

BOLETIM TRIBUTÁRIO

Fevereiro de 2023

Destaque Temas 881 e 885

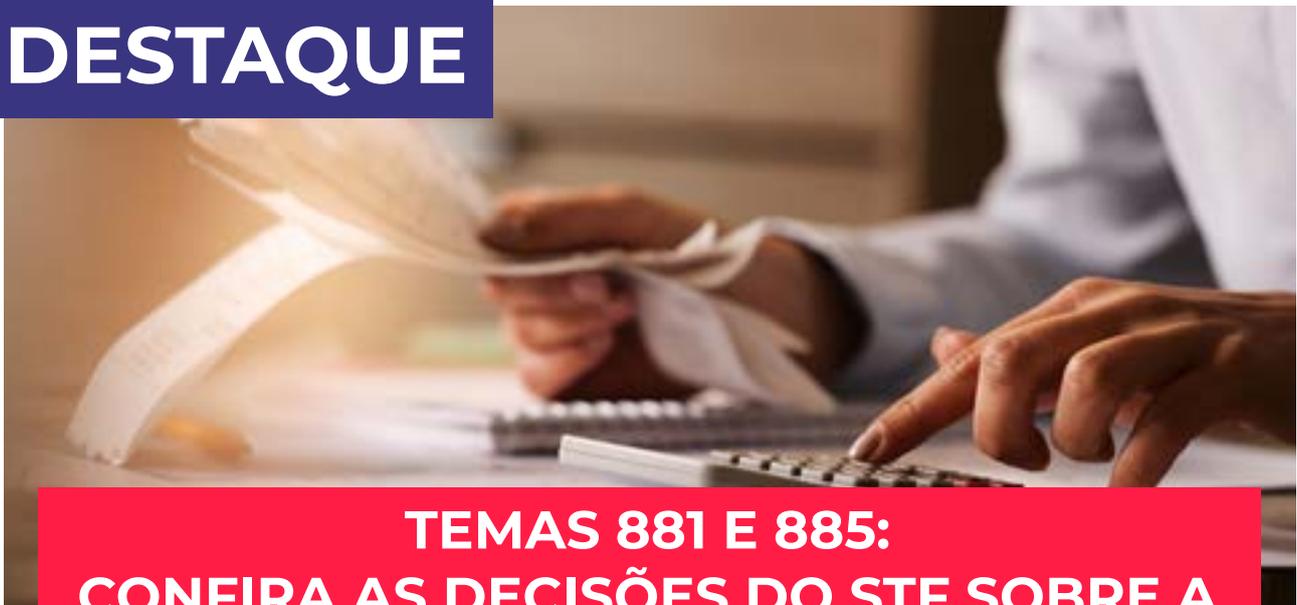
Decisões do STF sobre a “coisa julgada” tributária. Pág. 2

Novidades legislativas

Novidades legislativas de destaque que envolvam a União, Estados e Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro. Pág. 3

Por dentro dos tribunais

STF suspende a exclusão da TUST e TUSD no cálculo do ICMS e STJ confirma que contribuição previdenciária patronal deve incidir sobre descontos de vale-transporte e vale-alimentação, entre outros julgados. Pág. 8



TEMAS 881 E 885: CONFIRA AS DECISÕES DO STF SOBRE A “COISA JULGADA” TRIBUTÁRIA

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nos Temas 881 e 885 da repercussão geral no sentido de que a coisa julgada – que declara a inconstitucionalidade de norma relativa a obrigações tributárias de trato continuado – será relativizada quando a norma for posteriormente declarada constitucional pelo STF.

Nos Temas 881 e 885, o STF decidiu que as decisões proferidas em ação de controle concentrado ou com repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado.

Veja abaixo a tese firmada pelo STF nos dois temas:

“1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.

2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.”

Assim, em caso de decisão judicial transitada

em julgado, que tenha afastado a incidência de determinado tributo incidente nas relações tributárias de trato sucessivo, posteriormente julgado constitucional pelo STF, o impacto do referido entendimento é uma perda de eficácia da referida coisa julgada.

O novo entendimento do STF deverá ser aplicado desde o momento em que o STF reconheceu a constitucionalidade da norma, observado as regras da irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal. Em outros termos, o novo entendimento do STF:

(i) passa a valer desde o momento em que publicada a ata de julgamento com o novo entendimento do STF, sendo vedada sua aplicação retroativa;

(ii) se o novo entendimento for referente a impostos, o fisco poderia passar a exigir o imposto a partir do ano seguinte ao do novo entendimento do STF (anterioridade anual);

(iii) se o novo entendimento for referente a contribuições sociais (PIS, COFINS, CSLL), o fisco poderia passar a exigir as contribuições após 90 dias do novo entendimento do STF (anterioridade nonagesimal).

O STF não modulou os efeitos da decisão objeto dos Temas 881 e 885, de tal maneira que, a princípio, a tese firmada nos referidos Temas deverá ser observada retroativamente.



1. RFB disciplina opção para as novas regras de preço de transferência

A RFB publicou a IN/RFB nº 2.132/2023 disciplinando a opção do contribuinte pela aplicação das novas regras de preços de transferência previstas na Medida Provisória (MP) nº 1.152/2022 às transações controladas realizadas no ano-calendário de 2023.

De acordo com a IN/RFB, a opção será formalizada entre 1º e 30 de setembro mediante apresentação de formulário específico para este fim anexo à instrução normativa através de abertura de dossiê digital no e-CAC. Em caso de extinção da pessoa jurídica no período de janeiro a agosto de 2023, a opção deverá ocorrer no mês da extinção.

A opção efetuada nos termos da IN/RFB nº 2.132/2023 será irrevogável e acarretará, a partir de 1º de janeiro de 2023, a observância dos arts. 1º a 45 e dos efeitos do art. 47, todos na MP nº 1.152/2022.

2. RFB regulamenta a autorregularização de passivos tributários

Conforme noticiamos no nosso Boletim de janeiro, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.160/2023, prevendo a hipótese de exclusão da multa de mora e da multa de ofício

nas hipóteses em que o contribuinte, até 30 de abril de 2023, confesse e, concomitantemente, efetue o pagamento do valor integral dos tributos devidos, após o início do procedimento fiscal e antes da constituição do crédito tributário.

Em fevereiro, a RFB editou a IN/RFN nº 2.130/2023, regulamentando a opção do contribuinte pela autorregularização acima mencionada, que deverá ser formalizada mediante abertura de processo digital no Portal do Centro Virtual de Atendimento (Portal e-CAC).

O processo digital deverá, inicialmente, ser instruído com o formulário “Comunicado da Opção pela Autorregularização” constante do Anexo Único à Instrução Normativa, devendo ser aberto até o dia 30 de abril de 2023 ou até a ciência do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento, o que ocorrer primeiro.

O processo digital deverá ser aberto para cada procedimento fiscal que se pretenda regularizar.

Após a abertura do processo digital, o contribuinte deverá retificar e transmitir as declarações correspondentes ao débito retificado, notadamente DIRPF, DITR, DCTF ou DCTFWeb e GFIP. Também deverão ser retificadas as escriturações que serviram de base para os lançamentos retificados.

O pagamento do débito retificado, incluindo os juros de mora, deverá ser feito através de DARF emitido com o respectivo código de receita do tributo, com o auxílio do sistema Sicalc e opção “Pagamento da Medida Provisória nº 1.160, de

2023”, ou Guia da Previdência Social (GPS), conforme o caso.

3. RFB esclarece que loteamento caracteriza incorporação imobiliária para fins de adesão ao Regime Especial de Tributação (RET)

A RFB esclareceu que o parcelamento do solo para fins de loteamento caracteriza incorporação imobiliária para fins de adesão ao RET, desde que a venda dos lotes esteja vinculada à construção de casas isoladas ou geminadas. Este entendimento se aplica a partir de 28 de junho de 2022, data da publicação da Lei nº 14.382/2022.

Este foi o entendimento da RFB apresentado na Solução de Consulta nº 24, de 20.01.2023.

O RET é um regime de pagamento unificado de tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), que permite que cada incorporação submetida ao RET fique sujeita à alíquota combinada de 4% sobre as receitas mensais recebidas, a qual corresponderá ao pagamento mensal de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

4. Simples Nacional. Valores recebidos por doação, com encargos, e potencial requalificação como prestação de serviços

A RFB esclareceu que os valores recebidos a título de doação por empresas optantes do Simples Nacional não são tributados no referido regime por não se qualificar no conceito de receita bruta previsto no §1º art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006. Este entendimento foi manifestação na Solução de Consulta COSIT nº 23/2023.

A RFB ressaltou as hipóteses em que a doação é realizada com encargo pelo donatário. Nessas hipóteses, se o encargo ultrapassar o limite de mero encargo e se qualificar como uma efetiva contraprestação, o contrato de doação deverá ser requalificado como contrato de prestação de serviços. Conseqüentemente, os

valores recebidos a título de doação passarão a ser tributados no âmbito do Simples Nacional.

5. RFB analisa requisitos para o reconhecimento da isenção sobre receitas de associações civis sem fins lucrativos

A RFB analisou os requisitos para o reconhecimento da isenção da COFINS sobre as receitas das atividades próprias desenvolvidas por associação civil sem fins lucrativos. De acordo com a RFB, manifestado na Solução de Consulta nº 6.001/2003:

- a) a expressão “atividades próprias”, cujas receitas seriam isentas, “denota o conjunto de serviços ou ações desempenhados pela pessoa jurídica no seu âmbito de atuação”, exigindo-se, contudo, coerência entre a finalidade do ente e a atividade por ele desenvolvida.
- b) não basta haver previsão para o exercício de determinada atividade no estatuto da entidade, é necessário também haver coerência com os objetivos da instituição, sob pena de desvio de finalidade.

Além disso e acolhendo uma mudança de interpretação, a RFB também considerou como receitas derivadas das atividades próprias da entidade aquelas decorrentes do exercício da sua finalidade, ainda que auferidas em caráter contraprestacional (mediante contrato bilateral e remuneração) e prestadas para associados ou não associados.

6. RFB analisa tomada de créditos de PIS e COFINS em operações *back-to-back*

A RFB examinou a possibilidade de tomada de créditos de PIS e COFINS na aquisição de mercadorias no exterior em operações de *back-to-back*, concluindo pela impossibilidade da tomada de crédito nessas operações. A resposta veio na Solução de Consulta COSIT nº 31/2023.

As operações *back-to-back* ocorrem quando

uma empresa brasileira adquire uma mercadoria no exterior e solicita a remessa, por sua conta e ordem, da mercadoria diretamente do fornecedor diretamente para o seu cliente também localizado no exterior, sem que a mercadoria transite fisicamente pelo território nacional.

No passado, a RFB já havia manifestado o entendimento de que as receitas decorrentes das vendas de mercadoria em operações *back-to-back* não se enquadrariam no conceito de receitas de exportação, diante da ausência de saída física da mercadoria do território nacional (Solução de Consulta nº 306/2017).

Considerando este posicionamento anterior, que afirmava a tributação pelo PIS e pela COFINS das receitas nas vendas em operações *back-to-back*, o contribuinte interessado formulou consulta buscando esclarecer se as despesas incorridas com a aquisição das mercadorias nessa operação triangular gerariam créditos dessas contribuições.

A RFB manifestou o entendimento de que, como as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003 exigem que as despesas tenham sido incorridas com empresas localizadas no Brasil, não seria admitido o direito de crédito de PIS e COFINS pela aquisição das mercadorias no exterior em operações *back-to-back*.

7. RFB altera posicionamento sobre percentuais de presunção de lucro sobre receitas de licenciamento de software (e, indiretamente, sobre os percentuais das estimativas mensais de IRPJ/CSLL para as empresas optantes do lucro real)

A RFB alterou seu posicionamento sobre os percentuais de presunção de lucro aplicáveis sobre as receitas de licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computador, ainda que padronizados ou customizados em pequena extensão.

Na Solução de Consulta COSIT nº 36/2023, a RFB esclareceu que o percentual de lucro sobre as receitas das referidas atividades é de 32% previsto para prestação de serviços, tanto para

fins de IRPJ, quanto de CSLL.

Com este posicionamento, a RFB altera sua posição que havia sido manifestada quando das Soluções de Consulta nº 123/2014 e 269/2019, no sentido de que os percentuais de presunção de lucro aplicáveis às referidas atividades seriam de 8% para o IRPJ e de 12%, para a CSLL, aplicáveis aos casos de venda de mercadoria.

A mudança de posicionamento da RFB se deu em função dos julgamentos pelo STF das ADIs nº 1945 e 5659, que afastaram a incidência do ICMS sobre negócios jurídicos realizados com programas de computador customizados ou de prateleira, revelando em qualquer caso uma obrigação de fazer caracterizadora de prestação de serviço.

Cabe notar que a Solução de Consulta nº 36/2023 afirma que o novo posicionamento, com a nova orientação dos percentuais a serem aplicados, também deverá ser observado na determinação da base de cálculo mensal estimada pelas pessoas jurídicas que adotam o regime de tributação com base no lucro real com pagamento mensal.

O novo entendimento apenas passará a ser adotado a partir de 15 de fevereiro de 2023, data da publicação da Solução de Consulta nº 36/2023.



ESTADOS

RIO DE JANEIRO

1. Prorrogação de benefício fiscal para o setor atacadista

O estado do Rio de Janeiro formalizou, pelo Decreto nº 48.350/2023, a prorrogação para 31.12.2032 dos efeitos do regime diferenciado de tributação para o setor atacadista, disciplinada pela Lei nº 9.025/2020 e regulamentada pelo Decreto nº 47.437/2020.

A alteração do prazo do benefício já havia sido implementada pela Lei Estadual nº 9.945, editada em 29 de dezembro de 2022. O Decreto nº 48.350/2023 acima comentado replica esta prorrogação também a nível de regulamento, ao alterar o prazo-limite que constava do Decreto nº 47.437/2020.

SÃO PAULO

1. Governo de São Paulo altera benefícios fiscais de ICMS

Foram publicados 11 novos decretos pelo Governo do Estado de São Paulo instituindo incentivos fiscais para diferentes setores. Dentre os beneficiados, destacam-se os seguintes:

Petróleo e gás (Decreto nº 57.524/2023)

- Redução de carga tributária na importação de bens permanentes admitidos em Repetro-Sped, de tal maneira que a carga tributária seja 3% (e não mais 3,6%);
- Ampliação do prazo de vigência do benefício para 31 de dezembro de 2024.

Energia elétrica (Decreto nº 57.521/2023)

- Extensão da isenção do ICMS na geração distribuída aos casos de geração compartilhada e autoconsumo remoto, bem como a centrais geradoras de energia elétrica solar

fotovoltaica com potência instalada de até 5 MW.

Informática (Decreto nº 57.522/2023)

- Acrescenta os equipamentos abaixo indicado aos quais se aplica o regime especial instituído pelo Decreto 51.624/2007, que permite ao estabelecimento fabricante optar, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos, pelo crédito presumido nos percentuais indicados no Decreto nº 51.624/2007 (até 80,1% do imposto devido):

(i) unidades de processamento digital de grande capacidade - 8471.50.30;

(ii) unidades de armazenamento com unidades de memórias de estado sólido (Storage SSD Solid-State Drive) - 8471.70.40;

(iii) unidades de armazenamento com unidades de memórias de tecnologias combinadas da subposição 8471.70 (Storage Híbrido) - 8471.70.40.

Tratamento de Dados e Provedores de serviços de Hospedagem (Decreto nº 67.516/2023)

- Inclusão nas hipóteses de suspensão, diferimento e isenção do ICMS previstas no Decreto nº 54.771/2020 do item “transceptor óptico do tipo SFP/QSFP+/QSFP28 utilizado em aplicações com fio para comunicação em aparelhos de rede de dados em ambiente de data center”, classificado no código 8517.62.59 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM.

Saúde

- Isenção do ICMS nas operações com o medicamento Trikafta (princípios ativos Elexacaftor, Tezacaf-tor e Ivacaftor), classificado no código 3004.90.69 da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, destinado ao tratamento da Fibrose Cística – FC, conforme autorizado pelo Convênio ICMS nº 174/2021.

Alimentício

Leite Vegetal - Decreto nº 67.517/2023

- Redução de base de cálculo do imposto incidente na operação interna com leite vegetal de aveia, bebida vegetal à base de aveia, não alcoólica, não fermentada, pronta para consumo, classificada no código 2202.99.00 da Nomenclatura Comum do Mercosul-NCM, de forma que a carga tributária seja equivalente à aplicação do percentual de 7% (sete por cento).

Bebidas à base de soja – Decreto nº 67.518/2023

- Inclusão das bebidas alimentares prontas à base de soja, leite ou cacau, inclusive os produtos denominados bebidas lácteas, e néctares de fruta - código 2202.99.00, nas hipóteses de redução de base de cálculo nas operações de saídas internas realizadas por estabelecimento fabricante ou atacadista, de forma que a carga tributária do ICMS seja de 12% (doze por cento).

Farelos – Decreto nº 67.519/2023

- Diferimento do ICMS nas operações internas realizadas com sementes de soja, farelos e tortas de soja, cascas e farelos de cascas de soja e sojas desativadas e seus farelos.

Ativo imobilizado para fabricante de sucos de fruta (Decreto nº 67.520/2023)

- Diferimento do ICMS na aquisição interna e suspensão do imposto na importação de máquinas e equipamentos destinados a integrar o ativo imobilizado de estabelecimentos fabricantes de sucos de fruta e sucos mistos com percentual mínimo de 70% (setenta por cento) de suco e água oriunda apenas do processo de extração de sucos de vegetais, envazados e prontos para consumo.

Ampliação de termo final de incentivo até 31 de dezembro de 2024

- Biodiesel – Crédito outorgado nas

operações de saídas internas com biodiesel;

- Serviço de Transporte (Exportação) – Isenção na prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal de mercadoria destinada à exportação;
- Partes e peças para fabricação de trator, caminhão e ônibus – isenção nas saídas internas de partes e peças específicas diretamente a estabelecimento fabricante de trator, caminhão ou ônibus, e respectivos chassis;
- Gado – isenção nas saídas internas de gado de qualquer espécie promovida por estabelecimento rural com destino ao estabelecimento abatedor.



POR DENTRO DOS TRIBUNAIS



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Liminar suspende exclusão da TUST e da TUSD na base de cálculo do ICMS

O ministro Luiz Fux decidiu na ADI nº 7.195 pela suspensão do dispositivo da Lei Complementar 194/2022 que previa a exclusão das tarifas de uso do sistema de distribuição de energia elétrica (TUSD) e a tarifa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica (TUST) da base de cálculo do ICMS.

O fundamento foi o de que a União Federal, em análise preliminar, teria invadido competência dos estados para dispor sobre a base de cálculo do ICMS nas operações com energia elétrica.

A referida liminar foi proferida em fevereiro de 2023, porém foi confirmada pelo Plenário no dia 03 de março deste ano.

2. PIS e COFINS sobre receitas de venda de frete para *trading companies*

O STF reconheceu não incidir PIS e COFINS sobre as receitas de frete para empresas *trading companies* em função da imunidade tributária prevista no art. 149, parágrafo segundo, inciso primeiro, da Constituição Federal. De acordo com o ministro Alexandre de Moraes, que inaugurou a tese vencedora, a imunidade

abrangeria toda a cadeia de produção da exportação, incluindo o frete. A notícia foi trazida em primeira mão pelo Portal JOTA¹.

3. STF valida regras sobre prescrição intercorrente na execução fiscal

O STF reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Execuções Fiscais (LEF) que tratam sobre a prescrição intercorrente no processo de execução fiscal, bem como definiram o marco inicial da contagem do prazo para a Fazenda Pública localizar bens do executado. A discussão ocorreu no RE nº 636.562.

A prescrição intercorrente implica a extinção do crédito tributário após a execução fiscal ter sido arquivada por mais de 5 anos. Antes do arquivamento, o processo é suspenso por 1 ano, após não terem sido localizados bens para penhora.

Os ministros debateram se os dispositivos da LEF (Art. 40, caput e parágrafo quarto) deveriam ter sido editados por Lei Complementar, ao invés de por meio de lei ordinária. O ministro Luís Roberto Barroso, relator, votou pela validade dos dispositivos, sob o fundamento de que a LEF apenas replicou o modelo de prescrição ordinária já estabelecido por lei

¹ <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stf-afasta-pis-cofins-sobre-frete-para-trading-companies-23022023>

complementar (Art. 174 do CTN) para a prescrição intercorrente. Além disso, Barroso argumentou que o prazo de suspensão de 1 ano não demandaria de Lei Complementar, pois de natureza processual.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



1. STJ confirma contribuição patronal sobre descontos de vale-transporte e vale-alimentação

A 2ª Turma do STJ decidiu que a contribuição previdenciária patronal incide sobre o valor bruto da remuneração, não devendo haver a exclusão dos descontos de vale-transporte e vale-alimentação. O STJ argumentou ainda que tais verbas não estão previstas em Lei como excluídas do salário-de-contribuição. A mesma 2ª Turma já havia adotado o mesmo posicionamento no ano de 2020, quando da análise do AREsp nº 1623850/RJ.



SÓCIOS DA ÁREA TRIBUTÁRIA



João Agripino Maia
jmaia@svmfa.com.br



Rodrigo Pinheiro
rpinheiro@svmfa.com.br



SCHMIDT VALOIS
Schmidt•Valois•Miranda•Ferreira•Agel



Rio de Janeiro

Rua Humaitá, 275, 14º andar
Edifício Lagoa Corporate,
Humaitá
Rio de Janeiro - RJ
22261-005
Tel.: +55 21 2114.1700

São Paulo

Avenida Horácio Lafer, 160,
sl. 22, Itaim Bibi
São Paulo – SP
04538-080
Tel: +55 11 4550.1800

Brasília

SAS, Quadra 4, Bloco A,
Edifício Victoria Office Tower,
Conjuntos 1122/1123, Asa Sul,
Brasília – DF
70070-938