AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2010869 - SC (2022/0197463-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	PLASNOX IND E COM DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO	:	JOÃO SANDRO PAOLIN - SC017001

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO FEDERATIVO. VIOLAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. LC 160/2017. EXAME. INVIABILIDADE.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp 1.517.492/PR, concluiu pela não inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao fundamento de que a incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS ofenderia o princípio federativo.

2. Não se admite, no âmbito do Recurso Especial, a invocação de legislação superveniente, pois essa espécie recursal tem causa de pedir vinculada à fundamentação adotada no acórdão recorrido e, por isso, não pode ser ampliada por fatos supervenientes ao julgamento do órgão judicial *a quo*.

3. O fato superveniente, no que se refere à LC 160/2017, ainda que examinado, não ensejaria o acolhimento da tese fazendária, pois a superveniência de lei que determina a qualificação do incentivo fiscal estadual como subvenção de investimentos não tem o condão de alterar a conclusão de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo.

4. Tendo a Primeira Seção se apoiado também no pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no regime da Repercussão Geral (não inclusão do ICMS na base de cálculo na contribuição do PIS e da Cofins), não há obrigatoriedade de observância do art. 97 da CF/1988, pois, ante a similaridade entre as controvérsias julgadas, os fundamentos do precedente obrigatório transcendem o tema específico julgado pelo STF.

5. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 04/10/2022 a 10/10/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 10 de outubro de 2022.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Documento eletrônico VDA34400808 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 28/10/2022 23:45:24
Código de Controle do Documento: 7891dcc2-f208-4627-a463-580ae176c110

Relator

Documento eletrônico VDA34400808 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 28/10/2022 23:45:24
Código de Controle do Documento: 7891dcc2-f208-4627-a463-580ae176c110

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.010.869 - SC (2022/0197463-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	PLASNOX IND E COM DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO	:	JOÃO SANDRO PAOLIN - SC017001

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Agravo Interno contra decisão monocrática (fls. 535-538, e-STJ) que deu provimento ao Recurso Especial da empresa agravada para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença que julgou procedente a ação.

A parte agravante sustenta, em suma (fls. 908-909, e-STJ):

> Com efeito, é preciso reconhecer que este Colendo Superior Tribunal de Justiça adotou fundamento de caráter constitucional para acolher o pleito do contribuinte, muito embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado no sentido de a matéria possuir natureza infraconstitucional.
>
> Tal enredo causa certa perplexidade, posto que o sistema recursal vigente impossibilita a Fazenda Nacional de contestar argumentos que nunca antes teve a chance de rebater.
>
> Com efeito, quanto à matéria dos autos, e como não poderia deixar de ser, as razões lançadas pela Fazenda Nacional nos recursos dirigidos à esta C. Corte, inclusive os que foram analisados nas assentadas do EREsp 1.517.492/PR, paradigma desta questão controvertida no STJ, sempre foram de índole infraconstitucional, circunscritos à correta interpretação da legislação do imposto de renda e da natureza de subvenção de custeio dos créditos presumidos de ICMS, do que decorreria sua tributabilidade.
>
> (...)
>
> Ao Supremo Tribunal Federal, por sua vez, as razões recursais eram de índole constitucional, com destaque à competência da União de tributar a renda e à exata medida dos créditos presumidos de ICMS neste signo presuntivo de riqueza.
>
> Sucede, como dito, que o STF entendeu que a controvérsia seria de índole infraconstitucional, jamais analisando os argumentos constitucionais apresentados pela Fazenda Nacional que conduzem à tributabilidade dos créditos presumidos de ICMS pelo imposto de renda; o STJ, por sua vez, julgou a causa à luz de argumentos constitucionais (suposta violação ao pacto federativo e à imunidade recíproca) que jamais foram trazidos e debatidos na dialética processual com a Fazenda Nacional, porquanto, a rigor, seria da competência do STF fazê-lo.
>
> Pois bem. Não se pretende, com esta intervenção, insistir em

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

> questão já superada pela jurisprudência do STJ. Visa-se, apenas, uma oportunidade de contestar, pela primeira vez, os argumentos constitucionais de que se valeu esta E. Corte no julgamento paradigmático, seja para provocar uma reflexão mais profunda e, quem sabe, uma superação do precedente, ou, ao menos, para que se reconheça, formalmente, que as razões de decidir do EREsp 1.517.492/PR são de ordem constitucionais, do que resultou na constitucionalização da controvérsia posta, franqueando à União o acesso ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário Cumpre informar, Exas., que os TRFs tem replicado o entendimento do STJ firmado no indigitado EREsp 1.517.492/PR para julgar às causas na origem, motivando a União a interpor recurso especial e extraordinário. Os primeiros, em muitos casos, são inadmitidos pelo óbice da Súmula 83/STJ, do que resulta a interposição de agravo em recurso especial. Os segundos, contudo, são julgados improcedentes com base no art.
>
> 1.030, I, "a", do CPC, o que não franqueia à União oportunidade de levar a questão ao Supremo Tribunal Federal.

Pleiteia a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do recurso à Turma julgadora.

É o **relatório.**

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.010.869 - SC (2022/0197463-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE	:	FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	:	PLASNOX IND E COM DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO	:	JOÃO SANDRO PAOLIN - SC017001

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO FEDERATIVO. VIOLAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. LC 160/2017. EXAME. INVIABILIDADE.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp 1.517.492/PR, concluiu pela não inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao fundamento de que a incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS ofenderia o princípio federativo.

2. Não se admite, no âmbito do Recurso Especial, a invocação de legislação superveniente, pois essa espécie recursal tem causa de pedir vinculada à fundamentação adotada no acórdão recorrido e, por isso, não pode ser ampliada por fatos supervenientes ao julgamento do órgão judicial *a quo*.

3. O fato superveniente, no que se refere à LC 160/2017, ainda que examinado, não ensejaria o acolhimento da tese fazendária, pois a superveniência de lei que determina a qualificação do incentivo fiscal estadual como subvenção de investimentos não tem o condão de alterar a conclusão de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo.

4. Tendo a Primeira Seção se apoiado também no pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no regime da Repercussão Geral (não inclusão do ICMS na base de cálculo na contribuição do PIS e da Cofins), não há obrigatoriedade de observância do art. 97 da CF/1988, pois, ante a similaridade entre as controvérsias julgadas, os fundamentos do precedente obrigatório transcendem o tema específico julgado pelo STF.

5. Agravo Interno não provido.

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 4 de setembro de 2022.

O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

Conforme assentado na decisão monocrática, a Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos EREsp 1.517.492/PR, concluiu pela não inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao fundamento de que a incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS ofenderia o princípio federativo. Confira-se:

> TRIBUTÁRIO. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. INCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO FEDERATIVO. VIOLAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. LC N. 160/2017. EXAME. INVIABILIDADE.
>
> 1. A Primeira Seção, no julgamento do EREsp 1.517.492/PR, decidiu pela não inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao fundamento de que a incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS ofenderia o princípio federativo.
>
> 2. Não se admite, no âmbito do recurso especial, a invocação de legislação superveniente, pois essa espécie recursal tem causa de pedir vinculada à fundamentação adotada no acórdão recorrido e, por isso, não pode ser ampliada por fatos supervenientes ao julgamento do órgão judicial a quo.
>
> 3. O fato superveniente, no que se refere à LC n. 160/2017, ainda que examinado, não ensejaria o acolhimento da tese fazendária, pois a superveniência de lei que determina a qualificação do incentivo fiscal estadual como subvenção de investimentos não tem o condão de alterar a conclusão de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo.
>
> 4. Tendo a Primeira Seção se apoiado também no pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no regime da repercussão geral (não inclusão do ICMS na base de cálculo na contribuição do PIS e da COFINS), não há obrigatoriedade de observância do art. 97 da CF/1988, pois, ante a similaridade entre as controvérsias julgadas, os fundamentos do precedente obrigatório transcendem o tema específico julgado pelo STF.
>
> 5. Agravo interno não provido.

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

(AgInt nos EREsp 1.462.237/SC, Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 21/3/2019)

Especificamente no tema em análise, firmado nos referidos EREsp 1.517.492/PR, a Primeira Turma deste Tribunal entendeu que "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 (...) 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 (...) 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" (REsp 1.222.547/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 16.3.2022).

Transcrevo a ementa do julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. IRPJ. CSLL. BASE DE CÁLCULO. INCENTIVO FISCAL. REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO DO ICMS. PRODEC. PRETENSÃO DE CARACTERIZAÇÃO COMO RENDA OU LUCRO. PACTO FEDERATIVO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, in casu, o Código de Processo Civil de 1973.
>
> II - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese.
>
> Inexistência de omissão.
>
> III - Configura ilegalidade exigir, das empresas submetidas ao regime especial de pagamento do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, a integração, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante obtido com o incentivo fiscal outorgado pelo Estado de Santa Catarina, qual seja, o "[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36° mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

juros simples anuais de 4% (quatro por cento) (...)".

IV - Ao considerar tal soma como lucro, o entendimento manifestado pelo Fisco (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003), 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.

V - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em ato infralegal.

VI - O modelo federativo abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VII - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobre princípio 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.

VIII - 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.

IX - 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.

X - 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.

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 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, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias.

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

XIV - A 1ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp n. 1.443.771/RS, assentou que o crédito presumido de ICMS, a par de

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

> não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base imponível do IRPJ e da CSLL, sob o entendimento segundo o qual 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.
>
> Axiologia da ratio decidendi que afasta, igualmente, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de montante outorgado, de igual forma, no contexto de incentivo fiscal relativo ao ICMS, o qual fora estabelecido, neste caso, no bojo do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC.
>
> XV - Recurso Especial provido.
>
> (REsp 1.222.547/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/3/2022)

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**

Documento eletrônico VDA34077666 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Herman Benjamin Assinado em: 03/10/2022 19:26:09
Código de Controle do Documento: 864A6A74-0CCB-4AA1-B059-00D6CF3B20DF

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 2.010.869 / SC

Número Registro: 2022/0197463-2 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
50124355020214047205

Sessão Virtual de 04/10/2022 a 10/10/2022

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: PLASNOX IND E COM DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO	: JOÃO SANDRO PAOLIN - SC017001
RECORRIDO	: FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - IRPJ/IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA JURÍDICA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	: PLASNOX IND E COM DE PLASTICOS LTDA
ADVOGADO	: JOÃO SANDRO PAOLIN - SC017001

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 04/10/2022 a 10/10/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 11 de outubro de 2022

Documento eletrônico VDA34166679 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 11/10/2022 04:28:56
Código de Controle do Documento: 5419dfe0-dd19-430c-a440-cb23dd0c8f4c