

# INFORMATIVO

fevereiro 2023



**EDSON TEIXER**

Sócio-Diretor | IRKO Rio de Janeiro



**MARCELLO LEAL**

Sócio | Almeida & Leal Advogados



A **IRKO** é uma empresa especializada em soluções empresariais nas áreas contábil, tributária, previdenciária, financeira, auditoria, entre outras.

Dentro de seu portfólio de serviços tributários, a **IRKO** tem gerado valor significativo a seus clientes na identificação e recuperação de créditos tributários, além de consultoria e planejamento fiscal.

Tais serviços, na cidade do **Rio de Janeiro**, são realizados em parceria com os

especialistas tributários do escritório **Almeida & Leal Advogados**.

Este informativo, produzido em conjunto pela **IRKO e Almeida & Leal Advogados**, tem como objetivo prover nossos clientes e seguidores com informações sobre **alterações nas legislações, jurisprudência e práticas de mercado no mundo tributário**.

Boa leitura!

# Conteúdo

I.	Vitórias do contribuinte na Câmara Superior do CARF em 2022 .....	3
II.	Programa “Litígio Zero” é lançado pelo Ministério da Fazenda .....	4
III.	Questões sobre o ISS das administradoras de cartão de crédito e operadoras de planos de saúde .....	5
IV.	Fisco decide regulamentar concessão de benefício após confissão de dívida .....	8
V.	Portaria reduz as atividades econômicas abrangidas em benefício fiscal do PERSE.....	9
VI.	OAB e Governo Federal fazem acordo pela manutenção do voto de qualidade no CARF.....	10
VII.	Coisa julgada e os temas 881 e 885 de Repercussão Geral no STF .....	11
VIII.	Receita federal publica solução de consulta afirmando que empresa com participação societária no exterior pode optar pelo lucro presumido .....	14
IX.	STF: julgamento acerca da constitucionalidade de fundos que limitam benefícios fiscais .....	15
X.	MP 1.152/22 altera regras sobre “transfer pricing” de acordo com diretrizes da OCDE .....	16



## Vitórias do contribuinte na Câmara Superior do CARF em 2022

No ano de 2022 os contribuintes foram bem-sucedidos em mudar o posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) em uma série de casos importantes. Isso se deu em face de alguns fatores, como a mudança na composição das turmas, além da alteração na sistemática de desempate (Lei nº 13.988).

Ademais, com a volta das sessões presenciais no ano passado, o conselho retomou o julgamento de teses com valores elevados, de modo que, durante todo o período de 2022, o total de acórdãos proferidos (30.477) envolvia o valor de 47 bilhões de reais.

A mudança de posicionamento se deu em temas relevantes, como planos de Stock Options (opção de compra de ações por funcionários), ágio, tributação de lucros no exterior e PLR (participação nos lucros e resultados).

Antes da mudança na regra do voto de qualidade, por exemplo, os contribuintes, não tinham sucesso perante o Conselho no que se refere ao tema da amortização do ágio na fusão de companhias. No ano de 2022 essa tendência parece ter passado a se inverter, de forma que os contribuintes foram vencedores em pelo menos quatro casos no Conselho.

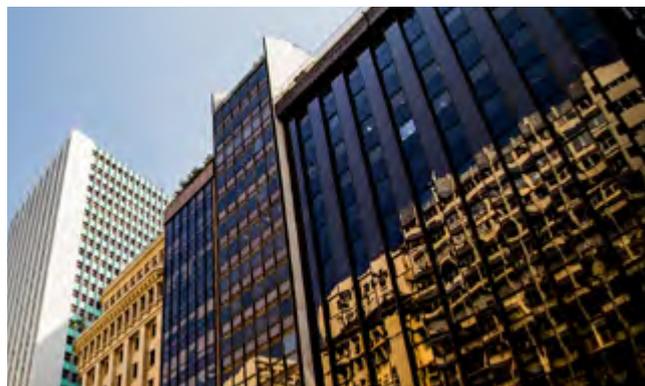
No que se refere aos Stock Options, a Gerdau – multinacional brasileira produtora de aço – saiu vitoriosa em decisão do conselho na qual restou definido que tais pagamentos não teriam natureza de contraprestação, além de envolverem risco e relação civil e não trabalhista, de modo que não estariam sujeitos a contribuição previdenciária.

Cumpra ainda salientar, acerca da cobrança do IRPJ e da CSLL sobre lucros no estrangeiro

em países com os quais o Brasil possua tratados sobre bitributação, que o CARF passou a adotar o posicionamento do STJ (REsp nº 1325.709), de acordo com o qual a tributação para estas situações deverá ser afastada.

Além disso, outra vitória do contribuinte envolve a mudança de posição do CARF acerca da tributação de bônus de contratação e sobre a participação nos lucros e resultados (PLR). Nesse sentido, a 2ª Turma da Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) decidiu pela não incidência da contribuição previdenciária sobre os PLRs feitos a diretores não empregados.

Apesar do exposto, é preciso apontar para o fato de que em algumas das referidas decisões, o presidente do Carf, Carlos Henrique de Oliveira, teve papel fundamental na definição de posicionamentos em favor do direito do contribuinte. Como a sua substituição pelo auditor Carlos Higino Ribeiro de Alencar foi anunciada em 05 de janeiro de 2023, é possível antecipar que os rumos dessa virada de posicionamentos do Carf podem vir a ser alterados de alguma forma, de maneira que talvez haja uma desaceleração na quantidade de “viradas jurisprudenciais” do conselho como ocorreu no ano passado.



## Programa “Litígio Zero” é lançado pelo Ministério da Fazenda

**T**rata-se de pacote de medidas econômicas anunciadas em 12 de janeiro de 2023 pelo atual Ministro da Fazenda, Fernando Haddad. De acordo com as informações reveladas, o pacote tem como objetivo principal diminuir e recuperar os processos administrativos no CARF. O valor dos litígios administrativos paralisados àquela altura somava cerca de R\$ 1 trilhão e 180 milhões.

A adesão ao programa ocorre por meio de processo digital no Centro de Atendimento Virtual da Receita Federal (e-CAC), sendo que o prazo terminará às 19h do dia 31 de março de 2023. Nele será permitida a renegociação de dívidas tributárias tendo como base a capacidade contributiva do devedor. Em contrapartida, este se compromete a desistir do ajuizamento de ações contra o Fisco ou de contestações no CARF.

Foram previstos descontos de 40 a 50 por cento sobre os valores devidos pelo contribuinte – pessoa física, micro e pequenas empresas – podendo haver o parcelamento em até 12

vezes. Entretanto, este benefício será restrito aos débitos até 60 salários-mínimos. Por outro lado, para os contribuintes cujos débitos forem superiores à quantia de 60 salários-mínimos, restará a possibilidade de descontos até 100% nos juros e multas.

Outra faceta relevante da medida do Ministério da Fazenda se caracteriza pela garantia, para as pessoas jurídicas incluídas, de utilização da base de cálculo negativa e prejuízos fiscais com o objetivo de quitação da dívida, limitada, no entanto, entre 52% e 70% do seu total.

Além disso, está previsto o encerramento dos Recursos de Ofício do CARF quando a quantia envolvida for abaixo de 15 milhões de reais, de forma que ao vencer em primeira instância, restará encerrado o processo administrativo, sem que a Receita recorra.

Segundo dados do próprio Ministério da Fazenda, o Programa será capaz de encerrar quase mil processos no Conselho, de forma que o órgão poderá concentrar seus esforços nos julgamentos que envolvam grandes quantias.



# Questões sobre o ISS das administradoras de cartão de crédito e operadoras de planos de saúde

A Lei Complementar nº 157, publicada em 30 de dezembro de 2016, trouxe diversas alterações na Lei Complementar nº 116/03, que dispõe sobre as normas gerais do ISS. Dentre as modificações, está a inclusão dos incisos XXIII a XXV no art. 3º da LC 116/03, estabelecendo que certos serviços passariam a ser devidos no local do domicílio do tomador do serviço, quais sejam:

- planos de saúde;
- planos veterinários;
- administração de fundos, consórcios, cartões de crédito e débito (e congêneres);
- arrendamento mercantil.

## Veto Presidencial

Inicialmente, tais alterações haviam sido vetadas pelo Presidente da República, mas os vetos foram derrubados pelo Congresso Nacional e a Lei foi republicada em 01º de junho de 2017. Assim, atendendo à anterioridade anual e nagesimal, o ISS poderia ser cobrado pelos Municípios dos tomadores dos serviços a partir de 01º de janeiro de 2018, desde que tais Municípios houvessem também editado suas próprias leis locais com a devida anterioridade.

Entretanto, a Confederação Wacional do Sistema Financeiro (CONSIF) e a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5835/DF, arguindo a inconstitucionalidade das alterações, por três fundamentos principais:

- (i) violação ao art. 156, III, da Constituição Federal, uma vez que haveria, implicitamente, a vinculação da competência municipal ao território no qual o serviço é prestado, o que não seria observado pelas novas regras inseridas com a LC 157/2016;
- (ii) imprecisão dos conceitos de “tomador do serviço” e “domicílio”, potencializando conflitos de competência com violação ao art. 146, I, CF) e representando inobservância aos princípios da legalidade e da tipicidade (art. 150, I, CF/88);
- (iii) violação ao princípio da proporcionalidade, à luz dos arts. 5º, caput e XXXII, 146, I e III, ‘a’, 146-A, 156, III e 170, caput, IV e parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988.

## Insegurança Jurídica

O segundo argumento (imprecisão dos conceitos de “tomador do serviço” e “domicílio”), de fato, tinha relevância, na medida em que as mudanças geravam dúvidas substanciais a respeito de quem seria efetivamente o tomador do serviço e, conseqüentemente, qual seria o Município competente para a cobrança.

Algumas dúvidas lançadas na inicial da ADI:

- (i) no caso de administração de consórcios, quem seria o tomador, o consorciado ou o grupo de consórcio?
- (ii) no caso de administração de fundo de investimentos, quem seria o tomador, o cotista ou o fundo?
- (iii) no caso dos planos de saúde coletivos

empresariais, quem seria o tomador, a sede da empresa contratante, as filiais da empresa contratante ou o domicílio dos beneficiários do plano?

Acolhendo especificamente esse argumento e admitindo que haveria grave insegurança jurídica e eventual possibilidade de dupla tributação, ou mesmo incoerência de correta incidência tributária, o Ministro Alexandre de Moraes concedeu a medida cautelar na ADI 5835, em 23 de março de 2018, suspendendo a eficácia do artigo 1º da LC 157/2016, na parte que modificou o art. 3º, XXIII, XXIV e XXV, e os parágrafos 3º e 4º do art. 6º da LC 116/03, bem como, por arrastamento, suspendendo a eficácia de toda a legislação local editada para a sua direta complementação.

## Desproporcionalidade da Alteração

Por fim, terceiro argumento discorre sobre a desproporcionalidade das medidas, pois trariam um custo operacional altíssimo para as empresas prestadoras dos serviços abrangidos, na medida em que precisariam se cadastrar em todos os Municípios nos quais os tomadores estejam domiciliados e observar as obrigações acessórias impostas por todos esses Municípios, com risco inclusive de redução da oferta dos serviços para determinadas localidades.

## O que é a LC 175/2020?

Trata-se de Lei Complementar que, em face do contexto exposto, busca resolver os problemas de insegurança jurídica no tocante ao esclarecimento de quem seria o tomador do serviço em cada hipótese e a questão dos altos custos de conformidade gerados pela Lei Complementar nº 157/2016.

Nesse sentido, a LC nº 175/2020 inseriu diversos parágrafos no artigo 3º da LC nº 116/03, esclarecendo, em cada caso, quem seria o tomador do serviço.

Estabeleceu, por exemplo:

planos de saúde ou de medicina e congêneres, o tomador do serviço é a pessoa física beneficiária vinculada à operadora, ainda que em plano coletivo empresarial (§6º);

Administração e gestão de fundos e clubes de investimento, o tomador é o cotista (§10);

Serviços de administração de consórcios, o tomador é o consorciado (§11).

## O que é a DEPISS (Declaração Padronizada do ISS)?

Para minimizar o custo operacional, a LC 175/2020 também criou um padrão nacional de obrigação acessória e um sistema eletrônico de padrão unificado em todo o território nacional, a ser desenvolvido pelo contribuinte (individual ou coletivamente) seguindo layouts e padrões definidos pelo Comitê Gestor de Obrigações Acessórias do ISSQN (CGOA).

Esse sistema deverá ser franqueado às Municipalidades, que ali cadastrarão algumas informações próprias, e o contribuinte deverá calcular o ISS proporcionalmente aos Municípios de domicílio dos tomadores dos seus serviços, devendo apresentar uma única declaração por meio desse sistema. Os Municípios proibidos de impor qualquer outra obrigação acessória com relação aos serviços abrangidos pela LC 175/2020.

No dia 13 de maio de 2022, o Comitê Gestor finalmente publicou a Resolução CGOA nº 04/2022, regulamentando a DEPISS (Declaração Padronizada do ISSQN) e disponibilizando as funcionalidades, os layouts e os parâmetros a serem seguidos para a confecção do sistema

Ocorre, no entanto, que após diversas extensões no prazo para implementação, houve mais uma prorrogação de 90 dias do prazo, por meio da Resolução CGOA nº 08/2023, publicada em 16 de janeiro de 2023.

Assim, por ora, a DEPISS ainda não é exigível, nem mesmo a utilização do sistema eletrônico unificado, que ainda está em fase de desenvolvimento pelos contribuintes e posterior homologação pelo CGOA.

### A nova regra já está eficaz?

Não. Embora a LC 175/202 tenha resolvido o problema da insegurança jurídica que embasou a decisão do STF, fato é que a medida cautelar não foi revogada.

Além disso, não há que se falar em perda de objeto da ADI, pois os incisos inseridos no art. 3º da LC 116/03 pela LC 157/2016 foram mantidos, e a LC 175/2020 apenas explicitou o seu sentido por meio de parágrafos.

Logo, a eficácia dos dispositivos inseridos no artigo 3º da LC 116/03 (e das legislações municipais correlatas) continua suspensa, de modo que o ISS relativo aos serviços de planos de saúde, administração de cartões, fundos e consórcios e arrendamento mercantil continuam sendo devidos, por ora, ao Município do estabelecimento prestador. Eventual cobrança por parte do Município do tomador é ilegal e pode ser objeto de questionamento.



### Opinião da sócia Raíssa de Almeida

“A ideia da Lei Complementar nº 157/2016 é boa, na medida em que tenta minimizar a injustiça fiscal referente ao recolhimento concentrado do ISS para os grandes Municípios.

Há um problema de praticabilidade que foi resolvido, em parte, pela LC 175/2020, ao prever um sistema eletrônico unificado no qual os Municípios deverão informar suas alíquotas e legislação pertinente, e ao estabelecer uma obrigação acessória unificada (a DEPISS), com exclusão de qualquer outra, o que reduz os custos de *compliance* para os contribuintes.

Contudo, um problema que ainda não vem sendo devidamente endereçado é o da multiplicidade de bases de cálculo a serem observadas, na medida em que cada Município tem uma interpretação a respeito do que configura o “preço do serviço”. O caso dos planos de saúde é emblemático, pois a dedutibilidade das despesas assistenciais nem sempre é reconhecida em sua totalidade. Assim, a alteração trará um custo de conformidade maior para esses prestadores, que deverão observar as regras de cada Município e, desejando, questionar cada uma delas perante o Poder Judiciário.”



# Fisco decide regulamentar concessão de benefício após confissão de dívida

Com a publicação INSTRUÇÃO NORMATIVA (IN) nº 2130 a Receita Federal regulamentou o benefício previsto no art. 3º da Medida Provisória nº 1.160, de 12 de janeiro de 2023. Trata-se de denúncia espontânea cuja validade está restrita a todas as fiscalizações cujo início se deu até o dia 12 de janeiro.

A medida de autorregularização faz parte do programa “Litígio Zero” da Receita Federal, lançado este ano. Ela poderá ser feita até 30 de abril de 2023, mediante abertura de processo digital no Portal e-CAC. As retificações e pagamentos poderão ser feitos até o dia 2 de maio de 2023, desde que os pedidos tenham sido abertos até a data limite de abertura do processo. Trata-se de medida incomum em nosso ordenamento, visto que a denúncia espontânea costuma ser permitida somente em momento anterior à fiscalização.

Nestes casos, no entanto, se ainda não houver auto de infração, será possível ao contribuinte que confesse a dívida durante a realização da fiscalização. Além disso, apenas serão acrescidos os juros de mora, não havendo, sobre os valores a serem pagos, a incidência de multas de mora ou de ofício.

Finalmente, cumpre atentar para o fato de que não estão incluídos neste benefício os microempreendedores, cadastrados no Simples Nacional, restringindo, portanto, o acesso para uma série de empresas atuantes em variados setores econômicos do país.



# Portaria reduz as atividades econômicas abrangidas em benefício fiscal do PERSE

O Governo Federal, através da portaria nº 11.266, publicada no dia 02/01/2022, reduziu o número de atividades econômicas enquadradas no benefício fiscal do PERSE (Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos).

O PERSE foi instituído pela Lei nº 14.148/2021, e traz uma série de medidas para redução das perdas no setor de eventos oriundas da Pandemia de COVID-19. Dentre as medidas, se destaca a *redução a zero* das alíquotas de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS sobre as receitas das atividades de eventos. O programa também prevê a possibilidade de parcelamento de dívidas de natureza tributária e relativos ao FGTS.

Em junho de 2021, a Portaria n.º 7163 listou as atividades do setor em dois grupos, exigindo que as empresas do Anexo II estivessem cadastradas regularmente como serviço de turismo junto ao governo federal, no “Cadas-tur”, à época da publicação da lei.

Em vista disso, houve a publicação da MP 1.147/2022, que restringiu a fruição do benefício fiscal com base no ato que define os códigos de atividades (CNAE). Esclarece, ainda, que teriam direito ao benefício fiscal apenas as receitas e resultados provenientes do setor de eventos, além de vedar a tomada de créditos de Pis e COFINS vinculados às receitas decorrentes do exercício das atividades beneficiadas.

Para regulamentar as alterações trazidas pela MP 1.147/2022, ocorreu, no mês passado, a publicação da Portaria nº 11.266/23 pelo governo federal, instituindo nova lista de códigos da CNAE abrangidos pelo Perse. Essa nova lista,

no entanto, tratou-se de verdadeira redução das atividades econômicas abrangidas pelo benefício, que passaram de, 88, previstas na Portaria nº 7163/21, para apenas 38 atividades.

A mencionada redução excluiu os CNAE de serviço de rebocadores e empurradores, bares, consultoria em publicidade, ensaio de dança, serviços de bufê, clubes, dentre outros, que antes eram contempladas pelo benefício fiscal do PERSE.

Impressiona os especialistas, no entanto, a falta de critério para algumas exclusões. Por exemplo, ficou mantido o CNAE de restaurantes, enquanto os CNAEs de bares e lanchonetes foram excluídos, o que pode ser considerada uma violação ao princípio constitucional da isonomia tributária.

Nesse sentido, é possível interpretar as alterações como majoração da carga tributária através da alteração do benefício fiscal, que deveria, ao menos para o IRPJ se submeter ao princípio da anterioridade do exercício financeiro. A impossibilidade de aproveitamento de créditos de PIS/COFINS terá como consequência financeira a redução do impacto do benefício fiscal.

Há quem entenda, em face da anterioridade tributária exigida pela legislação, que as empresas cujos CNAEs foram excluídos pela Portaria nº 11.266/22 sofreram verdadeira majoração tributária. Deste modo, as empresas atingidas poderiam ingressar com Mandado de Segurança para garantia da alíquota zero ao menos no período abrangido pelas regras da anterioridade.



## OAB e Governo Federal fazem acordo pela manutenção do voto de qualidade no CARF

**D**e acordo com o Pacote de Ajuste Fiscal anunciado em janeiro pelo Ministério da Fazenda, foi editada, em janeiro, a Medida Provisória (MP 1.160/23) para restabelecer o chamado “voto de qualidade”.

Até 2020 o voto de qualidade servia como mecanismo de desempate nas decisões do CARF e só podia ser dado por um representante do Fisco. O argumento utilizado para fundamentar o instrumento do voto de qualidade é fato de que as turmas de julgamento do Conselho são paritárias, com representantes do Fisco e dos contribuintes, sendo o número de julgadores sempre par.

Não obstante, a lei 13.988/20 extinguiu o voto de qualidade, estabelecendo que os empates seriam decididos a favor do contribuinte, cuja justificativa seria a busca de maior imparcialidade no julgamento dos processos administrativos fiscais. Entretanto, a referida Medida Provisória de fevereiro de 2023 reinstalou o voto de qualidade em favor do Fisco.

A alteração deste ano provocou descontentamento por parte dos contribuintes e dos especialistas na área, muitos dos quais enxergaram a volta do voto de qualidade como retrocesso, cujo resultado não será outro que não o aumento da judicialização dos casos que passam pelo Conselho.

Em vista disso, o Conselho Federal da OAB optou por ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7.347), pois a alteração da norma pela via da Medida Provisória iria de encontro à intenção do legislador de modernização da regra de julgamento no Carf, de acordo com a normativa constitucional. Ademais, a MP faria retornar uma norma incompatível com as garantias fundamentais dos contribuintes.

Contudo, após negociações, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Governo Federal fecharam acordo acerca do retorno do voto de qualidade no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), de forma a conter os possíveis danos causados ao contribuinte.

Em caso de empate nos julgamentos do Carf, o voto continuará a favor do Fisco, mas não haverá multa ao contribuinte. Com isso, a dívida a ser paga será acrescida apenas da taxa SELIC.

Além disso, pelo acordo, caso os débitos sejam pagos em até 90 dias após a sua manutenção pelo voto de qualidade, haverá o afastamento dos juros, e o pagamento poderá ser feito em até 12 parcelas, com a possibilidade adicional de utilização de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL, bem como de precatórios para amortização do saldo remanescente. Haverá ainda a possibilidade de transação tributária para os débitos inscritos em dívida ativa e decorrentes da perda pelo voto de qualidade.

Segundo Haddad: “Passamos a reconhecer o empate como uma coisa que coloca o contribuinte em uma situação que exclui a punibilidade. Se houver empate, a gente tem que levar em consideração o fato de que havia uma dúvida importante sobre aquele tributo, então cai a multa. Se ele pagar na esfera administrativa e resolver essa pendência, caem os juros. Se ele resolver judicializar, voltam os juros”.

A proposta do acordo foi enviada pelo Conselho Federal da OAB ao STF, tendo sido encaminhada ao Ministro Dias Toffoli, relator da já referenciada ADI ajuizada pela OAB para a derrubada da MP 1.160/23.

# Coisa julgada e os temas 881 e 885 de repercussão geral no STF

O Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de fevereiro deste ano, mudou o seu entendimento acerca da coisa julgada em matéria tributária, determinando a cessação da eficácia das decisões já transitadas em julgado a respeito de tributos recolhidos de forma continuada, quando o STF se pronuncie posteriormente em sentido contrário, em sede de controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (com Repercussão Geral).

O ocorrido se deu em sede de Repercussão Geral no julgamento dos Temas 885 (RE 955.227, Relator Min. Luis Roberto Barroso) e 881 (RE 949.297, Relator Min. Edson Fachin), nos quais o cerne da questão era delimitar os limites da coisa julgada em matéria tributária em relações de trato continuado, caso haja decisão posterior do STF em contrário em controle de constitucionalidade.

## O que se discutia no caso concreto?

Os referidos casos tratavam da possibilidade de cobrança, pela União, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de empresas que haviam obtido decisão transitada em julgado que lhes concedera o direito de não pagar o tributo em 1992.

Em que pese a ocorrência do trânsito em julgado daquelas decisões, no ano de 2007 o STF validou a cobrança da CSLL por meio da ADI 15, de modo que a Corte teve de se debruçar sobre o seguinte questionamento:

Tal entendimento deveria atingir as companhias que obtiveram decisão favorável transitada em julgado que reconhecia a inconstitucionalidade da CSLL e lhes garantia o não recolhimento do tributo?

## Qual a opinião do Min. Luis Roberto Barroso?

De acordo com o entendimento do Ministro Luis Roberto Barroso, a decisão de 2007 equivaleria à criação de um novo tributo para as empresas anteriormente protegidas pela coisa julgada, a partir da publicação da ata de julgamento. Deste modo, surgiria uma nova obrigação tributária para os contribuintes, desde que observadas a irretroatividade e as anterioridades aplicáveis ao caso.

Ademais, ainda fundamentou o Ministro que, de acordo com os postulados da igualdade e da livre concorrência, não seria possível manter o status definitivo em relação a fatos geradores posteriores à decisão de 2007. De outro modo seria mantida uma desproporcionalidade em relação aos contribuintes concorrentes daquelas empresas.

## O que ficou decidido? Houve modulação de efeitos?

Por fim, a Corte decidiu por unanimidade, que se o contribuinte for autorizado pela Justiça a deixar de pagar um tributo, mas o STF entender, em momento posterior, em controle concentrado de constitucionalidade ou em recurso extraordinário com repercussão geral, que a cobrança é devida, *haverá a perda daquele direito*.

Por seis votos a cinco, decidiu-se pela *não modulação dos efeitos*, sendo permitido ao Fisco a cobrança dos tributos não pagos a partir do julgamento que permitir a cobrança, respeitadas as anterioridades aplicáveis. Foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux,

Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e, em parte, o Ministro Nunes Marques, que propunham modulação.

### **Mas afinal, sem a modulação, as decisões em controle de constitucionalidade do STF retroagirão?**

De agora em diante, não. Segundo o STF, as decisões de controle de constitucionalidade em ação direta ou com repercussão geral interrompem os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado, porém respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e/ou a anterioridade nonagesimal (a depender do tributo).

Assim, supondo que uma decisão seja proferida pelo Plenário em 01/09/2023 asseverando a constitucionalidade de um tributo, e supondo que o contribuinte tenha uma decisão transitada em julgado em sentido contrário, o tributo só será exigível, em regra, em 01/01/2024.

Contudo, para as situações em que, na data do julgamento dos Temas 881 e 885 (08/02/2023), já havia tanto a decisão individual transitada em julgado quanto a decisão do STF em controle de constitucionalidade – como era o caso da CSLL –, será possível a cobrança retroativa do tributo a partir do exercício seguinte e/ou de 90 dias após o julgamento do STF em controle de constitucionalidade (a depender do tributo), respeitado o prazo decadencial.

Exemplo: CSLL

- Decisão transitada em julgado (não pagamento) - 1992
- Decisão do STF pela constitucionalidade da CSLL (ADI 15) - 2007
- Possibilidade de cobrança retroativa obedecida a noventena (caso já tenha havido lançamento) ou dos últimos cinco anos (caso não tenha ocorrido lançamento - prazo decadencial)



## Quais serão os impactos da decisão do STF no mercado?

Ainda não é possível mensurar o impacto econômico que será causado pelas decisões mencionadas. No entanto, uma série de empresas de grande porte, dentre elas o Grupo Pão de Açúcar, já se manifestaram, comunicando o ocorrido como fato relevante, cujas consequências envolvem prejuízos estimados em milhões de reais.

Segundo Nota Pública divulgada pela PGFN em seu site:

“Haverá muitos lançamentos diante de coisas julgadas inconstitucionais? [...] Muitas empresas certamente provisionaram valores e fizeram Nota Relevante ao mercado, informando aos acionistas que não pagavam um tributo que a Administração Tributária entendia devido. É necessário examinar cada situação concreta para se verificar os valores que, de fato, são devidos pelas empresas. “



### Opinião do sócio Marcello Leal

“Nada obstante o caso concreto versar sobre a incidência de CSLL, os fundamentos adotados na decisão proferida pelo do STF impactarão a cobrança de todos os tributos de trato sucessivo, ou seja, pagos continuamente e que sofreram mudanças jurisprudenciais ao longo dos anos, como por exemplo a questão envolvendo a incidência da Cofins pelas sociedades prestadoras de serviços.

Contudo, a derrota no julgamento de fevereiro de 2023 sobre a modulação dos efeitos da decisão pode não ser o último capítulo desta história. Muito provavelmente os contribuintes entrarão com embargos de declaração contra a decisão da modulação dos efeitos em função de omissão em relação à jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática de recurso repetitivo, no Tema 340. Naquela ocasião, o STJ sedimentou o entendimento de “o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade”.

Percebe-se, então, que houve nítida superação do entendimento firmado pelo STJ, que serviu durante anos como norte para que muitas empresas tomassem decisões estratégicas com relevante impacto em seu fluxo de caixa, justificando a necessária modulação dos efeitos da decisão.”

## Receita federal publica solução de consulta afirmando que empresa com participação societária no exterior pode optar pelo lucro presumido

Segundo orientação dada pela Receita Federal na Solução Consultiva nº 61, é permitido às empresas estrangeiras o recolhimento do IRPJ (Imposto de Renda) e CSLL tendo como base de apuração o regime de lucro presumido. Excetua-se, no entanto, as hipóteses em que o lucro real possua caráter obrigatório.

Resta, da leitura da resolução, que a manutenção do lucro presumido será garantida até o momento em que realizarem ganho de capital, lucro ou receita fora do país. Configura-se, deste modo, como hipótese vantajosa para empresas do setor de serviços.

A referida solução se deu em face da alegação de empresa administradora de imóveis que possui subsidiária no Canadá, que argumentava não ser suficiente, para alteração obrigatória do método de apuração dos tributos indicados (IRPJ e CSLL), o simples fato de possuir estabelecimento no exterior.

Diante disso, a RFB concordou com o alegado, fazendo ressalvas, todavia, para esclarecer

que a sujeição ao regime do lucro real fosse obrigatória a partir do momento em que a controlada passasse a auferir resultados positivos, ainda que não fossem distribuídos para a investidora.

Ademais, ainda de acordo com a Receita, restou esclarecido que o campo de preenchimento 020 da ECF (“Participações no Exterior”) deveria ser utilizado com base no lucro real, enquanto que as optantes pelo lucro presumido deveriam utilizar o registro Y590 (“Ativos no Exterior”).

É necessário atentar para o fato de que, excetuadas os empreendimentos cujo valor contábil no exterior a declarar for inferior a cem mil reais (R\$ 1000.000,00) o registro deverá ser preenchido por todas as empresas que possuam ativos no fora do território nacional.

Passam a ser beneficiadas, portanto, empresas que apesar de terem subsidiárias estabelecidas no exterior, estas se encontram funcionando em prejuízo.



# STF: julgamento acerca da constitucionalidade de fundos que limitam benefícios fiscais

**T**ramita no Supremo Tribunal Federal a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 5635, ajuizada pela CNI (Confederação Nacional da Indústria) para declarar a inconstitucionalidade na criação de fundos que limitam a utilização de benefícios fiscais.

No caso em comento, é questionada a legalidade das Leis Estaduais 7.428/2016 e 8.645/2019, do estado do Rio de Janeiro. Os referidos diplomas normativos criaram o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) assim Fundo de Orçamento Temporário (FOT), que substituiu o primeiro em 2019.

A finalidade das referidas leis seria o aumento da arrecadação para facilitar a recuperação das finanças do estado, mas como consequência diminuíram os benefícios fiscais concedidos para diversas empresas. Isso porque os fundos criaram arrecadação para o ente federativo no valor, vinculando o aproveitamento de benefícios fiscais ao pagamento do percentual de 10% do ICMS

Além disso, impressiona o fato de que, no caso em comento, as normas criadas pelo estado do Rio de Janeiro passaram a retroagir, de modo que afetaram até mesmo benefícios fiscais concedidos anteriormente.

Um dos setores mais afetados é a indústria petrolífera, pois para aderir ao regime especial de tributação do setor de petróleo (Repetro), se faz necessário que as companhias renunciem a devolução do ICMS a qual teriam direito.

Há, no entanto, de se observar que o Convênio Confaz nº 42/2016 teria permitido, para garantia da saúde financeira dos estados, a criação de condições para a fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS ou a redução do seu montante, o que justificaria, em última instância, fundos dessa natureza.

Não obstante, a CNI argumenta, na inicial da ADI, que se trata de instituição de nova espécie tributária, o que violaria a competência exclusiva da União e a reserva de lei complementar (inconstitucionalidade formal), constituindo verdadeiro “empréstimo compulsório estadual”. Além disso, a CNI afirma haver descumprimento da norma constitucional que veda a vinculação de receita de imposto a fundo (art. 167, IV); violação da segurança jurídica, com descumprimento da Súmula 544 do STF, já que a lei afeta os benefícios já concedidos sob condição onerosa e com prazo certo; violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e, por fim, inobservância das anterioridades anual e nonagesimal.

Ocorre que o Ministro André Mendonça pediu vista em maio de 2022, tendo retornado o processo para julgamento apenas em data recente, com inclusão para julgamento virtual no período de 17/03/2023 a 24/03/2023.

O relator no caso, Ministro Luís Roberto Barroso já se manifestou seu voto nos autos, acatando parcialmente os pedidos da inicial para declarar a inconstitucionalidade das referidas leis e, conseqüentemente, dos fundos (FEEF e FOT). Ocorre, no entanto, que o julgamento se encontra suspenso desde o dia 13 de maio de 2022, quando houve pedido de vista pelo Ministro André Mendonça.

É preciso, portanto, atenção para novos andamentos sobre o caso, cujas conseqüências para o contribuinte e para as receitas dos estados, principalmente no que se refere ao estado do Rio de Janeiro, serão bastante relevantes. Cabe agora aguardar o julgamento do STF, que tem a possibilidade de corrigir as possíveis ilegalidades apontadas no caso.

## MP 1.152/22 altera regras sobre “transfer pricing” de acordo com diretrizes da OCDE

No Brasil, a normativa acerca dos preços de transferência de bens ou serviços entre unidades da mesma empresa foi estabelecida em 1996 e permaneceu sem modificações até o final do ano passado, quando, em 29 de dezembro, foi editada a Medida Provisória 1.152/2022.

O preço de transferência, ou “transfer pricing” nada mais é do que uma demonstração de natureza tributária, para comprovar o preço praticado em operações realizadas com empresas do mesmo grupo, mas sediadas em países distintos. Em casos de importação e exportação, por exemplo, o preço de transferência será o valor cobrado pelo produto entre as empresas coligadas.

Logo, tendo em vista a posição de destaque do Brasil como potência econômica mundial, o executivo publicou a supramencionada Medida Provisória com a intenção de alinhar as normas de “transfer pricing” brasileiras conforme as diretrizes da OCDE, de forma a impactar positivamente os fluxos econômicos envolvendo empresas multinacionais sediadas no país, ou com atuação em território nacional.

A MP 1.152 tem votação prevista para abril deste ano, e contém diversas alterações relevantes para o Direito Tributário nacional. A mais relevante, no entanto, se consubstancia na introdução do princípio “arm’s length”, o qual exige acordo mútuo, para entidades re-

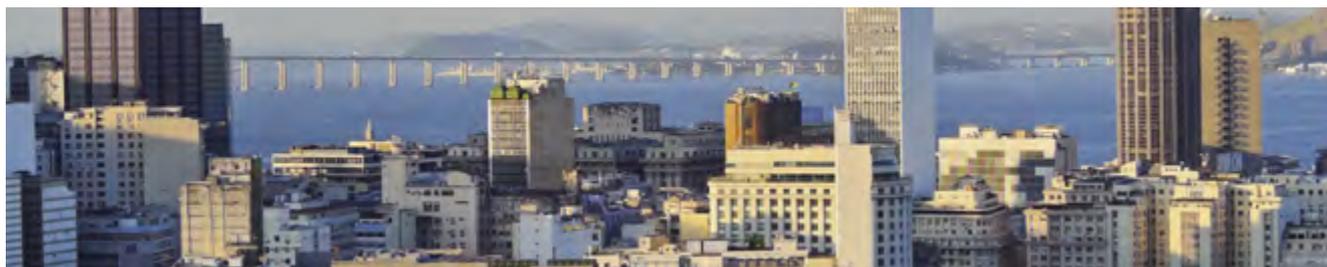
lacionadas, em termos e condições idênticos aos praticados nas transações com entidades não relacionadas para transações não controladas comparáveis.

Deste modo, a medida busca evitar abusos e a elisão tributária por meio de práticas de preços de transferência, conforme o Projeto “Base Erosion Profit Shifting” (BEPS) organizado pelo G20 em conjunto com a OCDE.

Além de representar uma tendência de compatibilização com as práticas internacionais, caso haja incorporação definitiva à normativa tributária brasileira, a MP prevê a possibilidade de celebração de *Advance Pricing Arrangements* (APAs) pela Receita Federal do Brasil.

Tais acordos envolvem os critérios a serem adotados, durante certo período, para definir os valores adequados dos preços de transferência. As intenções da alteração são benéficas, cujo potencial é conferir maior segurança jurídica e previsibilidade ao tema, além de diminuir o contencioso administrativo e judicial.

Resta aguardar, portanto, a votação em abril, com possível conversão do texto em lei e consequente necessidade da criação de Decreto Regulamentador para o tema. É certo dizer, finalmente, que a tentativa de alinhar o posicionamento brasileiro às diretrizes da OCDE terá impacto significativo na Economia e Finanças do Brasil.



Estamos à disposição para dúvidas e esclarecimentos sobre a aplicação e aderência dos julgados e notícias veiculados neste informativo para a empresa.



(21) 98705-9438  
[contato@almeidaleal.adv.br](mailto:contato@almeidaleal.adv.br)



(21) 3529-1076  
[atendimentorj@irko.com.br](mailto:atendimentorj@irko.com.br)



*O Informativo é uma publicação conjunta da IRKO e Almeida & Leal Advogados de cunho meramente informativo e não contempla toda a legislação e a jurisprudência referente ao seu período de publicação, sendo apresentados de forma resumida e não possuem natureza de opinião legal do nosso time de especialistas. Assim, a tomada de decisões estratégicas com base nas informações aqui contidas deve estar sempre acompanhada da orientação de contadores e advogados da empresa. Aconselhamos, ainda, que seja verificada quando da leitura deste material eventuais alterações que posteriormente a jurisprudência dos tribunais possam ter adotado. Todos os direitos autorais reservados à IRKO e Almeida & Leal Advogados. Permitida a reprodução desde que seja citada a fonte. Todos os direitos reservados.*