

**RECONSIDERAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 835.818 PARANÁ**

RELATOR : **MIN. ANDRÉ MENDONÇA**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
RECDO.(A/S) : **O V D IMPORTADORA E DISTRIBUIDORA LTDA**
ADV.(A/S) : **JOSE MACHADO DE OLIVEIRA**
ADV.(A/S) : **FLAVIO ZANETTI DE OLIVEIRA**
INTDO.(A/S) : **FEDERACAO DAS INDUSTRIAS DO ESTADO DE
SAO PAULO - FIESP**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE RAMOS**
ADV.(A/S) : **CAIO CESAR BRAGA RUOTOLO**
INTDO.(A/S) : **ASSOCIACAO BRASILEIRA DO AGRONEGOCIO**
ADV.(A/S) : **RODRIGO DE BITTENCOURT MUDROVITSCH**

DECISÃO

RECONSIDERAÇÃO NA MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÕES AO PIS/COFINS. DEFERIMENTO DO INGRESSO DO *AMICUS CURIAE*: MANTIDO. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO: MANUTENÇÃO DE ENTENDIMENTO. PERIGO DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO OU AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO: MANUTENÇÃO DE ENTENDIMENTO, EMBORA COM FORÇA MINORADA, EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS SUPERVENIENTES. *PERICULUM IN MORA* INVERSO: CARACTERIZADO. REQUISITO PROCESSUAL NEGATIVO E IMPLÍCITO COM APTIDÃO PARA OBSTAR A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. RECONSIDERAÇÃO, EM PARTE. DECRETAÇÃO DA SUSPENSÃO NACIONAL DOS PROCESSOS REFERENTES AO TEMA RG Nº 843:

CONVENIÊNCIA. ART. 1.035, § 5º, DO CPC.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Relatório

1. Trata-se de análise da **Petição STF nº 42.427/2023** aportada aos autos pela União (Fazenda Nacional) na qual se requer a reconsideração de decisão individual de minha lavra que concedeu tutela provisória, cuja ementa reproduzo:

“MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÕES AO PIS/COFINS. ADMISSÃO DE *AMICUS CURIAE*: DEFERIMENTO. FATO SUPERVENIENTE. QUESTÃO URGENTE. SOBRESTAMENTO DE JULGAMENTO E DOS PROCESSOS RELATIVOS AO TEMA Nº 1.182 DOS RECURSOS REPETITIVOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DEFERIMENTO”

(e-doc. 129)

2. Transcrevo, ainda, a fundamentação e o dispositivo dessa decisão, no que interessa:

“(…) 27. Por sua vez, em relação ao pleito de sobrestamento dos processos afetados ao Tema nº 1.182 do repertório dos recursos repetitivos, também o considero devido. Em consonância ao que já perfectibilizado em diversos casos

submetidos aos ritos da repercussão geral ou do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, v.g. a ADI-MC 5.090, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/09/2019, p. 09/09/2019, compete-me apenas, neste momento processual, apreciar a presença dos requisitos autorizadores do deferimento de tutela provisória incidental.

28. Sendo assim, conforme já exaustivamente demonstrado nesta decisão interlocutória, reputo caracterizada a plausibilidade jurídica do pedido, justamente em função da pendência do presente tema nº 843 do repertório da repercussão geral. Isso sinaliza que a discussão sobre a exclusão na base de cálculo de tributos federais dos valores derivados de benefícios fiscais concedidos pelos Estados e Distrito Federal, até o presente momento, não está assentada em caráter definitivo. Com efeito, referida definição muito provavelmente impactará no julgamento pelo STJ da controvérsia relativa à possibilidade de exclusão dos benefícios fiscais relacionados ao ICMS, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, imunidade, diferimento, entre outros - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

29. Do mesmo modo, vislumbro o perigo de dano irreparável e a necessidade de salvaguardar o resultado útil da prestação jurisdicional feita pelo STF no corrente processo. Isso porque o julgamento do tema 1.182 dos repetitivos pelo STJ, conjuntamente ao não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, nos termos do tema 843 da repercussão geral, poderá ensejar o trânsito em julgado das decisões já proferidas pelas múltiplas instâncias da Justiça Comum Federal sobre a matéria. Igualmente, o julgamento dos REsp nº 1.945.110/RS e REsp 1.987.158/SC pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça encontra-se pautado para hoje, dia 26/04/2023, no período vespertino.

(...)

31. Por sua vez, no que tange à Petição STF nº 41.011/2023, defiro a medida cautelar pleiteada, com a finalidade de determinar ‘o imediato sobrestamento dos processos afetados sob o Tema 1182/STJ, com a máxima urgência, diante da previsão de julgamento para o dia 26.04.2023 (próxima quarta-feira) – o qual deve ser igualmente suspenso –, até decisão de mérito definitiva do Tema 843/STF por esse E. Supremo Tribunal Federal, por aplicação analógica do § 5º do art. 1.035 e do inciso III do art. 1.030, ambos do CPC’ (e-doc. 127, p. 5). Na eventualidade de o julgamento dos recursos especiais em questão ter se iniciado ou mesmo concluído, desde já, fica suspensa a eficácia desse ato processual” (e-doc. 129, p. 19-21).

3. Caso não reconsiderada a decisão em comento, requer a juntada aos autos da petição “*com o propósito de enriquecer o debate durante o julgamento do referendo da medida cautelar já determinado pelo ilustre Relator, com previsão de julgamento entre os dias 5 e 12 de maio de 2023*” (e-doc. 132, p. 4).

4. Argumentou que a ABAG não possuiria legitimidade para formular pedido de cautelar na hipótese, pois o pedido de ingresso ao feito teria ocorrido após a liberação deste à pauta de julgamento. Além disso, a despeito de reconhecer ser viável a flexibilização dessa orientação jurisprudencial, desde que a postulante detenha destacada representatividade ou informações fundamentais para a melhor análise do tema, em sua visão, nenhuma das condicionantes estaria presente na espécie.

5. Defendeu, ainda, a ausência dos requisitos para a concessão da medida liminar, pois inexisteriam no caso analisado a plausibilidade jurídica do direito evocado e o perigo da demora.

6. Quanto ao *fumus boni iuris*, sustentou que “a simples descrição já permite evidenciar não existir pertinência ou qualquer relação de prejudicialidade que revela plausível a suspensão do julgamento do Tema nº 1182 ou a suspensão de sua eficácia (no caso de julgamento já iniciado, como ocorreu, de fato)” (e-doc. 132, p. 7).

7. Além disso, buscou diferenciar as controvérsias discutidas no Tema nº 1.182 da sistemática dos recursos repetitivos do STJ e no Tema nº 843 da sistemática da repercussão geral do STF, em função tanto dos tributos quanto dos benefícios fiscais discutidos:

“(i) os tributos federais envolvidos não são os mesmos, levando em consideração que no repetitivo nº 1182 do STJ se debate a respeito do IRPJ e da CSLL, a incidirem sobre o ‘lucro’, enquanto neste Tema nº 843 as balizas se referem ao PIS e à Cofins, a incidirem sobre ‘receita/faturamento’,

(ii) bem como as sistemáticas dos benefícios fiscais de ICMS questionados são absolutamente diversas

(...)

Os benefícios fiscais tratados no Tema nº 1182 dos recursos repetitivos são aqueles concedidos de forma GENERALIZADA (para todos os contribuintes) e INCONDICIONADA (não se exige contrapartida), com a finalidade única de se alcançar o CONSUMIDOR FINAL. Tais benefícios fiscais de ICMS não criam uma receita adicional para fins de incidência de IRPJ e de CSLL. Quando há a diminuição do ICMS (seja em razão de isenção, redução, diferimento etc.) – denominados benefícios negativos -, este valor não é faturado, e em consequência não é cobrado do consumidor final, de modo que inexistente receita nova para fins de materialidade do IRPJ e da CSLL. Diferentemente do crédito presumido de ICMS, em que o valor do tributo é repassado de forma cheia ao

RE 835818 MC-RCON / PR

consumidor final e a empresa ainda é creditada do valor pelo Estado” (e-doc. 132, p. 8-10).

8. Afirmou, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já assentou no Tema nº 957 do ementário da Repercussão Geral, cujo paradigma é o RE nº 1.052.277-RG/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 18/08/2017, p. 29/08/2017, que a discussão acerca da inclusão dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL não possui índole constitucional, inexistindo repercussão geral na espécie. De acordo com julgados posteriores da Suprema Corte, esse entendimento não teria se alterado com o advento da Lei Complementar nº 160, de 2017.

9. Aludiu que *“o ordenamento jurídico prevê os meios processuais próprios para que o STF venha a suspender, se for o caso, a decisão alcançada pelo STJ no Tema nº 1182 dos recursos repetitivos. Descabe, neste momento, suplantando a jurisdição daquele Superior Tribunal de Justiça”* (e-doc. 132, p. 12-13). Igualmente, a parte recorrente entendeu por bem *“salientar que o art. 1035, §5º, do CPC apenas faculta ao Relator do paradigma de repercussão geral o sobrestamento de processos versando matéria idêntica, isto é, que verse exclusivamente a inclusão, ou não, dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do Pis/Cofins (Tema 843)”* (e-doc. 132, p. 13).

10. Quanto ao *periculum in mora*, assentou que os fundamentos apresentados na decisão não subsistem:

“A uma, porquanto a utilidade da prestação jurisdicional do STF neste Tema nº 843 de repercussão geral não resta prejudicada, considerada a autonomia que há entre este paradigma de repercussão geral e o Tema nº 1182 dos recursos repetitivos – na linha do que fora acima exhaustivamente demonstrado –, assim como, em uma última análise, o exercício da jurisdição pelo STJ, sob o ângulo infraconstitucional, não

obsta o crivo final da matéria pelo STF, sob o ângulo constitucional. A duas, no que descabe aventar o receio de trânsito em julgado dos processos, uma vez que, como ressaltado no tópico anterior, as partes dispõem dos recursos cabíveis para o questionamento das decisões, mediante as quais implementadas, pelas demais instâncias, as teses fixadas, pelo STJ, no Tema nº 1182 dos recursos repetitivos.

O que há, de fato, é o perigo da demora reverso. A concessão desta liminar promove o retardamento do desfecho de mais de 5.438 ações judiciais, cujo impacto econômico-financeiro é altíssimo, conforme vem sendo amplamente veiculado nos meios de imprensa. O tema que está na pauta do Superior Tribunal de Justiça é um dos mais relevantes para o Estado brasileiro, seja porque as empresas estão fazendo uma equivocada interpretação da legislação infraconstitucional e escriturando créditos tributários não previstos em lei, o que impacta cotidianamente, em bilhões de reais, a arrecadação federal; seja porque os Estados membros estão promovendo verdadeira guerra fiscal, criando benefícios fiscais dos mais diversos, com o propósito de reduzir a base de incidência de tributos federais, conforme antes exposto. É urgente a necessidade de solução daquele tema afetado perante o STJ, que, como já amplamente fundamentado, é totalmente distinto da discussão do presente feito” (e-doc. 132, p. 14-16).

11. Enfim, a União (Fazenda Nacional) requereu a reconsideração da medida liminar concedida neste processo, de modo a infirmar o sobrestamento dos processos afetados sob o Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos do STJ.

É o relatório.

Análise

12. Deslindo o presente pronunciamento judicial em nova análise dos requisitos processuais autorizadores da concessão de tutela provisória de urgência de natureza eminentemente acautelatória, com enfoque nos argumentos trazidos pela parte ora peticionante. Sendo assim, em deferência ao pedido de reconsideração formulado pela União (Fazenda Nacional) e tendo em vista, ainda, que este Subscritor tivera um pouco mais de uma dúzia de horas entre o protocolo da Petição STF nº 41.011/2023 e o perecimento do direito alegado, **passo a ratificar as razões que me levaram a formar convicção jurídica no sentido do deferimento da medida cautelar.**

I. Legitimidade do pleito de medida cautelar formulado por *amicus curiae*

13. De início, impende analisar os argumentos trazidos pela União (Fazenda Nacional) no sentido de que este Supremo Tribunal Federal não poderia ter admitido a intervenção no feito da ABAG na qualidade de *amicus curiae*. Afinal, a jurisprudência da Suprema Corte sinalizaria que a admissão desse tipo de participação processual somente pode ocorrer até a liberação do processo para a pauta de julgamento. Além disso, a despeito de existir precedentes da Corte em favor da flexibilização dessa orientação, não seria o caso de evocá-los na espécie, pois inexistiria aqui destacada representatividade do postulante, nem informações fundamentais ao juízo para melhor análise do tema.

14. Pois bem. É consabido por todos que este Pretório Excelso admite a participação de *amicus curiae* no controle incidental de constitucionalidade desde o julgamento do RE nº 415.454/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 08/02/2007, p. 26/10/2007. Nessa toada,

RE 835818 MC-RCON / PR

admite-se a ocorrência desse instituto no rito da Repercussão Geral desde o Código de Processo Civil de 1973, haja vista que em seu art. 543-A, § 6º, imputou-se ao Relator examinar esse tipo de pleito. O mesmo se passa no art. 1.035, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015. Na verdade, o vigente *codex* ampliou significativamente a importância do *amicus curiae*, conforme disposto em seu art. 138, por sua vez exaustivamente tratado na decisão que ora se pede reconsideração. Vale, ainda, rememorar que é assente no repertório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal diretriz segundo a qual tanto a decisão do Relator que admite como a que inadmite o ingresso do *amicus curiae* é irrecorrível, como se extrai do RE nº 602.584-AgR-segundo/DF, Red. do Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 17/10/2018, p. 20/03/2020.

15. Em relação ao momento adequado para formular-se o pleito de ingresso no feito como *amicus curiae*, toda celeuma jurídica se instaurou a partir do veto presidencial ao art. 7º, § 1º, da Lei nº 9.868, de 1999, que estabelecia o prazo das informações no rito da ADI para que o pedido fosse feito ao juízo. Desde então, em todas as oportunidades que o Poder Legislativo se manifestou sobre a figura do *amicus curiae* entendeu, por bem, não dispor sobre a questão. Assim, competiu a este Supremo Tribunal Federal formular balizas jurisprudenciais na matéria. Nessa senda, convencionou-se adotar a liberação do feito à pauta pelo Relator, tendo em vista o caráter colaborativo da participação do “Amigo da Corte”, dado que essa se destina a fornecer subsídios fáticos e jurídicos ao juízo. Portanto, após a inclusão em pauta se assumiu a ficção de que os elementos informativos trazidos pelo terceiro seriam imprestáveis ao Relator. Nessa linha, cito, exemplificativamente, a AO nº 1.789-ED-segundos/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 20/09/2021, p. 04/10/2021, a ADPF nº 449-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 18/05/2018, p. 13/06/2018, e o RE nº 574.706-AgR/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 09/03/2017, p. 02/10/2017.

16. Contudo, rapidamente, em todos os procedimentos de competência desta Corte, a depender das particularidades do caso concreto, flexibiliza-se essa orientação pretoriana, diante de fundamento relevante. No âmbito das ações objetivas, veja-se, por exemplo, a longínqua ADI nº 2.690/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 07/06/2006, p. 20/10/2006. Portanto, conforme reconhece a própria União (Fazenda Nacional), **é da praxe deste Supremo Tribunal Federal que se admita a intervenção processual posteriormente à inclusão do processo em pauta, quando fundada em justificativa relevante.**

17. A parte recorrente menciona os requisitos da destacada representatividade e da existência de informações fundamentais ao juízo como necessários para a relativização da regra pretoriana. No caso dos autos, a meu sentir, **parece ser evidente que os dois pressupostos se encontram presentes.** Quanto à representatividade, essa se encontra exhaustivamente demonstrada pela ABAG na Petição STF nº 40.450/2023, além disso, conforme a própria Advocacia-Geral da União (PGFN) menciona em sua peça, a mesma entidade foi admitida como *amicus curiae* no Tema nº 1.182 do rol dos recursos repetitivos na Corte Superior. Em relação à existência de informações essenciais, como extensamente tratado na decisão submetida a referendo, tratou-se de fato novo que não teria vindo ao conhecimento do juízo sem a intervenção da terceira, notadamente por se cuidar de Relator por sucessão, que não votará no mérito do Tema nº 843 do rol da Repercussão Geral.

18. Também chama atenção a elasticidade retórica da parte recorrente, ao sustentar que o início do julgamento já ocorreu, uma vez que o voto do Ministro Marco Aurélio, a quem tenho a honra de suceder, será aproveitado no Plenário presencial. Em certa leitura da Questão de Ordem suscitada na ADI nº 5.399/SP, demonstra-se indene de qualquer dúvida que a *perplexidade* ora apresentada pela União (Fazenda Nacional) foi exatamente o argumento utilizado por este Subscritor para,

RE 835818 MC-RCON / PR

à época, propor sua rejeição, inclusive à luz do que decidido previamente por esta Corte na ADI nº 1.127/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 17/05/2006, p. 26/05/2006 (“VII – A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes”). No entanto, a argumentação não logrou convencer os eminentes pares. Ainda, naquela assentada, consignei ser a dicção literal da Resolução STF nº 642, de 2019, que em caso de destaque o julgamento será **reiniciado**:

“10. De fato, o reinício do julgamento que é objeto de destaque por um dos pares está previsto de forma expressa e literal na Resolução nº 642, de 2019 (com redação dada pela Resolução nº 669, de 19 de março de 2020), que regulamenta o procedimento previsto no art. 21-B do RISTF (...) 12. Consultando o conhecido Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, vejo e transcrevo apenas duas acepções para a palavra “reiniciar”:\e-i\v. 1 t.d. iniciar novamente (reiniciou o trabalho interrompido) 2 t.d. INF restaurar (situação, estado ou valor inicial de sistemas, dispositivos, computadores ou variáveis).

13. No caso, com a devida vênia, não há como escapar da literalidade do texto, passando a ler “continuado” onde está escrito “reiniciado”, sob pena de desvirtuar o sentido primário e unívoco do termo. Não pode haver dúvida de que destaque não enseja continuidade, mas efetivo reinício do julgamento originalmente inaugurado em ambiente virtual, o que afasta a aplicação ao instituto das regras processuais aplicáveis aos pedidos de vista – esta sim, classificável como causa de suspensão de julgamento já iniciado e que, portanto, deve ser posteriormente retomado, continuado, e não reiniciado”.

19. Ademais, em debate travado entre os ilustres Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes, já transcrito na decisão antecedente deste Relator, revelou-se de clareza solar que não se deliberou sobre esse ponto em específico, sob pena de mostrar-se necessário interromper a votação mediante pedido de vista. Assim, tal questão foi explicitamente remetida para equacionamento em sede de Sessão Administrativa.

20. **A União (Fazenda Nacional) argumenta, ainda, que não cabe ao *amicus curiae* formular pedidos de medidas cautelares nos processos que são deferidas suas intervenções. Sem razão.** Vale perceber que na ADPF nº 347-TPI-Ref/SP, Red. do Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 18/03/2020, p. 1º/07/2020, decidiu-se que não caberia ao *amicus curiae* deduzir esse tipo de pleito no controle abstrato de constitucionalidade, caso o peticionante não ostentasse, simultaneamente, legitimidade ativa para figurar como requerente em outra ação objetiva de mesmo objeto:

“O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, gostaria de fazer duas colocações de forma rápida.

A primeira, sob o ponto de vista formal. Já foi destacado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, pelo que pude depreender, que ele não aceitou a legitimidade do *amicus curiae* para pleitear a liminar. Nesse ponto, estou totalmente de acordo com Sua Excelência.

Houve, por parte do *amicus curiae*, requerimento que, a meu ver, não tem legitimidade, porque o Instituto que fez o pedido não tem legitimidade para propositura da ação direta. Obviamente, não pode pleitear medida cautelar em ação direta. Quem não pode pleitear a principal, não pode pleitear também a cautelar”.

21. **Não é a situação dos autos.** Afinal, na ADPF nº 324/DF, Rel. Min.

Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 30/08/2018, p. 06/09/2019, esta Corte reconheceu a legitimidade ativa da ABAG para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual se discutiu sobre a terceirização de atividade-fim e de atividade-meio.

22. **O mesmo se passa em recurso extraordinário sob o rito da repercussão geral.** Basta ver o que ocorreu no RE nº 1.017.365-TPI/SC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07/05/2020, p. 11/05/2020, pendente há três anos de referendo pelo Tribunal Pleno, após pedido de destaque no Plenário virtual. Nele, para além de admitir como litisconsorte uma comunidade indígena, o eminente Relator também deferiu tutela provisória incidental com a finalidade de suspender os efeitos do Parecer Normativo nº 001/2017/GAB/CGU/AGU e ainda determinar à FUNAI que se abstivesse *“de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031”*.

23. Em resumo, na esteira da remansosa praxe deste Supremo Tribunal Federal, **rejeito a questão preliminar suscitada pela União quanto à legitimidade da ABAG ingressar no feito como *amicus curiae* e, posteriormente, formular pedido de tutela acautelatória.**

II. Plausibilidade das alegações de direito

A. Razoabilidade de argumentação pela sobreposição decisória entre o Tema nº 843 da repercussão geral do STF e o Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos do STJ

24. De plano, entende-se a defesa enfática da União pela auto-evidência da distinção entre os temas atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, embasada tanto nos

tributos quanto nos benefícios fiscais em análise. Contudo, em juízo de cognição preambular, algumas ponderações são relevantes sob minha perspectiva, a ponto de afastar a clareza solar propalada de eventual discrimen.

25. Como literalmente já reproduzido na decisão antecedente, seja a corrente vencedora, seja a ala vencida, teceram argumentações no curso do debate meritório no âmbito do Plenário Virtual acerca das convergências e divergências, no que diz respeito à inclusão de benefícios fiscais de ICMS, entre os tributos da Cofins/PIS de um lado e, de outro, IRPJ/CSLL. Logo, **reputei plausível que as razões de decidir e as teses de julgamento adotadas no Tema RR nº 1.182, caso formuladas em sentido diametralmente oposto àquelas do Tema RG nº 843, produziriam *prima facie* insegurança jurídica perante os jurisdicionados e os demais Poderes republicanos.** É exatamente o que consta no item 17 de minha decisão individual:

“17. Em suma, pela relativa identidade entre as questões controvertidas, **é plausível que o julgamento do tema 1.182 pela Primeira Seção do STJ, antes de ultimada a deliberação meritória do Tema nº 843 do rol da Repercussão Geral neste STF - principalmente caso exista dissonância na fundamentação ou no resultado entre eles -, promova significativa insegurança jurídica, seja no sistema de precedentes obrigatórios brasileiro, seja nos esforços de conformidade tributária dos contribuintes.** Desse modo, a meu sentir, é de todo recomendável que aquele aguarde a solução em definitivo deste, de acordo com a exata lógica plasmada nos arts. 1.032 e 1.033 do CPC”

(e-doc. 129, p. 13, grifos no original).

26. Soma-se a esse argumento **duas razões sobressalentes derivadas**

da atuação do Tribunal da Cidadania, as quais, por exiguidade de tempo e prudência institucional, não foram verticalizadas no primeiro momento. *A uma*, apesar da contundência da peticionante no sentido de que os benefícios fiscais de ICMS discutidos no Tema RR nº 1.182 seriam aqueles concedidos de forma generalizada, incondicionada e voltadas ao consumidor final, em contraposição aos créditos presumidos, **o recorte ora articulado não se encontra, salvo interpretação mais ilustrada, na delimitação do tema.** Extraio os seguintes excertos do voto do Relator no ProfAfR no REsp nº 1.945.110/RS:

“DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Definir se é possível excluir os benefícios fiscais relacionados ao ICMS, - tais como redução de base de cálculo, redução de alíquota, isenção, imunidade, diferimento, entre outros - da base de cálculo do IRPJ e da CSLL (**extensão do entendimento firmado no ERESP 1.517.492/PR que excluiu o crédito presumido de ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL**).

(...)

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça no julgamento do ERESP 1.517.492/PR (Relator Ministro Og Fernandes, Relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 8/11/2017, DJe de 1/2/2018) afastou a ‘caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal’ (...) Considerando que o ERESP 1.517.492/PR (Relator Ministro Og Fernandes, Relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 8/11/2017, DJe de 1/2/2018) enfrentou apenas a questão à luz de uma das espécies de benefícios fiscais (naquela assentada, o crédito presumido), **nova discussão surgiu quanto à extensão do mesmo entendimento para as demais espécies de favores tributários**” (grifos nossos).

27. *A duas*, conforme posto acima, o Tema RR nº 1.182 justifica-se pela necessidade de perquirir se o entendimento firmado no EREsp nº 1.517.492/PR quanto aos créditos presumidos aplica-se às demais espécies de benefícios fiscais. Nada obstante se tratasse de discussão acerca do IRPJ e da CSLL, retiro da ementa e do voto condutor do mencionado recurso especial fundamentação explícita em favor da pertinência do que decidido pelo STF em controvérsia sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins:

“XV – O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. **Axiologia da ratio decidendi que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal**” (grifos nossos).

“Registre-se que antes da pacificação do tema pelo STF em repercussão geral, a doutrina, ao analisar **a pretensão de que créditos de ICMS poderiam integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS, já afastava tal possibilidade por configurar, também, burla à Federação (...)** Por fim, cumpre registrar, **dada a estreita semelhança axiológica com o presente caso**, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, **assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS**. Entendeu o Plenário da Corte, por maioria, que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os

cofres públicos (...) **Note-se que, na linha de raciocínio esposada pelo Supremo Tribunal Federal**, os créditos presumidos de ICMS, concedidos no contexto de incentivo fiscal, não teriam, com ainda mais razão, o condão de integrar as bases de cálculo de outros tributos, como quer a ora Embargante, em relação ao IRPJ e à CSLL, quer porque não representam lucro, quer porque tal exigência tem fundamento em meras normas infralegais, quer ainda, à vista de fundamento não menos importante, por malferir o princípio federativo” (grifos nossos);

28. Por conseguinte, haja vista que o mencionado tema dos repetitivos se propunha a analisar a extensão do EREsp nº 1.517.492/PR para controvérsias semelhantes, ainda em nome de compartilhar a *“axiologia da ratio decidendi”*, **é de todo razoável concluir, pelo menos em análise perfunctória, por conta da probabilidade de intersecção entre os entendimentos jurisprudenciais firmadas pelo STF e pelo STJ, recomendando que este aguardasse o desfecho de deliberação avançada daquele.**

29. Ante essas três razões, em sede de juízo cognitivo superficial, próprio das tutelas de urgência, infiro ser plausível que exista razão para *“afirmar a intrínseca relação entre o presente caso e o Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos”*.

B. Pretensa exclusão entre o Tema nº 843 e o Tema nº 957, ambos do repertório da Repercussão Geral

30. Em consonância ao que também se encontra na decisão individual de minha lavra, não se desconhece o Tema RG nº 957, cujo paradigma é o RE nº 1.052.277-RG/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal

RE 835818 MC-RCON / PR

Pleno, j. 18/08/2017, p. 29/08/2017, no qual se assentou a seguinte tese de julgamento: *“a controvérsia relativa à inclusão de créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL não possui repercussão geral, tendo em vista sua natureza infraconstitucional”*.

31. Porém, exame mais detido do referido caso faz surgir dúvidas relacionadas à matéria. Isso porque a corrente vencida fez explícita referência à pendência do julgamento deste RE nº 835.818/PR, conforme já transcrito literalmente em decisão prévia, como principal razão para dar seguimento àquele recurso extraordinário com a finalidade de analisá-lo sob o rito da repercussão geral. Por sua vez, a ala majoritária não tratou do tema, limitando-se a afirmar que *“a discussão relativa à inclusão do denominado crédito presumido do ICMS decorrente de incentivo fiscal estadual na base de cálculo do IRPJ e da CSLL vem recebendo tratamento uniforme da jurisprudência da Corte, no sentido da natureza infraconstitucional da controvérsia”*. Ainda, não houve a oposição de embargos de declaração. Não se constata também no voto condutor rotineiro *distinguishing* realizado pelo proponente de um tema sob o rito da Repercussão Geral em relação às controvérsias que lhe são pretéritas. Em síntese, a deliberação no Plenário Virtual resultou no que segue:

Ministro	Questão Constitucional	Repercussão Geral
MIN. DIAS TOFFOLI	Não há	Não há
MIN. MARCO AURÉLIO	Há	Há
MIN. GILMAR MENDES	Há	Há
MIN. EDSON FACHIN	Não há	Não há
MIN. ROBERTO BARROSO	Não há	Não há
MIN. ALEXANDRE DE MORAES	Não há	Não há
MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	Não há	Não há
MIN. CELSO DE MELLO	Há	Há
MIN. LUIZ FUX	Não há	Não há

RE 835818 MC-RCON / PR

MIN. ROSA WEBER	Não há	Não há
MIN. CÁRMEN LÚCIA		

Fonte: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numeroTema=957>>.

32. Conforme visto na tabela acima, houve manifestação de 7 (sete) Ministros pela inexistência de questão constitucional e pela ausência de repercussão geral no caso, e 3 (três) Ministros em sentido oposto pela existência de questão constitucional e pela afirmação da repercussão geral. A despeito do art. 102, § 3º, da Constituição da República, prever o *quórum* de dois terços dos Ministros do STF para declarar a inexistência de repercussão geral, vigia à época o art. 324, §§ 1º e 2º, do RISTF, com redação dada pela Emenda Regimental nº 31/2009, segundo o qual *“decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral”* e *“não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil”*. Assim, não ocorrem dúvidas de que houve, sob a vigência das regras da época, o reconhecimento da infraconstitucionalidade da matéria e respectiva ausência de repercussão geral. No entanto, os exatos contornos nos quais esse ocorreu dão margem ao juízo de plausibilidade feito em decisão antecedente.

33. Em suma, a incoerência da manifestação de dois terços do Supremo Tribunal Federal pela ausência de repercussão geral de um lado e, de outro, a existência de argumento pela correlação entre os Temas nº 843 e nº 957 do ementário da repercussão geral na corrente vencida, por sua vez não enfrentado pela corrente vencedora, **tornou plausível considerar, em sede de juízo preambular e perfunctório, a possibilidade de sobreposição parcial entre os temas.**

34. Ainda no tópico, digna de registro é argumentação desenvolvida pela União no sentido de que a matéria pertinente à inclusão dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ/CSLL remanesceu infraconstitucional, mesmo após o advento da Lei Complementar nº 160, de 2017. Isso porque brevíssima consulta aos autos dos 10 (dez) recursos citados pela parte recorrente permite constatar em múltiplas petições de agravo regimental, aviadas perante os órgãos fracionários deste Tribunal e de iniciativa da Coordenação-Geral de Atuação Judicial perante o Supremo Tribunal Federal da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, inclusive com patronos semelhantes aos que representam a União nesta petição, epígrafes do seguinte jaez:

“O Superior Tribunal de Justiça adotou **FUNDAMENTO DE CARÁTER CONSTITUCIONAL** (suposta violação ao pacto federativo) para acolher o pleito dos contribuintes, muito embora APÓS esse Supremo Tribunal Federal ter se manifestado no sentido de a matéria possuir natureza infraconstitucional no julgamento do Tema 957/RG. A Fazenda Nacional encontra-se em verdadeiro labirinto processual. Enquanto o STF entende que a legislação infraconstitucional não viola a Constituição, o STJ nega-se a aplicá-la com fundamentos constitucionais” (grifos no original).

“O Superior Tribunal de Justiça adotou **FUNDAMENTO DE CARÁTER CONSTITUCIONAL** (suposta violação ao pacto federativo) para acolher o pleito dos contribuintes, muito embora esse Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado no sentido de a matéria possuir natureza infraconstitucional no julgamento do Tema 957/RG. A Fazenda Nacional encontra-se em verdadeiro labirinto processual, evidenciando, inquestionável, negativa de prestação jurisdicional” (grifos no original).

35. Por evidente, compreende-se perfeitamente o conjunto de limitações funcionais ínsitas ao mister institucional de representação da União em causas de natureza fiscal (arts. 12 e 13 da Lei Complementar nº 73, de 1993). Afinal, na esteira de Piero Calamandrei, demonstra-se uma condição de possibilidade do exercício da advocacia a parcialidade e a unilateralidade.¹

36. Contudo, espera-se da advocacia pública um mínimo de coerência. Ocorre que em vívida e recente defesa apresentada, a União sustenta **o caráter constitucional da matéria**, à luz das razões de decidir vertidas no EREsp nº 1.517.942/PR que culminariam na *“constitucionalização da controvérsia, posteriormente, pelo Superior Tribunal de Justiça”* e pelos Tribunais Regionais Federais, no contexto de pretensão *“labirinto processual”* ou mesmo em situação de denegação de justiça, uma vez que *“o Colendo Superior Tribunal de Justiça está [estaria] dando a última palavra em matéria constitucional em tão importante controvérsia, com o que a União não pode se conformar”*.

C. Plausibilidade da sobreposição das decisões no Tema RR nº 1.182 e na ADI nº 5.902/AM

37. Em que pese a peticionante não ter se dedicado a este capítulo da decisão individual no pedido de reconsideração ora analisado, por dever de fundamentação, dado que o argumento, *per se*, tem aptidão para autorizar a concessão de tutela provisória de urgência na espécie sob a perspectiva do *fumus boni iuris*, **ratifico a posição por mim externada no *decisum* no que diz respeito à possível relação de prejudicialidade entre o Tema RR nº 1.182 e a ADI nº 5.902/AM, de minha relatoria.**

¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos. Lisboa: Livraria Clássica, s.d., p. 100.

38. Explico. Ajuizada pelo Governador do Estado do Amazonas, discute-se na referida ação direta a constitucionalidade, em tese, da convalidação pela Lei Complementar nº 160, de 2017, de benefícios fiscais de ICMS concedidos sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) e respectivos reflexos na atratividade da *“isenção constitucional”* ou imunidade da Zona Franca de Manaus. Assim, volta-se contra os arts. 1º, *caput* e incisos I e II, 2º, *caput* e incisos I e II, 3º, § 2º, incisos I a V, 3º, §§ 7º e 8º, 4º e 5º da Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, e as cláusulas 8ª, § 1º, incisos I e II, alíneas “a”, “b” e “c”, 9ª, §§ 1º e 3º, 10ª, incisos I a V, 12ª, 13ª e 15ª do Convênio ICMS nº 190, publicado em 18 de dezembro de 2017. Por sua vez, o art. 10 da Lei Complementar nº 160, de 2017, prevê que *“o disposto nos §§ 4o e 5o do art. 30 da Lei no 12.973, de 13 de maio de 2014, aplica-se inclusive aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais de ICMS instituídos em desacordo com o disposto na alínea ‘g’ do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar, desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito, nos termos do art. 3º desta Lei Complementar”* (grifos nossos).

39. Sendo assim, não se exige maior esforço argumentativo para **entender *prima facie* plausível que eventual julgamento pela procedência dessa ação objetiva levará, necessariamente, a um esvaziamento ou a uma pretensa revisão do Tema RR nº 1.182**, como no presente momento é fácil verificável a partir da leitura das teses de julgamento fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Em outras palavras, **no âmbito de juízo superficial de uma cautelar, a meu sentir, revela-se plausível que o julgamento da ADI nº 5.902/AM, de minha relatoria, tenha aptidão para impactar no que decidido pelo Colendo STJ no multicitado Tema RR nº 1.182.**

III. Perigo de dano de difícil reparação ou ao resultado útil do processo

40. Conforme colocado na decisão liminar antecedente, vislumbrei a caracterização do *periculum in mora* no caso dos autos por dois motivos. De um lado, ponderei que “o julgamento do tema 1.182 dos repetitivos pelo STJ, conjuntamente ao não reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo, nos termos do tema 843 da repercussão geral, poderá ensejar o trânsito em julgado das decisões já proferidas pelas múltiplas instâncias da Justiça Comum Federal sobre a matéria”. De outro, justifiquei a presença do requisito processual pelo fato de estar pautado para aquele dia, 26/04/2023, o julgamento pela Primeira Seção do STJ do REsp nº 1.945.110/RS e REsp nº 1.987.158/SC.

41. De seu turno, a parte peticionante defende a inexistência de perigo de dano na espécie, porquanto a utilidade de futura prestação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal estaria assegurada. Afinal, ao seu ver, há autonomia entre o Tema nº 843 da repercussão geral do STF e o Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos do STJ, bem como cabe à Suprema Corte controlar, mediante os meios processuais regulares, as decisões do STJ. Além disso, a União alega que os jurisdicionados afetados possuem à sua disposição acesso aos recursos cabíveis para se salvaguardarem dos efeitos jurídicos das teses fixadas no Tema RR nº 1.182.

42. De início, respeitosamente, parcela do argumento da parte recorrente baralha elementos próprios do *fumus boni iuris* como se pertinentes ao *periculum in mora* fossem. Por exemplo, a meu ver, a propalada autonomia entre o recurso extraordinário com repercussão geral e o recurso especial submetido ao rito dos repetitivos é matéria própria da plausibilidade do direito alegado.

43. Ultrapassado esse ponto, com a devida vênua aos entendimentos divergentes, **remanesço convicto da existência de um ponderável perigo de dano na hipótese**. Isso porque parece claro a um intérprete mediano do ordenamento jurídico brasileiro que a fixação de uma tese de julgamento no bojo de um recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos produz, imediatamente e de pleno direito, efeitos jurídicos e resultados práticos na realidade econômica nacional e no patrimônio dos jurisdicionados diretamente afetados. Veja-se o que dispõe o art. 1.040 do CPC:

“Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem **negará seguimento aos recursos especiais** ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, **reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado**, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição **retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;**” (*grifos nossos*)

44. Portanto, **tende a ser evidente que a conclusão do julgamento de uma controvérsia afetada aos repetitivos no âmbito do STJ tem o potencial de ocasionar danos ao patrimônio de inúmeras pessoas jurídicas contribuintes de tributos federais. Do mesmo modo, a indicação, pura e simples, dos meios recursais aos particulares não se mostra, à primeira vista, suficiente para obstar referida lesividade.**

45. Ademais, a danosidade em comento seria potencialmente

RE 835818 MC-RCON / PR

agravada pela provável insegurança jurídica derivada do tempo necessário para a caracterização, ou não, em definitivo, da natureza constitucional ou infraconstitucional da matéria pertinente à inclusão dos benefícios fiscais de ICMS, excetuados os créditos presumidos, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

46. De maneira a atestar a plausibilidade desse receio, em rápida pesquisa ao repositório jurisprudencial desta Corte Maior, já se verificam julgados que estenderam a conclusão pela ausência de repercussão geral do Tema nº 957 do rol da Repercussão Geral a benefícios fiscais de ICMS, sem promover qualquer distinção atinente aos créditos presumidos: RE nº 1.422.716/PR, Rel. Min. Rosa Weber (Presidente), j. 02/03/2023, p. 03/03/2023; e ARE nº 1.350.264-AgR/SC, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 08/02/2022, p. 15/02/2022. Encontram-se julgados que decotaram as situações do PIS/Cofins em relação ao IRPJ/CSLL, devolvendo, simultaneamente, à origem os primeiros pelo Tema RG nº 843 e os segundos pelo Tema RG nº 957, ambos da repercussão geral: RE nº 1.361.949-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux (Presidente), j. 15/02/2022, p. 17/02/2022; RE nº 1.351.940-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 1º/02/2022, p. 07/02/2022; e RE nº 1.412.699/SC, Rel. Min. Nunes Marques, j. 02/03/2023, p. 08/03/2023. Ainda, há julgados nos quais o recurso extraordinário veio a esta Corte parcialmente prejudicado em razão da compreensão do STJ por excluir benefícios de ICMS da base de cálculo do IRPJ/CSLL, a partir de provimento do recurso especial, sob o fundamento de reconhecer ao contribuinte agraciado pelo favor fiscal do Estado-membro proteção decorrente da imunidade tributária do art. 150, VI, “a”, da Constituição da República: RE nº 1.206.682-ED/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/10/2019, p. 22/10/2019.

47. Nada obstante esse cenário, **em novo exame da matéria, reputo que melhor cabe à Presidência desta Suprema Corte, por possuir incumbência regimental para tanto e maior capacidade institucional no**

tópico, ponderar sobre esse estado de coisas.

48. Sendo assim, na melhor das hipóteses em termos de segurança jurídica, até uma futura e incerta concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário possivelmente interposto em face do acórdão do Tribunal da Cidadania, cuja produção a ABAG buscava evitar, ou mesmo até a afetação desse ocasional apelo recursal à sistemática da repercussão geral, **incontáveis efeitos concretos seriam produzidos em razão da fixação de orientação jurisprudencial do STJ, caso eventualmente discrepante ao sinalizado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema RG nº 843.**

49. Por didatismo, convém perceber que o expediente adotado na decisão individual em comento, com as exatas razões ali assumidas, **não se mostra, em nenhum aspecto, extraordinário à praxe deste Supremo Tribunal Federal.** Transcrevo, *inter alia*, o inteiro teor de decisão monocrática concessiva de medida cautelar, ainda pendente de referendo do Pleno, tomada na ADI nº 5.090/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/09/2019, p. 10/09/2019, que se refere à correção monetária do FGTS:

“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.**”

50. Nessa mesma toada, suscita alguma reflexão por parte deste Subscritor a alegação da União no sentido de que a faculdade processual disposta no art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cinge-se ao sobrestamento de processos versando sobre matéria idêntica ao tema afetado à repercussão geral. Isso porque, mesmo em uma leitura apressada, **retira-se textualmente do dispositivo da decisão individual em comento não só sua constrição ao pedido do *amicus curiae*, que evocou, por analogia, tanto o art. 1.035, § 5º, quanto o art. 1.030, III, ambos do CPC, mas sua confessada natureza acautelatória.** *Ad argumentandum tantum*, caso se tratasse de simples aplicação do primeiro dispositivo, à luz de sua chapada dicção literal, este Subscritor não teria submetido a decisão em tela ao referendo do Tribunal Pleno, nem a fundamentaria em termos de *periculum in mora* ou *fumus boni iuris*, mas sim em mero juízo de discricionariedade, ou seja, conveniência e oportunidade da suspensão nacional dos processos. Todo esse procedimento hipotético estaria em consonância ao que decidido pela Suprema Corte no RE nº 966.177-RG-QO/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 07/06/2017, p. 1º/02/2019. Porém, não foi disso que se tratou, como decorre de uma interpretação objetiva da decisão individual antecedente.

51. Do mesmo modo, causa alguma espécie dizer-se neste feito que o papel do Relator limita-se a sobrestar demandas absolutamente idênticas, considerando que no âmbito do Tema nº 1.219 do ementário da repercussão geral, cujo paradigma é o RE nº 1.377.843-RG/PR, de minha relatoria, a **própria União (Fazenda Nacional)**, inclusive os mesmos patronos, formularam perante este mesmo Subscritor, mediante a Petição STF nº 59.021/2022, pedido de tutela provisória em repercussão geral “*com fulcro nos artigos 294 e parágrafo único, 299, 300, 301, 932, II, 1.029, § 5º e 1.035, §5º, todos do CPC, a fim de se estabelecer interpretação provisória a ser seguida nacionalmente, em substituição à paralização (sic) total de todas as*

RE 835818 MC-RCON / PR

execuções em curso”. Informou-se, ainda, que referido proceder se assemelharia ao que então feito pelo Superior Tribunal de Justiça em caso correlato submetido ao rito do incidente de assunção de competência. Novamente, não se está a questionar, como não é cabível a qualquer magistrado, estratégias processuais, variadas em cada caso, de um litigante habitual no Poder Judiciário. Porém, com as mais respeitadas vênias, não se coaduna com as normas fundamentais do processo civil (arts. 5º e 6º do CPC) uma parte desenvolver pedido perante a mais alta Corte do país, que tenha a absoluta convicção de ser juridicamente impossível no Direito brasileiro. Afinal, na esteira de dicção do STJ colocada no REsp nº 1.938.984/PR, Terceira Turma, j. 15/02/2022, p. 18/02/2022, o conceito de possibilidade jurídica do pedido *“continua sendo a ausência de vedação, pelo ordenamento jurídico, à pretensão deduzida pelo autor, sob pena de, após o CPC/15, conduzir à improcedência liminar do pedido”*.

52. Por nova preocupação de didatismo, urge registrar que o procedimento consistente em deferir uma tutela provisória incidental voltada a assegurar o resultado útil do processo, até o julgamento de mérito, em nada extravasa ao que é costumeiro neste Supremo Tribunal Federal. Basta lembrar, novamente, o procedimento adotado pelo eminente Ministro Edson Fachin no âmbito do RE nº 1.017.365-TPI/SC, de sua relatoria, j. 07/05/2020, p. 11/05/2020, cuja justificação se deu nos seguintes termos na sessão plenária virtual de 22 a 28/05/2020:

“Ainda em sede preliminar, União e FUNAI pugnam pelo não conhecimento do pedido, alegando inadequação da via eleita para a impugnação, com pretensão de eficácia erga omnes, do Parecer nº 001/2017 /GAB/CGU/AGU.

No entanto, depreendo ser possível, em face da teoria da asserção, analisar o pleito não pela via de reconhecimento de sua inconstitucionalidade, **mas sim tendo em vista assegurar o resultado útil do presente processo, razão pela qual**

entendendo presentes as condições processuais para análise do pedido de concessão de tutela provisória incidental deduzido.

Adentrando ao mérito, ao menos dentro de um juízo prefacial inerente ao exame cautelar da tutela requerida, depreendo assistir razão à Peticionária.

Efetivamente, o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU foi exarado no ano de 2017, tendo sido elaborado pela Advocacia-Geral da União e aprovado pela Presidência da República; portanto, é dotado de caráter vinculante a toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40, §1º da lei Complementar nº 75/1993.

(...)

Ainda que os efeitos da repercussão geral, consoante o disposto na legislação processual, se estendam aos processos que tratem da mesma matéria alegada, é evidente que o acórdão proferido no presente feito irá influenciar o âmbito administrativo, o que se demonstra pela própria edição do ato aqui questionado, o qual pretendeu interpretar e aplicar o que restou decidido na Pet 3.388” (grifos nossos).

53. Por todas essas razões, com máximas vênias das compreensões contrárias, **mantenho entendimento no sentido de reputar caracterizado o *periculum in mora* no caso dos autos, especialmente no que toca ao resultado útil do processo.**

IV. *Periculum in mora* inverso

54. De fato, a minha decisão individual concessiva da tutela cautelar **não tratou, fundamentadamente, do aspecto do *periculum in mora* inverso**, agora trazido pela União tanto na presente petição quanto em

audiência realizada neste Gabinete, *amplamente noticiada*. Ainda que despiciendo, impende registrar que o espaço de tempo um pouco superior a uma dúzia de horas tornou inafastável a concessão da medida sem a oitiva prévia da parte *ex adverso*, protraindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, por força dos arts. 300, § 3º, e 301, do CPC, **competete a este Relator, neste momento processual, examinar o tema.**

55. De acordo com o criador do termo, o Desembargador Federal Reis Friede, o *periculum in mora* inverso consiste em requisito negativo implícito para a concessão de medidas liminares:

“Muito embora, nem sempre, na prática cotidiana, a decisão final pela concessão de medidas liminares implique plena e total observância, por parte do julgador, de específicos limites existentes para a prolação final do *decisum* - ou seja, os requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* -, é cediço concluir que a legislação autorizadora do provimento liminar, em nenhuma hipótese, permite o excepcional deferimento do instituto sem a devida comprovação de seus pressupostos vinculantes positivos, além do seu requisito negativo implícito.

Em outras palavras, a existência efetiva da relevância dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da não produção do denominado *periculum in mora* inverso (a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou ao requerente).

(...)

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento sumário, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio - mas com as características particulares de provisoriedade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC/73 - art. 294, parágrafo único, do CPC/15) -, a concessão da medida liminar (na qualidade de simples antecipação da medida cautelar), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos) e da não produção do denominado *periculum in mora* inverso (requisito negativo), incluindo o anterior conceito restritivo da 'grave lesão à ordem pública', encontra-se irremediavelmente condicionada à observância adicional da especial restrição imposta pelo art. 804 c/c o art. 797, ambos do CPC/73 (art. 300, §§ 1º e 2º, do CPC/2015), que só permite o deferimento da antecipação cautelar (em forma de liminar), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas comprovadas situações em que a citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz" (FRIEDE, Reis. Do *Periculum in mora* inverso (reverso). *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte, a. 67, n. 217, p. 19-45, abr./jun. 2016, p. 23)

56. No caso dos autos, segundo a União, o *periculum in mora* inverso emana de quatro variáveis: (i) a quantidade de ações, em patamar superior a cinco milhares; (ii) o vultoso valor da causa discutida, na ordem de dezenas de bilhões de reais por ano; (iii) a realização de elisão fiscal pelas empresas em desfavor da arrecadação federal; e (iv) a existência de guerra fiscal promovida pelos Estados em prejuízo da União.

57. A meu sentir, **após detida análise da questão, assiste razão à União. No que se refere à quantidade de ações judiciais a propósito da inclusão de benefícios fiscais de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da**

CSLL, até por ser dispensável nesta decisão interlocutória, furto-me de examinar o tema. Afinal, por se cuidar de típica matéria de política pública judiciária, a Presidência deste Supremo Tribunal Federal, que coincide com a do Conselho Nacional de Justiça, dispõe de mais adequado instrumental para avaliar a gravidade da questão. Ademais, em consonância ao art. 13, I, III e VI, do RISTF, compete precipuamente a esta autoridade melhor ponderar acerca de deliberações relacionadas ao interesse institucional da Corte, assim como incumbe a este *primus inter pares* dirigir os trabalhos das sessões plenárias no Tribunal, sendo *in casu* possivelmente relevante o fato de o tema da presente repercussão geral encontrar-se formalmente apto a ser julgado no Plenário presencial.

58. Em relação ao montante pecuniário discutido nessa matéria perante todo o Judiciário brasileiro e ao potencial arrecadatório resultante da pacificação da controvérsia, entendo o argumento como procedente. Valho-me, a esse propósito, de parâmetros estabelecidos por esta Corte na apreciação do conceito de grave lesão à ordem e à economia públicas. Por todos, cito a SS nº 3.795/RJ, de relatoria originária do Ministro Gilmar Mendes (Presidente), j. 29/06/2009, p. 31/07/2009, na qual o atual decano do Tribunal assim ponderou em controvérsia tributária pertinente ao ICMS:

“O art. 4º da Lei 4.348/64 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No presente caso, restou demonstrada a existência de lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa, tendo em vista que a redução da alíquota de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e sobre os serviços de

telecomunicação de 25% (vinte e cinco por cento) para 18% (dezoito por cento) **é apta a afetar a prestação, pelo requerente, de serviços públicos essenciais, considerando a relevância da arrecadação desse tributo para o orçamento estadual.**

Verifica-se, na espécie, o denominado 'efeito multiplicador', consubstanciado no risco de proliferação de demandas idênticas, haja vista a existência de inúmeros outros contribuintes em situação análoga à dos impetrantes.

Não se pode olvidar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão, entendimento formado ainda no âmbito do Tribunal Federal de Recursos a partir do julgamento da SS 4.405, Rel. Néri da Silveira.

Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Assim, representa violação à ordem pública provimento judicial que obstaculiza ou dificulta, sem causa legítima, o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública.

Revela-se também evidente o risco à economia pública, tendo em vista que, nos termos do relatório produzido pela Superintendência de Arrecadação da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro (fls.11-14), a exclusão dessa fonte orçamentária acarretaria uma redução na receita anual do requerente de R\$ 1.451.439,00, dos quais R\$ 659.969.00,00 são relativos aos serviços de energia elétrica e R\$ 755.470.000,00 referem-se aos serviços de telecomunicações.

Desse modo, com a supressão dessa receita, será necessário o contingenciamento de recursos de outras áreas,

com o potencial desequilíbrio das finanças estaduais” (grifos nossos).

59. Posteriormente, sob o bastão do então Ministro Presidente Dias Toffoli, o Plenário chancelou, em sede de agravo regimental, o entendimento anteriormente externado de forma monocrática. Sua Excelência fez, ainda, questão de ressaltar o seguinte:

“O fundamento adotado por esta Corte não considera as particularidades de cada caso concreto (matéria insuscetível de apreciação em sede de suspensão), **tampouco é relevante a discussão quanto ao exato impacto orçamentário que as decisões do juízo de origem podem ocasionar**, pois a *ratio decidendi* no caso se pautou pela evidente compreensão de que decisão que determina a imediata redução da alíquota de ICMS é ‘apta a afetar a prestação [...] de serviços públicos essenciais, considerando a relevância da arrecadação desse tributo para o orçamento estadual’.” (grifos nossos).

60. **No que toca à propalada perda bilionária de arrecadação federal**, alegadamente em razão de interpretação equivocada da legislação infraconstitucional pelas pessoas jurídicas contribuintes, diante dos dados e das informações apresentados na petição *sub examine* e em audiência neste Gabinete, **também está com a razão a União**. Diante de como a controvérsia afetada aos recursos repetitivos foi derradeiramente resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade e com três teses bem delimitadas, ao contrário, data venia, do que ocorreu inicialmente na afetação da controvérsia, a plausibilidade do argumento da União pela equivocidade da interpretação efetuada pelos contribuintes ganhou força.

61. Igualmente, preocupação externada por este Subscritor quanto ao

RE 835818 MC-RCON / PR

passivo tributário não alcançado pelo lapso prescricional e ao eventual esvaziamento da densidade normativa do princípio da preservação da empresa foi respondida pelas altas autoridades republicanas do Poder Executivo da União. Nesse sentido, há compromisso, inclusive publicamente assumido, pela minoração da lesividade à classe de contribuintes afetadas pelo julgamento sob o rito dos repetitivos, tal como vislumbrada pela decisão antecedente de minha lavra, a partir de política pública fiscal sob o encargo do Governo Federal.

62. Enfim, por força de ditames legais previstos nos arts. 20, *caput*, e 30, *caput*, do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), torna-se oportuno destacar que cabe ao órgão julgador do tema dos repetitivos em tela avaliar a presença dos requisitos para eventual modulação de sua decisão, nos termos do art. 927, § 3º, do CPC. Também digno de destaque é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do Tema nº 1.162 do ementário da Repercussão Geral, tendo como paradigma o RE nº 1.333.276-RG/SC, Rel. Min. Luiz Fux (Presidente), j. 26/08/2021, p. 03/09/2021, cuja ementa reproduzo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. MODULAÇÃO DE EFEITOS DE ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE, SE EXISTENTE, SERIA APENAS INDIRETA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

63. Por fim, **no que diz respeito à higidez jurídica de alegada guerra fiscal vertical, compreendo que tem razão de ser a argumentação externada pela União.** No multicitado EREsp nº 1.517.492, o voto condutor da Redatora do Acórdão identificou ofensa ao princípio federativo da seguinte forma:

“Com a devida vênia, ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

Com efeito, tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consubstanciados nas Soluções de Consulta da Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região Fiscal ns. 144/2008 e 10/2007, e no Parecer Normativo CST n. 112/1978, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas (fls. 2.034/2.037e). Saliente-se, portanto, que a Fazenda Nacional, mediante simples interpretação estampada em atos administrativos normativos, tem orientado seus órgãos a assim proceder.

(...)

A concessão de incentivo por Estado-membro, observados os requisitos legais, configura, portanto, instrumento legítimo de política fiscal para materialização dessa autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

No caso concreto, verifica-se, de fato, interferência na

política fiscal adotada pelo Estado-membro mediante o exercício de competência federal” (grifos nossos).

64. Noutro turno, também nessa seara, este Supremo Tribunal Federal julgou o Tema nº 653 do rol da Repercussão Geral, cujo paradigma é o RE nº 705.423-RG/SE, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 23/11/2016, p. 05/02/2018. Nele, afirmou-se posicionamento, *mutatis mutandis*, dissonante ao do STJ, pelo menos sob a perspectiva axiológica dos precedentes. Reproduzo a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. FEDERALISMO FISCAL. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM. TRANSFERÊNCIAS INTERGOVERNAMENTAIS. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. COMPETÊNCIA PELA FONTE OU PRODUTO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. AUTONOMIA FINANCEIRA. PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. CÁLCULO. DEDUÇÃO OU EXCLUSÃO DAS RENÚNCIAS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS. IMPOSTO DE RENDA - IR. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. ART. 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **1. Não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o livre exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração. 2. A expressão “produto da arrecadação” prevista no art. 158, I, da Constituição da República, não permite interpretação constitucional de modo a incluir na base de cálculo do FPM os benefícios e incentivos fiscais devidamente realizados pela União em relação a tributos federais, à luz do conceito técnico**

de arrecadação e dos estágios da receita pública. 3. A demanda distingue-se do Tema 42 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é RE-RG 572.762, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 18.06.2008, DJe 05.09.2008. Isto porque no julgamento pretérito centrou-se na natureza compulsória ou voluntária das transferências intergovernamentais, ao passo que o cerne do debate neste Tema reside na diferenciação entre participação direta e indireta na arrecadação tributária do Estado Fiscal por parte de ente federativo. Precedentes. Doutrina. **4. Fixação de tese jurídica ao Tema 653 da sistemática da repercussão geral: 'É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades.'** 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento"

(grifos nossos)

65. Sendo assim, **compreendo *prima facie* ser plausível o argumento de relativa insegurança jurídica gerados por distintos entendimentos do STF e do STJ no que diz respeito aos reflexos do exercício de competência tributária isentiva por ente federado, em detrimento da base arrecadatória de outra unidade federativa.**

66. Diante dessas razões, **torna-se imperativo afirmar a presença na espécie do requisito negativo implícito. Noutras palavras, a meu sentir, resta caracterizada a produção de *periculum in mora* inverso no caso dos autos, o que obstaculiza neste momento processual a manutenção da medida cautelar anteriormente deferida.**

Dispositivo

67. Pelo o que aqui exposto e apreciado, **caracterizado o requisito negativo do *periculum in mora inverso***, nos termos dos arts. 300, § 3º, e 301, do Código de Processo Civil, **defiro, em parte, o pedido formulado pela União (Fazenda Nacional) na Petição STF nº 42.427/2023, e**

Considerando que o mérito do tema já foi decidido no âmbito do STJ, concretizando-se o estado de incerteza que se almejava aplacar;

Considerando que a pretensão de reversibilidade desse julgado e respectivos efeitos jurídicos, sociais e econômicos é franqueada às partes interessadas, bem como seu exame é dever do órgão julgador; e

Considerando que o paradigma do presente Tema da Repercussão Geral está formalmente apto para julgamento presencial, no âmbito do Plenário, que assim poderá tratar do tema de modo definitivo, trazendo a segurança jurídica necessária à questão,

reconsidero, em parte, a decisão anterior (e-doc. 120) para tornar sem efeito a tutela provisória nela prestada, mantido o deferimento de ingresso do *amicus curiae*.

68. De todo modo, por prudência judicial e *ex officio*, **julgo oportuno determinar a suspensão de tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão no território nacional, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC**. Por precisão, precaução e zelo argumentativo, é importante explicitar que referida ordem judicial cinge-se à seguinte questão, tal como enunciada pelo meu antecessor, o eminente Ministro Marco Aurélio: *“possibilidade de exclusão da base de*

RE 835818 MC-RCON / PR

cálculo do PIS e da COFINS dos valores correspondentes a créditos presumidos de ICMS decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal”.

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o **relator** no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

69. Diante do teor desta decisão, **pela qual, neste feito, não mais subsiste comando de natureza cautelar**, torna-se desnecessária a realização de Sessão de Julgamento para referendo, em especial aquela de natureza virtual então agendada para o período de 05/05/2023 a 12/05/2023, pelo cumpre apresentar à Presidência esta informação e o pedido de cancelamento dessa referida Sessão.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 4 de maio de 2023.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator