AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.388 - BA (2018/0170369-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	DISTRIBUIDORA BAHIANA DE TECIDOS LTDA
AGRAVADO	:	TECIDOS CARVALHO LTDA
ADVOGADOS	:	BRUNO NUNES MORAES E OUTRO(S) - BA022224 FRANCO ALVES SABINO - BA021438

DECISÃO

Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda Nacional, contra decisão de fls. 353/358, que conheceu em parte e, na parte conhecida deu provimento ao recurso especial do contribuinte concluindo pela inclusão dos valores recebidos de créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Sustenta a agravante, em resumo, que a matéria trazido à apreciação não é aquela decidida pela Primeira Seção no julgamento do ERESp 1.517.492, mas sim a inclusão do próprio ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, apurados com base no lucro presumido.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da insurgência ao órgão colegiado.

Impugnação apresentada às fls. 398/408.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Melhor compulsando os autos, exercendo o juízo de retratação facultado pelo arts. 557, § 1º, do CPC/73 (art. 1.021, § 2º, 2ª parte, do CPC/15) e 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada de fls. 353/358, tornando-a sem efeito, passando novamente à analise do recurso:

Trata-se de agravo manejado por **Distribuidora Bahiana de Tecidos LTDA**, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 179):

PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005.

> *PIS - COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. NÃO CABIMENTO. IRPJ - CSLL. CABIMENTO. COMPENSAÇÃO.*
> *1 Para as ações ajuizadas após 9/6/2005, o prazo prescricional para a repetição ou compensação de indébito é quinquenal, nos termos da orientação firmada pelo STF nos autos da Repercussão Geral no RE 566621 (RTJ 223/540).*
> *2. A escrituração dos créditos de ICMS caracteriza a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimos patrimoniais, e, portanto, permite a tributação pelo IRPJ e pela CSLL (STJ, REsp 859322 /PR, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 6/10/2010).*
> *3. Apelação da Fazenda Nacional a que dá provimento.*

Opostos embargos de de declaração, foram estes rejeitados (fls. 192/197).

Nas razões de recurso especial, a parte ora agravante aponta violação aos arts. 1.022, II, do CPC/2015, 145, §1º, e 150, IV, da CF, e 15 e 20 da Lei nº 9.249/95, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta, em resumo, que: (I) apesar da oposição de embargos de declaração, o Tribunal de origem manteve-se omisso quanto a questões importantes ao deslinde da controvérsia; e (II) os valores recolhidos a título de ICMS no regime de lucro presumido não compõem a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Contrarrazões apresentadas às fls. 251/256.

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento do agravo e provimento do recurso especial (fls. 347/351).

É o relatório.

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 1008 - 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, **reconsidero a decisão de fls. 353/358**, tornando-a sem efeito e 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 do 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 (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator