

## 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

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.

### **O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:**

1. Trata-se, nesta decisão interlocutória, de análise das **Petições STF nº 40.050/2023** e **Nº 41.011** aportadas aos autos pela Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG) nas quais se requer a admissão no feito como *amicus curiae*, assim como a adoção de providências urgentes em função de iminente julgamento do Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

## RE 835818 MC / PR

2. Na primeira petição, uma vez que o Tema nº 843 do ementário da repercussão geral, cujo paradigma é o presente processo, diz respeito à incidência do PIS e da COFINS sobre os valores referentes a créditos presumidos do ICMS, concedidos pelos Estados e DF aos contribuintes, a petionante justifica sua pretensão de intervir no feito como *amicus curiae*, por conta da relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda e da repercussão do que aqui decidido para os seus representados, nos seguintes termos:

“4. Referido tema se revela de evidente interesse direto de diversas empresas produtoras agrícolas, que produzem e comercializam diversos produtos alimentícios - muitos, inclusive, integrantes da cesta básica -, usufruem de políticas fiscais de ICMS e, portanto, podem ser diretamente atingidas pelo tema em discussão, além de poderem contribuir com dados e percepções práticas fundamentais à resolução da controvérsia” (e-doc. 122, p. 2).

3. Na esteira de seu estatuto social, a petionante defende sua representatividade, dado que se trata da única associação que congrega todos os elos da cadeia produtiva referente ao agronegócio, representa 70 (setenta) associados localizados em todo o território nacional, participa de inúmeros foros nacionais e internacionais voltados à discussão desse setor econômico e encontra-se atualmente admitida na qualidade de *amicus curiae* em múltiplos processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, inclusos quatro temas de repercussões gerais.

4. Acerca da repercussão da matéria para o setor representado pela ABAG, sustenta que “a eventual inclusão do crédito presumido de ICMS e/ou de demais benefícios fiscais nas bases de cálculo do PIS/COFINS (em lógica eventualmente aplicável a outros tributos, como o IRPJ e a CSLL) elevaria, sobremaneira, a carga tributária incidente sobre o consumo, impactando todas as

## RE 835818 MC / PR

*empresas que se valem direta ou indiretamente desses benefícios de ICMS, enquanto tributo indireto repassado na cadeia produtiva até o consumidor final, bem como reduzindo os impactos econômicos positivos a serem gerados pelo sacrifício dos estados ao renunciarem a parte de sua receita” (e-doc. 122, p. 5).*

5. Argumenta, ainda, que sua participação no feito é necessária para trazer ao conhecimento da Corte pontos ainda não enfrentados, “*como i) se eventual provimento em favor da exação consistiria em nova hipótese de incidência tributária; ii) os impactos econômicos para as empresas do agronegócio decorrentes da tributação dos créditos presumidos (e de outros benefícios fiscais de ICMS) pela União; iii) se o entendimento será aplicável a outros tipos de benefícios de ICMS e em controvérsias envolvendo outros tributos; apenas para citar alguns exemplos” (e-doc. 2, p. 6).*

6. Ao fim, pleiteia o seguinte:

“30. Diante do exposto, considerando-se:

(i) a relevância da matéria e sua repercussão social;

(ii) a ampla representatividade da ABAG e sua missão institucional de colaborar com os órgãos políticos, administrativos e judiciário, estabelecendo importante articulação com o poder público, e diálogo com o setor agrícola e a sociedade brasileira, inclusive mediante o ingresso em processos judiciais na qualidade de *amicus curiae*;

(iii) a possibilidade de agregar à discussão, por meio da apresentação de cenários concretos relevantes para a análise,

requer-se a admissão da ABAG como *amicus curiae* no presente feito, de modo a permitir sua participação, com o específico propósito de contribuir com a solução da controvérsia” (e-doc. 122, p. 8).

## RE 835818 MC / PR

7. Na segunda petição, a ABAG noticia o **iminente** julgamento do Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos no âmbito do STJ no dia 26/04/2023. Esse fato seria relevante para o presente caso, em função da intrínseca relação entre os precedentes qualificados. Isso porque a matéria constitucional de fundo seria idêntica em ambos os casos: *“o pacto federativo permite ou não permite que o ente central tribute os valores usufruídos pelo contribuinte a título de benefício fiscal, concedido pelo ente subnacional?”*. Ademais, os dispositivos constitucionais supostamente violados seriam os mesmos, *“o artigo 150, §6º, que versa sobre os critérios para concessão de benefícios fiscais (questão comum a ambos os casos); e o art. 195, que define as hipóteses de incidência das contribuições da seguridade social, abrangendo tanto a receita ou faturamento quanto o lucro, base da CSLL, em discussão no Tema 1182 afetado pelo E. STJ”* (e-doc. 2, p. 2). Sendo assim, em sua visão, *“permitir que seja iniciado o julgamento do Tema 1182, pelo E. STJ, antes que se finalize a análise do Tema 843 por esse E. STF, pode aumentar a insegurança jurídica que reverte a questão, na medida em que o resultado do julgamento dessa E. Suprema Corte pode (e deve) impactar diretamente a solução do Tema do E. STJ”* (e-doc. 2, p. 2).

8. Articula também com a necessidade de que a matéria controvertida seja analisada primariamente pelo STF, considerando a possível prejudicialidade, a depender do que se firme no julgamento do Tema nº 843 do rol da Repercussão Geral, sob pena de o STJ incorrer em usurpação de competência jurisdicional, em detrimento desta Suprema Corte.

9. Em pedido subsidiário, propõe a adoção de solução alternativa, caso inexista tempo hábil para a apreciação desta petição antes do início do julgamento no STJ, isto é, aquela adotada pelo i. Ministro Luís Roberto Barroso na ADI nº 5.090, onde se discute a constitucionalidade da adoção da Taxa Referencial como índice de correção monetária do FGTS. Assim, subsidiariamente, requer a suspensão da eficácia do acórdão produzido

## **RE 835818 MC / PR**

pelo STJ sob o rito dos recursos repetitivos logo após sua publicação.

10. Nesses termos, a ABAG pleiteia o seguinte:

“18. Ante o exposto, requer-se que V. Exa. determine 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.

19. Subsidiariamente, caso o julgamento seja iniciado e concluído sem que se chegue a apreciar este pedido, requer-se que seja determinada a suspensão da eficácia do entendimento do E. STJ, enquanto aguarda-se a apreciação do Tema por esse E. STF” (e-doc. 127, p. 5).

É o relatório.

### **Passo a me manifestar.**

11. De início, a despeito de ter sido a mim encaminhadas ambas as petições pela Secretaria Judiciária do STF, torna-se conveniente a apreciação de questão preliminar aos pedidos que diz respeito à possibilidade de minha atuação neste feito, à luz do que decidido, por maioria, pela Corte na Questão de Ordem suscitada pelo e. Ministro Alexandre de Moraes na ADI nº 5.399, Rel. Min. Roberto Barroso. A propósito, percebe-se que, não obstante o brilhantismo da corrente majoritária formada nesse julgamento, restam, a meu sentir, múltiplas dificuldades operacionais derivadas da QO à espera de equacionamento pelo Tribunal - algumas delas adiantadas naquela assentada em meu voto

## RE 835818 MC / PR

vencido. Tal pendência resta agravada pela ausência, até o presente momento, da convocação de reunião administrativa voltada à deliberação do tema, conforme aventado ao longo da QO, inclusive pelos Ministros então Presidente e Vice-Presidente. Veja-se:

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Acho que é fundamental que elaborem uma resolução, submetamos à Comissão Regimental, com pedido de urgência, e levemos isso a uma Administrativa, mesmo que virtual, o mais rápido possível (...) Para tudo isso, penso que o ideal é que façamos esse debate de maneira administrativa. Acho que já captamos a ideia, parece-me que há maioria em um sentido, embora não possa falar pelos que não falaram, mas, pelo que capto, há uma ideia de se preservar os votos proferidos. Contudo, não dá para mudar a sistemática como um todo em uma questão de ordem, porque ficará *obiter dictum* para cá e para lá, as partes e o sistema de justiça não saberão, eu não vou saber, então, o que vai ocorrer. E a questão de, dados onze votos, encerrar-se o julgamento virtual?

Vejam, com o que estamos falando aqui, estamos trazendo insegurança jurídica. Uma coisa é específica à questão de ordem trazida pelo Ministro Alexandre de Moraes. As outras questões colocadas só há uma maneira de discutir. É uma questão administrativa, uma questão normativa do Tribunal. Senão, vou ter que pedir vista para analisar essa questão de ordem, Ministro Alexandre, porque ela está dando um debate, está indo para um encaminhamento com o qual não concordo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Toffoli, se me permite, também entendo que é necessário, até porque trouxe somente isso para os Colegas, voltar à questão de ordem, à questão de ordem em relação à validade dos votos dos Ministros que se aposentaram, nos termos do Código de Processo Civil. Na sequência, o Presidente

## RE 835818 MC / PR

analisa a necessidade administrativa de alteração da resolução.

(...)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - O Plenário virtual está em permanente construção. Estamos aperfeiçoando o instituto; estamos, de fato, acredito, fazendo as devidas adequações. Eu mesma tenho várias sugestões que não é o caso de trazer agora, porque também entendo que devam ser debatidas em uma reunião em que Vossa Excelência convoque administrativa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (PRESIDENTE) - Que Deus me permita conseguir convocar e realizar essa reunião!

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Amém!"

12. **No caso dos autos** - a despeito da absoluta premência dessas definições para todos os feitos que se enquadram no que decidido na QO -, **observo uma série de peculiaridades que justificam a atuação deste Subscritor no presente momento processual e nos estreitos limites do que posto nas petições em comento**, ainda que sob o pálio do art. 64, §4º, do Código de Processo Civil (*vide*, por exemplo, o ARE-AgR 850.933, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 02/05/2017).

13. **A primeira peculiaridade consiste em fato superveniente trazido à baila pelo peticionante**, pois esse tem aptidão para impactar na efetividade do que decidido, na condição de precedente vinculante, pelo STF no bojo do Tema RG nº 843 do repertório da repercussão geral. Nessa situação, depreende-se dos debates ocorridos na QO a viabilidade, ou mesmo a imprescindibilidade, da atuação do sucessor do Ministro que não mais oficia no Tribunal, diante de fatos novos supervenientes e urgentes:

## RE 835818 MC / PR

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A única coisa - e o objeto prático da minha intervenção - é que muitas vezes surgem temas novos - prejudicialidade, fatos novos - e, evidentemente, se surge um tema novo - e isso já aconteceu no Plenário físico no passado -, em que o Relator não esteja mais presente porque se aposentou, evidentemente, o novo ocupante de sua cadeira poderá votar (...) em outras palavras, pode ser que surjam temas e incidentes novos durante um julgamento em que já houve a votação. Então, a cadeira há de se fazer presente, o ocupante da cadeira há de ter a possibilidade de julgar uma eventual prejudicialidade ou uma questão de ordem que seja proposta por um dos Colegas.

Nesse sentido, Senhor Presidente, a proposição que eu faço agora, dirigida mais diretamente ao Ministro Alexandre de Moraes, por ser o proponente, e aos Colegas, uma vez que - embora não esteja no Plenário físico, mas captando aqui as discussões - parece que não haverá maiores divergências quanto à proposição, é que nós formulemos um aprimoramento na resolução.

Por que isso é importante? Para que não só nós, mas também as partes, os advogados, o sistema de Justiça, o Ministério Público, a advocacia pública e privada e a Defensoria tenham conhecimento dessa sistemática.

Então, minha proposição, ao fim e ao cabo, é que nós, já com a experiência que temos vivido, façamos um aperfeiçoamento da resolução, prevendo que, no surgimento de fatos novos, a cadeira poderá falar, mas que fica preservado o voto já proferido.

Eu penso que essa seria a saída adequada, e não só uma questão pontual, uma questão de ordem no processo, embora vá valer para os casos que venham a ser pautados no presencial agora e para os futuros, mas que todas as partes e o sistema de

## RE 835818 MC / PR

Justiça já tenham conhecimento. Em uma semana, é possível de ser feita a adequação dessa resolução.

É a minha proposição, sempre lembrando da possibilidade de o ocupante da cadeira falar e votar se surgirem fatos novos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, acho que as duas questões são complementares: a votação da questão de ordem, que é uma questão jurisdicional, já decidindo, a partir de agora, que, daqui para frente, os votos são válidos, e, na sequência, já há uma regulamentação mais detalhada.

Inclusive, a partir desses debates, obviamente, como bem ressaltou o eminente Ministro Dias Toffoli, o Plenário Virtual é o avatar (para usar um termo moderno) do Plenário físico.

Então, se, no Plenário físico, é possível, como ontem a Ministra Rosa concedeu a palavra ao eminente Ministro André para votar, no Plenário Virtual, é a mesma coisa.”

14. Sem demasiado esforço argumentativo, **observo que a peticionante tem razão ao afirmar a intrínseca relação entre o presente caso e o Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos.** Na afetação do REsp-ProAfR nº 1.945.110, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 07/03/2023, p. 20/03/2023, o digno Relator argumentou o seguinte:

“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).

(...)

## RE 835818 MC / PR

### DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Constata-se que o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional apoia-se no art. 105, inciso III, alínea “a”, do permissivo constitucional e a questão jurídica controvertida tem natureza infraconstitucional, cuja análise é da competência do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

### DA MULTIPLICIDADE DOS PROCESSOS

A questão revela caráter representativo de controvérsia, relativa à inclusão na base de cálculo do IRPJ e da CSLL dos benefícios fiscais concedidos para o ICMS, razão pela qual se apresenta imprescindível a afetação do presente recurso especial.

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.

Em outras palavras, as Turmas deste Tribunal passaram a julgar se a espécie de benefício fiscal de crédito presumido gozava de particularidades que impedia a extensão do

## RE 835818 MC / PR

entendimento firmado no ERESP 1.517.492/PR para outras espécies de benefícios fiscais.”

15. Não é desconhecido a este Subscritor que no âmbito do Tema nº 957 do ementário da Repercussão Geral, cujo paradigma é o RE nº 1.052.277-RG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 18/08/2017, p. 29/08/2017, o STF assentou que *“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”*. Ocorre que mesmo ali, ladeado pelos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, um dos fundamentos utilizados pelo e. Ministro Marco Aurélio, a quem tenho a grata honra de suceder nesta cadeira, para afirmar a repercussão geral da matéria foi a pendência de julgamento deste recurso extraordinário:

“2. Nota-se a pendência de apreciação, no Plenário, admitida a repercussão geral no recurso extraordinário nº 835.818, de matéria semelhante à controvertida neste processo, ou seja, a viabilidade de os contribuintes excluïrem da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS reconhecidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Então, tudo recomenda a sequêncïa do recurso extraordinário da União. De qualquer forma, o figurino básico do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido tem envergadura maior, constitucional, não cabendo o enquadramento da situação jurídica retratada como a sofrer disciplina por legislação simplesmente legal.”

16. Ainda, no bojo das três sessões virtuais realizadas a propósito do julgamento de mérito da presente demanda, tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Dias Toffoli fizeram direta referência à

## **RE 835818 MC / PR**

incidência, ou não, do IRPJ e do CSLL nos créditos presumidos de ICMS.  
Confira-se:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)  
– (...) Não se pode admitir tributação sobre algo que não corresponda ao figurino constitucional. A presunção de crédito, longe de revelar riqueza nova e, portanto, passível de sujeição ao PIS e à Cofins, indica o abrandamento de custo a ser suportado.

A redução de despesas, ao propiciar aumento do resultado operacional da pessoa jurídica, interessa, em regra, à tributação efetuada sobre o lucro – IRPJ e CSLL –, e não à tomada como receita, cuja materialidade diz com ingressos efetivos que tenham potencial de aumentar o ativo, sendo neutro proceder-se a deduções no passivo.

Cabe destacar que o registro contábil atinente à diminuição do passivo de ICMS a ser pago em razão do benefício, ainda que anotado como ingresso, não o transforma em receita. Entendimento contrário implica potencializar a forma em detrimento do conteúdo.”

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (...) A LC nº 160/17, ao incluir os §§ 4º e 5º nesse art. 30 da Lei nº 12.973/14, estipulou que, observados tais requisitos e condições, são considerados subvenções para investimento os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiros-fiscais relativos ao ICMS (o que abrange o crédito presumido de ICMS), não sendo, assim, eles computados na determinação do lucro real, para efeito de apuração do IRPJ e da CSLL. Para a nova lei, portanto, mesmo se esses incentivos e benefícios relativos ao ICMS consistirem em subvenções para custeio, aplicam-se a eles aquela isenção concernente às subvenções para investimento. Há, aqui, equiparação por força de lei.

## RE 835818 MC / PR

Não é possível se argumentar, assim, que essa equiparação deve também ser aplicada no presente caso. Não se encontram aqui em jogo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (lucro), mas da contribuição ao PIS e da COFINS (receita ou faturamento), no regime não cumulativo.

Por fim, ainda que fique eu vencido neste julgamento, considero importante se deixar claro que não está em discussão, no presente caso, a possibilidade de se excluir da base de cálculo dessas duas contribuições toda e qualquer subvenção, mas tão somente a que se revela por meio de concessão de crédito presumido de ICMS por liberalidade do estado.

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.

18. **A segunda peculiaridade refere-se à situação em que se encontrava o julgamento desta demanda**, quando houve o pedido de destaque por parte do eminente Ministro Gilmar Mendes, após, inclusive, ter proferido voto em assentada anterior. Além disso, conforme exposto pelo peticionante, previamente à formalização do pedido de destaque **já haviam sido proferidos todos os onze votos possíveis no Plenário Virtual**. Nesse escopo, **existia maioria estreita em favor de acompanhar o Relator na fixação da seguinte tese de julgamento: “Surge incompatível, com a Constituição Federal, a inclusão de créditos presumidos do Imposto sobre**

**RE 835818 MC / PR**

*Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS na base de cálculo da Cofins e da contribuição ao PIS”.*

19. Ademais, nos vívidos debates travados na supracitada QO, a partir de ponderações do e. Ministro Nunes Marques, tratou-se explicitamente da situação deste feito. Veja-se:

“O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Por que digo isso? No pedido que fiz, não fiz isolado e vou inovar dizendo o seguinte: até agora nunca pratiquei um ato nesta Corte que outro não tenha feito. Nenhum! Não inaugurei e não inventei nada até agora.

(...)

Friso: alguns desses destaques foram feitos quando a votação já estava encerrada; isto é, já se computavam 11 votos. Alguns foram feitos dessa forma. Só para mostrar que estou ombreado a várias posições de Colegas desta Corte. Há muitos outros, dos quais tenho a relação.

Minha preocupação é esta: a regra serve para todos. Em todos esses processos – e não concluí a enumeração; são 21 que consegui rapidamente buscar –, foram pedidos destaques no ambiente virtual e já há votos lançados do ministro Celso de Mello e do ministro Marco Aurélio. Seguirão a regra, se eventualmente aprovada, de hoje. Ou seja, os votos lançados em todos eles valerão. É isso?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato. O que já foi julgado, julgamento encerrado, mesmo que o destaque não tenha considerado o voto dos Ministros aposentados, já foi julgado. O que vier a ser julgado, a regra é a partir de agora. Exatamente, Ministro.

(...)

## RE 835818 MC / PR

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu não vejo nenhum problema. **Essas três questões são importantes:** questão do voto do Ministro aposentado valer no destaque; **a questão de, encerrado o julgamento com os onze votos, não haver razão para destaque;** e a questão da desistência do destaque. Porque, realmente, às vezes, até a lei é revogada e nós queremos colocar no Plenário Virtual para declarar perda do objeto e não há. Acho que para isso há a necessidade de uma mudança, na verdade, uma mudança determinada pela Presidência.

(...)

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – A leitura que faço, pedindo permissão, é de que, **a depender da formação de cada Ministro, se teve experiência mais fazendária ou mais humanitária, possui visão diferente e tem, às vezes, a expectativa de convencer alguns Colegas, num debate democrático que é o do nosso Colegiado. Então, quando digo que não estou só, menciono, rapidamente, dois casos de extrema relevância: crédito presumido de ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins. O ministro Gilmar Mendes pediu o destaque quando estava 6 a 5; nosso Presidente, no caso do PIS e Cofins sobre locação de imóveis, também ao final.**

É uma preocupação legítima que o Colega tem de tentar trazer para o Colegiado o debate, mas, a partir do momento que a inteligência da maioria firma entendimentos, vamos seguir. Minha preocupação é se a regra serve para todos, porque temos mais de vinte pedidos de destaque em que já foram lançados votos do ministro Marco Aurélio e do ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - **Valeria para todos”** (grifos nossos).

20. Em síntese, nada obstante seja regimentalmente possível a

## **RE 835818 MC / PR**

alteração de votos até a proclamação de resultado pela Presidência do órgão colegiado referente a determinado julgamento, **no mínimo, existe contemporaneamente uma altíssima plausibilidade quanto desta demanda ao desfecho em favor dos contribuintes na presente demanda.**

21. **A terceira questão consiste no potencial impacto que o julgamento do Tema nº 1.182 dos recursos repetitivos pelo Tribunal da Cidadania provocará, em termos de utilidade da prestação da jurisdição constitucional, na decisão plenária a ser proferida na ADI nº 5.092, de minha relatoria, pertinente à constitucionalidade da Lei Complementar nº 160, de 2017.** Afinal, no curso dos debates do mérito deste recurso extraordinário, versou-se sobre a modificação, ou não, das conclusões da controvérsia constitucional a partir do advento do referido diploma legal. Confirmam-se os argumentos lançados, respectivamente, pelos proeminentes Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli:

“Senhor Ministro Edson Fachin: (...) Diante do cenário normativo apresentado, a Autoridade Fiscal tinha como imprescindível o emprego das subvenções em projetos pré-aprovados pelo Poder concedente. Em dissonância a essa perspectiva, a Lei Complementar nº160/2017, ao alterar o art. 30 da Lei n. 12.973/2014 quanto ao IRPJ e CSLL, provocou mudanças no regime jurídico das ditas subvenções de investimento.

A fim de compreender melhor essas alterações, faz-se necessário ter em vista que a Constituição Federal prevê que a União poderá instituir diferentes espécies de contribuições, sendo que as consideradas sociais e destinadas ao financiamento da seguridade social, apresentam a materialidade prevista no art. 195 da CF. Por sua vez, O art. 154, I, CF, determina que apenas Leis Complementares poderão prever novas contribuições, não podendo ser cumulativas ou possuir fato gerador/base de cálculo próprios.

## RE 835818 MC / PR

Com a criação do PIS – Programa de Integração Social - pela LC nº7/70, foi necessário implementar a sistemática da não cumulatividade, para que mais de uma contribuição social (PIS/CONFIS) não recaísse sobre a mesma base de cálculo (receita ou faturamento) e gerasse uma oneração excessiva. Por conseguinte, ponto determinante é compreender se o valor a que se pretende tributar equivale a receita.

Sobre esse tema, tenho como suficiente o exímio voto do e. Ministro-Relator, que desdobra os motivos pelos quais não se pode considerar que o ICMS diz respeito a receita.”

“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (...) Antes de passar para a parte dispositiva, faço algumas anotações a respeito do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin. Com a devida vênia, entendo que o advento da LC nº 160/17 não pode levar à compreensão de que devem o crédito presumido de ICMS ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

No sentido histórico, apenas as subvenções para investimento é que podiam, quando preenchidos certos requisitos ou condições, ser excluídas da determinação do lucro real, para fins de apuração do IRPJ e da CSLL. A respeito desse tema, vide o art. 38, § 2º, do Decreto-lei nº 1.598/77, em sua redação original e naquela dada pelo Decreto-lei nº 1.730/79. Tratava-se, como se nota, de isenção propriamente dita.

Atualmente, essa isenção se encontra no art. 30, caput e §§ 1º a 3º, da Lei nº 12.973/14, que ainda estabelece requisitos e condições para que o contribuinte goze desse benefício.

A LC nº 160/17, ao incluir os §§ 4º e 5º nesse art. 30 da Lei nº 12.973/14, estipulou que, observados tais requisitos e condições, são considerados subvenções para investimento os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiros-fiscais relativos

## RE 835818 MC / PR

ao ICMS (o que abrange o crédito presumido de ICMS), não sendo, assim, eles computados na determinação do lucro real, para efeito de apuração do IRPJ e da CSLL. Para a nova lei, portanto, mesmo se esses incentivos e benefícios relativos ao ICMS consistirem em subvenções para custeio, aplicam-se a eles aquela isenção concernente às subvenções para investimento. Há, aqui, equiparação por força de lei.

Não é possível se argumentar, assim, que essa equiparação deve também ser aplicada no presente caso. Não se encontram aqui em jogo as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL (lucro), mas da contribuição ao PIS e da COFINS (receita ou faturamento), no regime não cumulativo”.

22. Por conseguinte, **também por esse motivo recomenda-se, por prudência judicial, o sobrestamento dos processos afetados ao tema 1.182 dos recursos repetitivos no Colendo STJ.**

23. Superada a questão preliminar enunciada, **passo a me manifestar objetivamente acerca dos pedidos veiculados nas petições ora em análise.**

24. **Em relação à pretensão veiculada pela ABAG consistente no ingresso neste feito como *amicus curiae*, acolho-a, pois reputo que os requisitos legais enunciados pelo art. 138, *caput*, do CPC encontram-se presentes na espécie.** Esse dispositivo tem a seguinte dicção literal:

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a **relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia**, poderá, por **decisão irrecorrível**, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou **admitir a participação** de pessoa **natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada**,

**RE 835818 MC / PR**

**com representatividade adequada**, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação” (grifos nossos).

25. Logo, o juiz ou o relator deve considerar em relação (i) ao conjunto fático-normativo posto em juízo (i-a) a relevância da matéria, (i-b) a especificidade do tema objeto da demanda ou (i-c) a repercussão social da controvérsia na qualidade de critérios decisórios no afã de admitir ou não a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada. No que se refere (ii) à qualificação desse terceiro, exige-se o preceito da representatividade do postulante.

26. Em termos sintéticos, **entendo que é o caso de deferir o pleito**. Isso porque a peticionante apresenta tanto representatividade no tema quanto notório conhecimento técnico na relevante matéria defluída dos autos. É fato que a tributação pela União de benefícios fiscais concedidos pelos Estados e Distrito Federal consiste em temática federativa dotada de singularidades fáticas e normativas, justificando as intervenções de natureza informativa por parte do peticionante. Em suma, **a intervenção da ABAG tem o potencial de demonstrar-se útil ao juízo**.

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 exhaustivamente demonstrado nesta decisão interlocutória, **reputo caracterizada a plausibilidade jurídica do pedido**, justamente em função da pendência do presente tema nº 843 do

## RE 835818 MC / PR

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.

30. Pelo que aqui exposto, em relação à Petição STF nº 40.450/2023, **admito o ingresso da Associação Brasileira do Agronegócio neste feito na condição de *amicus curie*,** nos termos do art. 138 do CPC c/c arts. 21, XVIII, e 131, § 3º, ambos do RISTF, facultando-lhes os poderes legais de representação legal, com produção de sustentação oral, quando oportuno.

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

**RE 835818 MC / PR**

*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.***

32. Comunique-se, **com máxima urgência e pelo meio mais expedito concebível**, o inteiro teor desta decisão ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

33. Determino ao Gabinete a **adoção dos procedimentos decorrentes desta decisão, para levá-la a referendo do Plenário desta Corte, de acordo com as norma regimentais pertinentes.**

34. À Secretaria Judiciária **para as providências cabíveis.**

**Cumpra-se, com máxima urgência.**

**Publique-se.**

Brasília, 26 de abril de 2023.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator