AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.438.144 - SP (2019/0021046-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	ROSE ANNE TANAKA E OUTRO(S) - SP120687
AGRAVADO	:	LAFRA COMERCIO E INDUSTRIA DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADOS	:	LUIS GUILHERME LOPES DE ALMEIDA - SP207171
		CARLOS RENATO DE AZEVEDO CARREIRO - SP216722

DECISÃO

Trata-se de agravos manejados pela **Fazenda do Estado de São Paulo**, em face de decisão denegatória de recursos especiais fundados no CPC/73, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 1.957):

> *Apelação cível ICMS Aproveitamento de créditos Inidoneidade das notas fiscais Empresa declarada inidônea em momento posterior às operações de compra e venda de mercadorias Fragilidade das provas documentais apresentadas Contexto das autuações, em apuração de esquema fraudulento, que exige prova inequívoca da realização das transações comerciais Perícia conclusiva acerca da não comprovação Possibilidade de exclusão dos valores tidos por inconstitucionais Recurso parcialmente provido.*

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (fls.2.008/2.013).

Nas razões do recurso especial, a ora agravante aponta, dentre outros, violação aos arts. 97, V, 113, 136, 142 e 161, § 1º, do CTN, e aos princípios da legalidade, independência e harmonia entre os poderes e da autonomia dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre tributos de sua competência. Aduz, em síntese, que: (I) é legal a aplicação da multa moratória em valor superior a 100% do valor do imposto não declarado e apurado pela fiscalização estadual, com base em expressa disposição da lei estadual, sendo certo que *"com relação à multa punitiva imposta, deve ser observado que ela decorre dos textos legal e regulamentar, tudo conforme consta do auto de infração e imposição de penalidade, sendo que o seu fundamento legal foi claro e, inequivocamente, preciso, não devendo se cogitar de qualquer abusividade. Ao contrário do decidido, a multa aplicada está perfeitamente dentro dos limites da razoabilidade."* (fl.1.983); e (II) é legal a aplicação dos juros moratórios nos termos

previstos pela lei estadual, em contraposição à taxa SELIC, cuja aplicação se restringe a tributos federais.

Recurso sem contrarrazões.

É o relatório.

Quanto à matéria de fundo, ressalta-se a existência de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no **RE 582461 RG/SP** - (**Tema 214** - *"a) Inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo; b) Emprego da taxa SELIC para fins tributários; c) Natureza de multa moratória fixada em 20% do valor do tributo"*), julgado que recebeu a seguinte ementa:

> *EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.*
>
> (**RE 582461 RG**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22/10/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-06 PP-01160)

Em recursos versando sobre temas com repercussão geral reconhecida, o STF tem determinado o retorno dos processos para os Tribunais de origem a fim de que aguardem o julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia. A propósito:

> *EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE) INCIDENTES SOBRE REMESSAS AO EXTERIOR. LEIS 10.168/2000 E 10.332/2001. AFETAÇÃO SUPERVENIENTE DO TEMA À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.*
> *1. No âmbito do Plenário Virtual, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria afetar a presente controvérsia à sistemática*

da repercussão geral em momento posterior ao julgamento do acórdão recorrido. Tema 914: RE-RG 928.943, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.09.2016.
2. Em decorrência de fato jurídico superveniente, a sistemática de precedentes obrigatórios impõe a devolução ao Tribunal de origem dos presentes autos para que o feito seja sobrestado até a definição do mérito do Tema. 3. Embargos de declaração providos, para fins de infirmar a cadeia processual construída em sede extraordinária no presente processo e determinar a devolução dos autos à origem, nos termos dos arts. 1.036 do CPC/15 e 328 do RISTF.
(**ARE 934095 AgR-ED-ED**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 22/11/2016).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSO VERSANDO A MATÉRIA – SOBRESTAMENTO – MANUTENÇÃO. O tema atinente à constitucionalidade da cobrança de contribuições sociais em face das atividades das cooperativas em geral, tendo em conta a distinção entre "ato cooperativo típico" e "ato cooperativo atípico", teve repercussão geral admitida pelo denominado Plenário Virtual no Recurso Extraordinário nº 672.215/CE, da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. A matéria de fundo, tanto no mencionado recurso como neste extraordinário, diz respeito à definição da incidência ou não desses tributos sobre as receitas decorrentes de tais atos. Impõe-se aguardar o julgamento do mérito do paradigma, considerados o regime da repercussão geral, presentes os processos múltiplos, e a possibilidade de revisão do entendimento.
(**RE 594695 AgR-AgR**, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 25/5/2015).

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Legitimidade da cobrança de PIS e COFINS, tendo por fato gerador a locação de bens imóveis. Matéria constitucional. Repercussão geral reconhecida. RE-RG 599.658. 3. Embargos de declaração acolhidos para determinar a devolução à origem com base no disposto no art. 543-B do CPC.
(**RE 543799 AgR-ED**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 3/8/2015).

*Ocorre que recentemente foi publicado acórdão de mérito no julgamento do mencionado **RE 582461 RG/SP**, cuja ementa assim dispõe:*
1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade.

Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(**RE 582461**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177)

Assim, ultimada a resolução da controvérsia em repercussão geral,

denotando a primazia do viés constitucional do tema em debate, caso não é de enfrentá-lo na seara do recurso especial ou do agravo dele decorrente (AREsp).

Ressalte-se que a Primeira Turma do STJ, na assentada de 8/6/2017, ao julgar o **AgInt no AgInt no REsp 1.603.061/SC**, ratificou a orientação de que "*Podendo a ulterior decisão do STF, em repercussão geral já reconhecida, afetar o julgamento da matéria veiculada no recurso especial, faz-se conveniente que o STJ, em homenagem aos princípios processuais da economia e da efetividade, determine o sobrestamento do especial e devolva os autos ao Tribunal de origem para que ali, em se fazendo necessário, seja oportunamente realizado o ajuste do acórdão local ao que vier a ser decidido na Excelsa Corte* ".

Forte em tais razões, **determino a devolução** dos autos, com a respectiva baixa, ao ilustrado Tribunal de origem, onde, nos termos dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, deverá ser realizado o juízo de conformação ou manutenção do acórdão local, frente ao que decidido pela Excelsa Corte.

Publique-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator