

NÃO INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE GANHOS DECORRENTES DE INCENTIVOS FISCAIS E A DISCUSSÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA GERAL ANTIELISÃO

Dois importantes temas em pauta no Judiciário, pelos Tribunais Superiores (STF e STJ), merecem destaque.

Iniciemos pela recente decisão, proferida pela 1ª Seção do STJ, nos autos do RESP nº 1.222.547/RS em março passado, no sentido de que os ganhos decorrentes de incentivo fiscal não compõem base de IRPJ e CSLL.

No referido processo, foi excluída da incidência do IRPJ e da CSLL sobre valores não recolhidos aos cofres públicos em decorrência de incentivo fiscal do governo de Santa Catarina.

Nesse caso, em particular, para ampliação de sua fábrica, a pessoa jurídica recebeu do governo catarinense o direito de adiar o pagamento de um percentual mensal do que seria recolhido a título de ICMS. Esse montante seria pago posteriormente, sem correção monetária e com juros anuais de 4%.

Muito embora exista pronunciamento da Receita Federal no sentido de que não há renúncia a esses valores que devem compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 22/2003, decidiu a 1ª Seção do STJ, por unanimidade de votos, tendo como Relatora a Ministra Regina Helena Costa, que é ilegal a exigência dos citados tributos sobre o montante decorrente da contabilização do ganho obtido com o incentivo fiscal concedido.

Para fundamentar o entendimento, além de outros precedentes, argumentou a Relatora 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. Embora represente renúncia à 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.

Ainda: sustentou a Relatora que a tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, fundamento da Federação.

O julgamento é importante, pois a 1ª Seção é composta pelos Ministros das 1ª e 2ª Turmas do STJ, o que implica concluir que os processos sobre o mesmo tema terão o mesmo resultado.

Por sua vez, perante o STF, está em andamento o julgamento virtual da ADI nº 2446, que trata da discussão da constitucionalidade da “norma geral antielisão”, voltada a combater planejamentos tributários considerados abusivos pelo fisco (parágrafo único do artigo 1º da LC nº 104/2001, que alterou o CTN).

De fato, após a edição da referida LC, o CTN foi alterado para autorizar a autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados para ocultar a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos que o constituem.

A ADI, ajuizada pela CNC, objetiva a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo, que afasta a possibilidade de os contribuintes fazerem o legítimo planejamento tributário.

Conforme entendimento da Ministra Relatora, Carmén Lúcia, o dispositivo atacado não constitui impeditivo para o contribuinte buscar economia fiscal pelas vias legítimas e evitar licitamente a ocorrência de fato gerador. Ainda, fundamenta a Relatora, que a autoridade fiscal não estaria autorizada a definir fato gerador e aplicar tributo sem previsão legal.

O Ministro Ricardo Lewandowski abriu divergência ao entendimento da Relatora, sob o fundamento de que a desconsideração prevista pela norma "não caberia a qualquer autoridade administrativa", mas apenas ao Judiciário, posicionamento que foi acompanhado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

O julgamento não finalizou e, até o momento, já constitui maioria o entendimento para declarar a constitucionalidade da “norma geral antielisão” (artigo 1º da LC nº 104/2001).

Isso porque acompanharam o voto da Ministra Relatora Carmén Lúcia os Ministros Marco Aurélio Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Ainda restam votar os Ministros Luís Roberto Barroso e Nunes Marques.

Como dito, o julgamento é virtual, devendo concluir-se até 08 de abril, com a apresentação de votos. Mas, até então, poderá haver pedido de vista ou destaque.

Havendo pedido de destaque, o julgamento deixará de ser virtual e será levado ao Plenário físico, dando início a nova contagem dos votos.

Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares