exa., no qual a ora requerente figura como recorrente, iniciou o debate acerca da constitucionalidade, ou não, da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991.

O julgamento do referido processo começou em setembro de 1999 – destaca-se, há quase 15 anos –, quando V. Exa. votou pelo provimento do recurso, seguido por pedido de vista do Ministro Nelson Jobim.

Em 24 de agosto de 2006, 7 anos após o seu início, o julgamento foi retomado. Após os votos de V. Exa. e dos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, dando provimento ao apelo, e do voto do Ministro Eros Grau, negando provimento ao recurso, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião,

estavam ausentes os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Presidiu a sessão a Ministra Ellen Gracie.

De acordo com as movimentações processuais disponíveis no *site* do Tribunal, o voto vista do Ministro Gilmar Mendes foi liberado em 04 de dezembro de 2007. Contudo, em 14 de agosto de 2008, o Tribunal sobrestou o julgamento do presente recurso, tendo em vista a decisão na ADC 18, que será tratada adiante.

Além do presente feito, neste C. STF também pendem de julgamento, sobre o mesmo tema, ainda que sob o ângulo de outros dispositivos legais, a ADC 18 e o RE 574706, cuja repercussão geral foi reconhecida em abril de 2008.

b. Ação Direta de Constitucionalidade 18

A ADC 18 foi ajuizada em 10 de outubro de 2007 com o claro intuito de obstar o julgamento do presente recurso, tendo sido originariamente distribuída ao Ministro Menezes de Direito e, após seu falecimento, ao Ministro Celso de Mello.

O objeto da ação é a declaração da constitucionalidade do artigo 3º, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 9.718/98, que regulamenta a base de cálculo para apuração dos valores da Contribuição para o financiamento da Seguridade Social (COFINS) e dos programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP).

Em 14 de maio de 2008, resolvendo questão de ordem suscitada no sentido de dar prosseguimento ao julgamento do presente feito, que já contava com 6 votos pelo seu provimento, o Tribunal, por maioria, deliberou pela precedência do controle concentrado em relação ao controle difuso¹. Assim, suspendeu-se a análise do presente recurso até que fosse julgada a ADC 18.

¹ Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS. 1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário. 2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. 3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal.(ADC 18 MC, Relator(a): Min. MENEZES

Tal entendimento não foi corroborado por V. Exa. nem pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Em seguida, após o voto do Ministro Menezes Direito (antigo relator da ADC 18) que rejeitava a preliminar de não conhecimento, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso e Ellen Gracie, V. Exa. pediu vista dos autos.

Em 13 de agosto de 2008, prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, vencido V. Exa. e o Ministro Celso de Mello, deferiu a medida cautelar, nos termos do voto do relator, para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

Em 04 de fevereiro de 2009, o Tribunal resolvendo questão de ordem, prorrogou o prazo da decisão da liminar anteriormente concedida. Tal prorrogação ocorreu novamente, na sessão do dia 16 de setembro de 2009.

Em 25 de março de 2010, foi resolvida a terceira questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

Portanto, a cautelar, suspendendo todos os processos que tratam do tema, vigeu de 13 de agosto de 2008 (data da publicação do acórdão da MC na ADC 18) a 21 de setembro de 2010 – por 2 anos e 8 dias – sendo que quase sete anos se passaram desde o ajuizamento da Ação Direta e o processo ainda não foi julgado, permanecendo a questão sem resolução definitiva por este C. Supremo Tribunal Federal.

c. Recurso Extraordinário 574706

Por fim, o RE 574706, no qual discute-se, à luz do art. 195, I, *b*, da Constituição Federal, se o ICMS integra, ou não, a base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social –

DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-01 PP-00001 RTJ VOL-00210-01 PP-00050) g.n

COFINS, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia teve repercussão geral reconhecida, em abril de 2008.

II – Da perda da eficácia da medida cautelar concedida na ADC 18

Conforme despacho exarado em 26 de fevereiro de 2013 pelo Ministro Celso de Mello na ADC 18, os efeitos da referida medida cautelar cessaram a partir de 21 de setembro de 2010, data a partir da qual a tramitação de processos com o mesmo objeto voltou a ocorrer normalmente.

Desse modo, a constitucionalidade da manutenção do imposto na base de cálculo das contribuições tem sido decidida caso a caso, de acordo com o posicionamento próprio de cada Tribunal, o que causa, inexoravelmente, divergências na jurisprudência e aplicações de enunciados de súmulas antigas pelo E. Superior Tribunal de Justiça².

Assim, a ausência de definição por este E. Supremo Tribunal Federal quanto ao tema abala a segurança jurídica, princípio dorsal da Constituição Federal. O presente cenário contraria, ainda, a sistemática do controle brasileiro de constitucionalidade, que prioriza não só a razoável duração do processo como também a fixação de orientação sobre tema de cunho constitucional pela Suprema Corte.

III –Do transcurso de 15 anos do início do julgamento do presente recurso sem a definição da matéria por esta. C. Suprema Corte. Revisão da questão de ordem na ADC 18.

Diante do exposto, evidencia-se ser imperiosa a continuidade do julgamento do presente feito, levando-se em conta o tempo decorrido, já que há 15 anos aguarda-se o pronunciamento definitivo desta Corte acerca da matéria, que conta com 6 votos favoráveis à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Ou seja, a maioria cristalizou-se em sentido favorável à recorrente e aos contribuintes em geral.

² Súmula 68/STJ: *A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.*
Súmula 94/STJ: *A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.*

Some-se a esse aspecto a necessidade de observância dos princípios constitucionais da razoável duração do processo, da celeridade, da segurança jurídica e da devida prestação jurisdicional.

Tal panorama é, ainda, diametralmente oposto àquele vislumbrado pelos Excelentíssimos Senhores Ministros quando do acordo em suspender o julgamento do presente feito – repisa-se, com 6 votos favoráveis à recorrente –, dando lugar à Ação Declaratória 18. Nas palavras do ministro Ayres Britto, quem acreditava que o controle objetivo seria mais célere:

(...) entre os dois modos de guardar a Constituição, via processo objetivo e via processo subjetivo, sem dúvida que o objetivo é mais prestante, é mais célere por constituir uma via de atalho. De sorte que o Supremo sai mais rapidamente em defesa da Constituição na apreciação dos processos de índole objetiva. Portanto, a meu ver o RE aqui não prefere a apreciação da ADC.” (p. 13, acórdão na ADC 18, sessão do dia 14/05/2008) – grifos nossos

Entretanto, fácil é perceber que a celeridade, tão almejada, sequer chegou perto de ser alcançada, razão pela qual, deve ter prosseguimento o julgamento do presente feito.

Tal requerimento tem legitimidade justamente em respeito e observância aos mesmos princípios constitucionais basilares do processo judicial, que outrora serviram de fundamento para a decisão de seu sobrestamento, pondo termo, conseqüentemente, à verdadeira insegurança jurídica para os jurisdicionados que atualmente prospera.

Em relação a esse ponto, cabe asseverar que este C. STF, no decorrer do tempo, revisitou seu entendimento, afirmando a possibilidade de julgamento de um apelo extraordinário antes de uma ação de controle concentrado quando o mesmo objeto estava sob análise, o que, portanto, serve de fundamento para a continuidade do julgamento do presente apelo, sobretudo quando *in casu* já houve atividade jurisdicional exercida, que já conta com 7 votos prolatados.

Exemplo disso foi a prejudicialidade da ADI 4071, ajuizada antes da análise dos Recursos Extraordinários 377457 e 381964. Nesse caso, a existência da ADI não prejudicou o julgamento dos referidos apelos; pelo contrário, o entendimento consolidado no julgamento dos recursos que foi aplicado à ação direta.

Outro exemplo foi o posicionamento do Pleno no julgamento do RE 595838, cujo acórdão ainda não foi publicado, quando o advogado representante da Confederação Nacional da Indústria (CNI) requereu que se aguardasse o julgamento da ADI 2594, que versava sobre a mesma matéria, uma vez que a ação tinha sido ajuizada há mais de 10 anos. Tal pleito foi rechaçado pelo Tribunal, que prosseguiu no julgamento do Recurso Extraordinário.

Portanto, *data vênia*, não mais subsiste o entendimento sufragado quando da questão de ordem na ADC 18 de que o controle concentrado prefere às demais modalidades de controle de constitucionalidade.

Assim, requer-se a submissão de nova questão de ordem ao Plenário no sentido da continuidade do julgamento do presente apelo, tendo em consideração que já está pronto para julgamento, inclusive com o voto-vista do ministro Gilmar Mendes já liberado, contando, ainda, com 7 votos já proferidos por outros ministros, repisa-se, sendo 6 deles num sentido já favorável à recorrente.

IV – Do pedido

Por todo o exposto, requer-se, respeitosamente, a Vossa Excelência, a submissão de questão de ordem ao Plenário, a fim de que seja retomado o julgamento do presente Recurso Extraordinário, tendo em vista a evolução jurisprudencial desta Corte e a necessidade de um pronunciamento definitivo sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Brasília, 06 de maio de 2014.

CRISTIANE ROMANO

OAB/DF nº 1.503-A