RECURSO ESPECIAL Nº 1.648.606 - RS (2017/0010484-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE	:	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	:	OPEN TRADE EXPORTACAO E IMPORTACAO LTDA
ADVOGADOS	:	JÚLIO CÉSAR KREPSKY - SC009589
		CLAYTON RAFAEL BATISTA - SC014922

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. QUESTÃO CONSTITUCIONAL PREJUDICIAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF NOS AUTOS DO RE 835.818. TEMA 843. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial manejado pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, por unanimidade, negou provimento ao apelo e à remessa oficial, resumido da seguinte forma:

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL, COFINS E PIS.
>
> 1. Os créditos presumidos de ICMS, concedidos pelos Estados-Membros, não constituem receita tributável, não podendo ser contemplados para apuração do lucro da pessoa jurídica para fins de apuração do PIS e da COFINS, pois configuram verdadeira renúncia fiscal, com o intuito de incentivar o desenvolvimento de determinados setores da economia, gerando importantes reflexos financeiros e sociais para o desenvolvimento do Estado. Precedentes deste Regional e do STJ.
>
> 2. Os valores relativos a créditos presumidos de ICMS não integram a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
>
> 3. O indébito deve ser atualizado pela taxa SELIC, nos termos do § 4° do art.
>
> 39 da Lei nº 9.250/95.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões recursais a recorrente alega, preliminarmente, ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015, eis que o acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos de declaração, teria deixado de se manifestar sobre o disposto nos arts. 150, § 6º, e art. 195, I, b, da CRFB/88, bem como (i) quanto à incidência das contribuições para o PIS e para a COFINS sobre o crédito presumido de ICMS, do disposto no artigo 392, I, do Decreto n. 3.000/99, nos artigos 2º e 3º da Lei n. 9.718/98, no art. 1º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, e nos artigos 97, VI, e 111, I do Código Tributário Nacional, e (ii) quanto à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do disposto nos artigos 43, 44, 97 e 111, do CTN – normativa que fundamenta o entendimento da União de que os créditos presumidos de ICMS obtidos pela demandante em razão da sua inclusão em programa de incentivo

fiscal estadual integram a base de cálculo do PIS e da COFINS bem como do IRPJ e da CSLL. Quanto ao mérito alega ofensa aos supracitados dispositivos legais e sustenta, em síntese, a inclusão dos créditos presumidos de ICMS tanto na base de cálculo do PIS e da COFINS quanto na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso especial.

Contrarrazões às fls. 933-947 e-STJ.

Recurso extraordinário interposto e admitido na origem.

Admitido o recurso especial na origem, subiram os autos a esta Corte e vieram-me conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ*: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"*.

A irresignação não merece exame no momento.

Da análise dos autos, verifica-se que a questão constitucional relativa à constitucionalidade da inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS é prejudicial ao recurso especial, o que atrai a incidência do art. 1.031, § 2º, do CPC/2015, *in verbis*:

> § 2º Se o relator do recurso especial considerar prejudicial o recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, sobrestará o julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal.

Registro, outrossim, que a questão de fundo teve repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 835.818 - tema 843 - (Possibilidade de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS dos valores correspondentes à créditos presumidos de ICMS decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal).

Em recursos versando sobre temas afetados à repercussão geral, 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).

Assim, em razão de economia processual e para se evitar a prolação pelo STJ de provimentos jurisdicionais em desconformidade com o que vier a ser definitivamente decidido pela Corte Suprema, conveniente que a apreciação do recurso especial fique sobrestada até o exaurimento da competência do Tribunal de origem, que ocorrerá com o juízo de retratação ou de conformação a ser realizado pela instância ordinária após o julgamento do recurso extraordinário, sobre o mesmo tema, afetado ao regime da repercussão geral, nos moldes dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015.

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* ".

Ante o exposto, com fulcro nos arts. 1.031, § 2º, e 1.040, II, do CPC/2015, determino o retorno dos autos à origem para sobrestamento do recurso especial a fim de possibilitar, se for o caso, o reexame da apelação após decisão do STF em repercussão geral sobre a matéria de fundo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator