RECURSO ESPECIAL Nº 1.802.669 - RS (2019/0068381-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	SOCIEDADE DE BEBIDAS MALACARNE LTDA
ADVOGADOS	:	VÍTOR HUGO ZENATTO - RS027205
		RENAN ZENATO TRONCO - RS093130
		HUGO CALIARI ZENATTO - RS111279
RECORRIDO	:	FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por **Sociedade de Bebidas Malacarne Ltda.**, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 155):

> *TRIBUTÁRIO. IRPJ/CSLL. LUCRO PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.*
> *O lucro presumido é estimado mediante a aplicação de um percentual sobre a receita bruta das empresas. Ao estabelecer esse percentual, o legislador considera todas as possíveis deduções da receita bruta, como os impostos incidentes sobre as vendas (dentre os quais se inclui o ICMS), o custo das mercadorias ou serviços vendidos, as despesas administrativas, as despesas financeira etc.*
> *Tendo em vista essa específica forma de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, este Colegiado consolidou o entendimento de que, a despeito dos fundamentos da decisão proferida pelo STF no julgamento do Tema nº 69 (inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS), não se pode abater o valor do ICMS da receita bruta para fins de cálculo do lucro presumido, sob pena de se considerar tal despesa em duplicidade, conferindo-se aos contribuintes um verdadeiro privilégio fiscal.*

Nas razões de recurso especial, a parte recorrente aponta, dentre outros argumentos, dissídio jurisprudencial, sustentando, em suma, que os valores recolhidos a título de ICMS, no regime de lucro presumido, não compõem a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto *"a definição conceitual emanada do julgamento do STF, revela claramente que se a base de cálculo do PIS e COFINS, é da mesma forma que a base de cálculo da CSLL e do IRPJ – Faturamento ou a Receita Bruta – por certo se deverá suprimir dessa base cálculo os valores referentes ao tributo estadual incluídos nos*

preços dos produtos e serviços" (fl.170) e *"o ICMS não se trata, em hipótese alguma, de receita da pessoa jurídica, seja pelo fato de representar mero ingresso financeiro sem acréscimo na capacidade contributiva da empresa, seja pelo fato de que o imposto não pertence ao contribuinte de direito, mas sim ao contribuinte de fato"* (fl.177).

Recurso extraordinário interposto às fls. 187/202.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça recentemente afetou a matéria relativa à *"possibilidade de inclusão de valores de ICMS nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, quando apurados pela sistemática do lucro presumido"*, pelo rito do parágrafo 5º do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (**Tema 1.008 - Recursos Especiais n. 1.767.631/SC, 1.772.634/RS, 1.772.470/RS**, Rel. MINISTRA REGINA HELENA COSTA, DJe 26/03/2019).

Assim, mostra-se conveniente, em observância ao princípio da economia processual e à própria finalidade do CPC/2015, determinar o retorno dos autos à origem, onde ficarão sobrestados até a publicação do acórdão a ser proferido nos autos dos recursos representativos da controvérsia.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL E LUCROS CESSANTES. MATÉRIA AFETADA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. DECISÃO IRRECORRÍVEL. AGRAVO NÃO CONHECIDO.*
> *1. Verificada a identidade das questões discutidas no recurso especial e nos recursos representativos de controvérsia, deve ser observado o procedimento previsto no art. 256-L do RISTJ, o qual, para os recursos distribuídos, determina a devolução dos autos à Corte de origem, a fim de que ali aguardem, suspensos, o julgamento definitivo da matéria repetitiva.*
> *2. Conforme entendimento sedimentado no STJ, é irrecorrível a decisão que determina a devolução dos autos ao Tribunal de origem, a fim de aguardar o julgamento de matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos. Precedentes.*
> *3. Agravo interno não conhecido.*
> (**AgInt no AREsp 411.892/RJ**, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em

17/10/2017, DJe 20/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE INSUMO PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO DO PIS E DA COFINS. MATÉRIA AFETADA COMO TEMA REPETITIVO. NECESSÁRIA DEVOLUÇÃO AO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES.
1. O tema afetado no Superior Tribunal de Justiça faz referência ao conceito de insumo para definir o direito ou não ao creditamento do PIS e da COFINS, nos termos das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003.
2. Muito embora a contribuinte busque estender uma hipótese de creditamento prevista em tratados internacionais para não cumulatividade às contribuições do PIS e da COFINS na importação, observa-se claramente que a controvérsia perpassa pelo conceito de insumo, pois a Corte local escorou-se na omissão das leis acerca de tal conceito para negar o direito postulado.
3. Encontrando-se a matéria afetada ao rito dos recursos repetitivos, por medida de economia processual e para evitar decisões dissonantes, os recursos que tratam da mesma controvérsia no STJ devem aguardar, no Tribunal de origem, a solução no recurso especial afetado, viabilizando, assim, o juízo de conformação, hoje disciplinado pelos arts. 1.039 e 1.040 do CPC/2015. Em situações semelhantes, os precedentes: AgInt no AgInt no REsp 1.603.061/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28/6/2017; AgInt no AgInt no REsp 1.366.363/ES, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 23/8/2017; EDcl no AgInt no AgRg no REsp 1.399.836/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 3/8/2017.
4. Agravo interno a que se nega provimento.
(**AgInt no AgRg nos EDcl no REsp 1345683/RS**, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

ANTE O EXPOSTO, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a respectiva baixa, para que, após a publicação do acórdão a ser proferido no recurso representativo da controvérsia, o apelo especial: I) tenha seguimento negado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; II) seja novamente examinado pelo Tribunal de origem, caso o aresto hostilizado divirja do entendimento firmado nesta Corte (artigo 1.040, I e II, do CPC/2015).

Observa-se, ainda, que, de acordo com o artigo 1.041, § 2º, do referido

diploma legal, *"quando ocorrer a hipótese do inciso II do **caput** do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do Tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões"*, cuja diretriz metodológica, por certo, deve alcançar também aqueles feitos que já tenham ascendido a este STJ.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator