AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.673.954 - SC (2017/0120978-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	MARECHAL COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA EIRELI
ADVOGADO	:	SHIRLEY HENN E OUTRO(S) - SC017829
AGRAVADO	:	FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO ERESP 1.517.492/PR. INAPLICABILIDADE DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA TRAZIDA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 160/2017. *DINSTINGUISING* EM RELAÇÃO AO TEMA 1.008 AFETADO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AGRAVO INTERNO CONHECIDO PARA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Cuida-se de agravo interno manejado por MARECHAL COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA EIRELI em face de decisão de minha lavra resumida da seguinte forma:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. EXCLUSÃO DOS CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 568 DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

A agravante insurge-se contra a decisão agravada alegando a impossibilidade de provimento monocrática do recurso pelo relator, haja vista a existência de diversos precedentes da Primeira Turma do STJ que afastaram a inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Além disso, reitera a tese de que os créditos presumidos de ICMS não compõem o conceito de receita ou acréscimo patrimonial para fins de tributação pelo IRPJ e CSLL, sob pena de ofensa aos arts. 145, 195, I, "b", 155, II, da Constituição Federal, e 43, 109 e 110 do CTN.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito a julgamento perante a Turma.

Sem impugnação.

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 merece acolhida.

É que a Primeira Seção desta pacificou entendimento em relação aos créditos presumidos de ICMS na assentada do dia 8/11/2017, quando, por maioria, concluiu o julgamento do EREsp nº 1.517.492/PR, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, no sentido da exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sob pena de ofensa ao princípio Federativo por intromissão da União em política fiscal dos Estados-Membros.

Segue a ementa do referido julgado:

> TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ICMS. CRÉDITOS PRESUMIDOS CONCEDIDOS A TÍTULO DE INCENTIVO FISCAL. INCLUSÃO NAS BASES DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. INVIABILIDADE. PRETENSÃO FUNDADA EM ATOS INFRALEGAIS. INTERFERÊNCIA DA UNIÃO NA POLÍTICA FISCAL ADOTADA POR ESTADO-MEMBRO. OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO E À SEGURANÇA JURÍDICA. BASE DE CÁLCULO. OBSERVÂNCIA DOS ELEMENTOS QUE LHES SÃO PRÓPRIOS. RELEVÂNCIA DE ESTÍMULO FISCAL OUTORGADO POR ENTE DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE ASSENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 574.706/PR). AXIOLOGIA DA *RATIO DECIDENDI* APLICÁVEL À ESPÉCIE. CRÉDITOS PRESUMIDOS. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> I – Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.
>
> II – O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.
>
> III – Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.
>
> IV – Tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.
>
> V – O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de

organização estatal e por ela é condicionada.

VI – Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VII – A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

VIII – A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

IX – A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em desapreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

X – O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

XI – Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII – O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceito legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional.

XIII – A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV – Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/09, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de

> documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.
>
> XV – O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.
>
> XVI – Embargos de Divergência desprovidos. (EREsp 1.517.492/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Rel.(a) p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 01/02/2018)

Registro que a novel legislação (Lei Complementar nº 160/2017), que acrescentou os § § 4º e 5º ao art. 30 da Lei nº 12.973/2014, estabeleceu condições para a exclusão dos benefícios fiscais de ICMS, considerados subvenção para investimento, da base de cálculo da tributação incidente sobre o lucro real.

No caso, porém, em se tratando de empresa submetida à tributação pelo lucro presumido, não se aplica a referida inovação introduzida no art. 30 da Lei nº 12.973/2014 pela LC nº 160/2017, visto se referir especificamente ao lucro real. Dessa forma, em relação ao lucro presumido, mantido o entendimento adotado pela Primeira Seção do STJ nos autos do EREsp nº 1.517.492/PR, de relatoria para acórdão da Ministra Regina Helena Costa, no sentido da exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Impende registrar, também, que o crédito presumido de ICMS possui natureza de incentivo fiscal, diferindo, portanto, do ICMS incluído no preço, arrecadado pelo contribuinte de direito e repassado ao Fisco, razão pela qual a afetação à Primeira Seção desta Corte, na sistemática dos recursos especiais repetitivos dos REsps nºs 1.767.631/SC; 1.772.634/RS e 1.772.470/RS (Tema 1.008) em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL não impõe a suspensão ou o sobrestamento do julgamento da questão relativa à inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL pelo lucro presumido, haja vista a natureza jurídico contábil diversa de ambas as rubricas, dai o *distinguishing* entre os casos.

Incide na espécie a Súmula 568/STJ, segundo a qual *"o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema"*.

Ante o exposto, com fulcro nos arts. 1.021, § 2º, e 932, IV, do CPC/2015 c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ, conheço do agravo interno da empresa para, em juízo de retratação, negar provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator