

O STJ DEFINE QUE INCENTIVOS FISCAIS DO ICMS COMPÕEM A BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL

Gustavo Pires Maia da Silva

Advogado Sócio de Homero Costa Advogados

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª Turma, decidiu há pouco tempo, que incentivos fiscais do ICMS compõem a base de cálculo do IRPJ e CSLL.

Diversos contribuintes ingressaram com ações no Judiciário questionando a não inserção de benefícios fiscais referentes ao ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

De acordo com a temática apresentada, os valores entregues pelos Estados Federados a título de incentivo fiscal através de isenção, redução de base de cálculo, redução do imposto a pagar, dentre outros, para fins de apuração do valor devido a título de ICMS, não podem ser atingidos pelo IRPJ e pela CSLL, pois assim como os créditos presumidos de ICMS, não consistem em renda, lucro ou acréscimo patrimonial, sob pena de esgotamento ou limitação do benefício fiscal estadual, além de deturpar o modelo federativo, que prevê a repartição das competências tributárias.

A matéria apresentada pelos contribuintes ao Poder Judiciário tem como amparo o fato de que essas reduções não constituem renda ou lucro da empresa e ferem o modelo federativo.

Em vista disso, qualquer incentivo fiscal de ICMS, não se ajusta como receita tributável, sem embargo de sua natureza, ou seja, quer se trate de crédito presumido, quer constituam isenções, redução de base de cálculo, imunidade, etc., por incumbência do princípio federativo, não se revela legítima a sua inclusão na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Ademais, a Lei Complementar nº 160/2017, em seu Artigo 9º, modificou o Artigo 30 da Lei nº 12.973/2014, que passou a ser complementado pelos parágrafos 4º e 5º, que possuem o seguinte conteúdo:

"§4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo.

§5º O disposto no §4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados."

Dispõe, ainda, o Artigo 10 da citada Lei Complementar:

"Art. 10. O disposto nos §§ 4º e 5º do art. 30 da Lei no 12.973, de 13 de maio de 2014, aplica-se inclusive aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais de ICMS instituídos em desacordo com o disposto na alínea 'g' do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar, desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito, nos termos do art. 3º desta Lei Complementar."

Frente ao exposto, pode-se perceber que, os incentivos fiscais ou financeiros-fiscais oferecidos pelos Estados e pelo Distrito Federal relativos ao ICMS passaram a ser considerados como subvenções para investimento, portanto, não tributáveis pelo IRPJ e CSLL.

Não obstante o entendimento acima evidenciado, quando a questão foi subordinada à análise da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a matéria não foi acolhida (REsp n. 1.968.755/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques). Cumpre ressaltar que, nesse processo, especificamente, o que pretendia o contribuinte era

a exclusão do ICMS relativo à isenção do imposto, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Nos termos da decisão, o contribuinte pleiteou a exclusão da base de cálculo do IRPJ e da CSLL de valores que jamais ali estiveram, pois nunca foram contabilizados como receita. Como se não bastasse, a construção do STJ sobre os créditos presumidos de ICMS e a violação ao pacto federativo não podem ser generalizadas de maneira a englobarem todos os benefícios fiscais de ICMS, devendo restringir-se a situações idênticas ao caso analisado pelo Tribunal Superior.

Sob outra perspectiva, nos moldes do julgado, "nada impede que o pedido seja acolhido em menor extensão a fim de proporcionar a aplicação do art. 10, da Lei Complementar n. 160/2017, que classificou tais isenções de ICMS concedidas por legislação estadual publicada até 08.08.2017, mesmo que instituídas em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, como subvenções para investimento, as quais podem ser extraídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL nas condições previstas no art. 30, da Lei n. 12.973/2014".

De forma sintética, a decisão da Corte Superior foi no sentido de que ao crédito presumido de ICMS aplica-se o que foi estabelecido nos EREsp nº 1.517.492/PR, e quanto aos demais benefícios fiscais de ICMS utiliza-se o que está contemplado no Artigo 10, da Lei Complementar nº 160/2017 e no Artigo 30, da Lei nº 12.973/2014.

Em que pese o entendimento do STJ, a decisão proferida, em minha modesta opinião é equivocada, isso porque a isenção do ICMS é reputada como receita para fins contábeis. De mais a mais, a renúncia de receita compreende diversos institutos além dos créditos presumidos de ICMS, como a anistia, a isenção, a redução de base de cálculo, redução de alíquotas. De resto, tanto o crédito presumido, a isenção ou a redução da base de cálculo são institutos que têm o mesmo resultado prático, qual seja, o de eximir o pagamento do tributo, parcial ou integralmente.

Diante da divergência apontada, vale o acompanhamento do desenrolar do caso, e quem sabe, a submissão do assunto aos Tribunais. Fica o alerta!