



Entendimento dos Tribunais



O julgamento será retomado em data futura para voto do ministro Nunes Marques, ocasião em que o STF também deverá definir os efeitos temporais da decisão e fixar a sua posição final sobre essa matéria.

Julgamento acerca da incidência de ITCMD sobre herança ou doação no exterior é iniciado pelo STF

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Tema nº 825 (Recurso Extraordinário nº 851.088/SP), no qual se discute a constitucionalidade de dispositivos da Lei Paulista nº 10.705/2000, que regulamentam a cobrança do ITCMD sobre herança ou doação no exterior.

Segundo a lei em discussão, o ITCMD alcançaria tanto as hipóteses em que o doador reside ou tem domicílio no exterior, quanto as hipóteses em que o de cujus possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado no exterior.

O debate surgiu no contexto da Constituição de 1988, que prevê a necessidade de Lei Complementar Federal para regulamentação da cobrança do ITCMD nos casos acima. Segundo o argumento invocado pelos contribuintes, os estados e o Distrito Federal não podem usurpar essa competência, editando leis estaduais esparsas, como fez o estado de SP.

Já o Fisco Estadual alega que, diante da omissão do legislador federal competente, os estados podem legislar de forma "plena" com base no artigo 24, § 3º, da Constituição, e no artigo 34, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O relator do acórdão, ministro Dias Toffoli, proferiu voto reconhecendo, inicialmente, que a Constituição Federal atribuiu o exercício da mencionada competência plena pelos estados. Todavia, ressaltou que ela abrange apenas "peculiaridades" atinentes às respectivas Unidades Federativas, e não questões tributárias nacionais, que envolvam todos os Entes Federados – como é o caso do ITCMD em questão.

Dessa forma, o relator concluiu que, embora a Constituição de 1988 atribua aos estados a competência para a instituição do ITCMD (art. 155, I), também a limita, ao estabelecer que cabe a lei complementar, e não a leis estaduais, regular tal competência em relação aos casos em que o "de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior" (art. 155, § 1º, III, b).

Assim, definiu que os dispositivos da Lei Paulista nº 10.705/2000 questionados no RE devem ser entendidos como normas de eficácia contida, pois dependentes de lei complementar para operar seus efeitos. Ou seja, o voto atenderia ao pleito dos contribuintes.

Surpreendentemente, porém, o relator propôs a modulação dos efeitos para que a cobrança do ITCMD sobre heranças e doações no exterior somente não seja mais possível a partir da data de publicação do acórdão, resultado do julgamento em questão. Ou seja, na prática, todos os contribuintes que ingressaram com ações semelhantes, requerendo a extinção da cobrança, não teriam seu pedido deferido.

O primeiro a votar foi o ministro Edson Fachin, acompanhando o relator. Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos, suspendendo o julgamento sem marcação de nova data, e com placar de 2 a 0 pela extinção da cobrança, mas com modulação de efeitos.

Vale destacar que o Brasil não possui tratados internacionais para evitar a dupla tributação sobre a herança de seus residentes fiscais, transmitida ou localizada em outro país. Em verdade, há relativamente poucos tratados sobre o tema em vigência no mundo, em comparação com aqueles para evitar a dupla tributação da renda.

Ou seja, com a manutenção do ITCMD sobre os fatos geradores do passado (modulação de efeitos), não é possível evitar a dupla tributação da herança caso outro país venha a tributá-la juntamente com os estados brasileiros.

STF declara inconstitucional substituição tributária do setor de energia elétrica sem base legal

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o decreto paulista que centraliza nas distribuidoras a cobrança do ICMS sobre a comercialização de energia elétrica no mercado livre. O julgamento virtual da ADI nº 4281, apresentada em 2011 pela Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia (ABRACEEL), foi concluído em 09/10/2020.

O julgamento tinha sido suspenso no início de setembro por um novo pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski. O placar final foi de 8 x 2 em favor dos contribuintes, com votos contrários dos ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio Mello.

Na ação, a ABRACEEL afirmava que o artigo 425 do Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo (com redação dada pelo Decreto nº 54.177/2009) instituiu regime de substituição tributária sem previsão legal, em violação à Constituição Federal, que permite às distribuidoras terem acesso ao preço praticado pelos vendedores de energia no Ambiente de Contratação Livre. afirmou, ainda, que a distribuidora de energia, substituta tributária, não possuía relação direta com o fato gerador, sendo apenas responsável pela entrega da energia ao consumidor livre.

Embora a decisão seja específica para o estado de São Paulo, a tese firmada pelo STF pode eventualmente ser aplicada aos estados que aderiram ao Convênio nº 77/2011, que prevê que a distribuidora pode ser eleita como substituta tributária, e não editaram lei em sentido estrito para a sua aplicação.



TRF da 4ª Região começa julgamento de caso emblemático de ágio interno

A 2ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região começou, no final de setembro, o julgamento do recurso de apelação nº 5058075-42.2017.4.04.7100, que discute atuação de IRPJ e CSLL, decorrente de glosa de despesas de amortização de ágio gerado em reorganização societária de grupo empresarial nos anos de 2004 e 2005.

No entendimento das autoridades fiscais, "O contribuinte faz parte de um grupo econômico de pessoas jurídicas que realizou operações de reorganização societária (subscrição de capital, incorporação e cisão). A combinação dessas operações gerou um ágio que teve reflexos na apuração do Imposto de Renda e da Contribuição Social do período sob fiscalização. O registro contábil e a amortização desse ágio são indevidos, por se tratar de ágio gerado internamente, ou seja, dentro do mesmo grupo econômico. Nesta ação fiscal foram lançados o IRPJ e a CSLL devidos pelo contribuinte, considerando os efeitos do ágio indevidamente aproveitado, conforme registrado em seus livros fiscais e contábeis".

Nos casos de ágio, muito se discute sobre os limites dos planejamentos tributários elaborados pelo contribuinte. Um dos principais pontos controvertidos é a ausência de regulamentação da legislação que dispõe sobre regras gerais antielísivas e a (des)necessidade de propósito negocial ou substância econômica nas operações.

No entendimento do fisco, a amortização do ágio somente é permitida se as operações que o geraram ocorreram não apenas para a economia de tributos, mas possuem justificativas extratributárias.

O relator do caso, o juiz federal convocado Alexandre Rossato da Silva Ávila, afastou os argumentos da União Federal, entendendo que "todas as operações de reorganização foram efetuadas em conformidade com a lei, não havendo causa jurídica suficiente para desprezar os efeitos dos negócios porque o contribuinte acabou obtendo benefício de natureza tributária previsto em lei".

Após o voto do relator ter sido acompanhado pela desembargadora federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista apresentado pelo desembargador federal Rômulo Pizzolatti.

O julgamento foi retomado em 11/11/2020. Na ocasião, o desembargador federal Rômulo Pizzolatti deu provimento ao recurso da União Federal, entendendo que o aproveitamento do ágio apenas seria possível se "correspondesse a um efetivo dispêndio de recursos, o qual, porém, nunca existiu".

Com o resultado de 2 x 1 a favor da empresa, o julgamento foi novamente suspenso para o cumprimento do artigo 942 do Código de Processo Civil, que determina que, em casos como esse, de resultado não unânime, sejam convocados mais julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Ainda não há data para a retomada do julgamento.

Novidades na Legislação

Estado de São Paulo altera legislação que trata de benefícios fiscais e substituição tributária

O estado de São Paulo, em 15/10/2020, editou a Lei nº 17.293/2020 para, tratar de matérias relacionadas ao ICMS.

Referida lei tratou de duas matérias extremamente importantes no âmbito do ICMS: (i) benefícios fiscais, e (ii) substituição tributária.

Em relação aos benefícios fiscais, o artigo 22 autorizou o Poder Executivo a renovar benefícios fiscais com previsão em Lei Orçamentária e Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e reduzir benefícios fiscais e fiscais-financeiros, na forma do Convênio ICMS nº 42/2016.

Segundo referida Lei, as alíquotas previstas na legislação do ICMS inferiores a 18% passarão a ser consideradas benefícios fiscais e, portanto, objeto de reduções e renovações pelo Poder Executivo.

O Poder Executivo foi, ainda, autorizado a devolver o ICMS sobre a cesta básica para famílias de baixa renda.

Em relação aos benefícios fiscais aprovados pelo CONFAZ, foi, ainda, determinado um novo rito, supostamente reconhecendo que a integralização de Convênios e Protocolos aprovados no âmbito do CONFAZ é matéria de Lei. Assim, o Poder Executivo ratificou determinado Convênio por Decreto, o Poder Legislativo tem 15 dias para se manifestar sobre a sua implementação no estado de São Paulo. Se não se manifestar no prazo, o Poder Executivo está autorizado a implementar o benefício fiscal, desde que haja previsão orçamentária e sejam atendidos os requisitos da LRF.

Entendemos que referidas alterações na legislação do ICMS afrontam o princípio da legalidade, a decisão proferida pelo STF em sede da ADI nº 5.929 e, potencialmente, o artigo 178 do Código Tributário Nacional (CTN). Portanto, podem ser questionadas no judiciário.

No que se refere à substituição tributária (ST), com a edição da Lei nº 17.293/2020, o § 3º do artigo 66-B da Lei nº 6.374/1989 (Lei do ICMS) foi revogado e foi introduzido o artigo 66-H, que instituiu a base legal para a cobrança de complemento de ICMS-ST, quando o valor da operação de venda a consumidor final for maior que a base de cálculo de retenção.

Convém recordar que no julgamento dos segundos Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG ficou esclarecido que a discussão não abranda a análise da constitucionalidade de eventual cobrança de complemento de ICMS-ST, pois os fatos referiam-se apenas à hipótese de restituição. Ou seja, a verificação da constitucionalidade da "complementação" do ICMS-ST não foi objeto daquele julgado.

A nosso ver, existem argumentos para questionar a constitucionalidade da exigência de complemento do ICMS-ST perante o Poder Judiciário, pois não há previsão para tal cobrança no § 2º do artigo 150 da Constituição Federal, que trata da prevalência e imediata restituição do valor recolhido antecipadamente a título de substituição tributária, na hipótese de inocorrência do fato gerador presumido, nem em qualquer outro dispositivo constitucional ou na Lei Complementar nº 87/1996.

Além disso, entendemos que a aplicação imediata da Lei viola o princípio da anterioridade, pois, de forma indireta, aumenta o valor do ICMS devido.

Estado de São Paulo reduz diversos benefícios fiscais

Em 15/10/2020, mesma data da publicação da Lei nº 17.293/2020, o estado de São Paulo publicou os Decretos nºs 65.252, 65.253, 65.254 e 65.255. Referidos Decretos tiveram por objetivo exercer a autorização obtida por referida Lei e reduzir diversos benefícios fiscais de ICMS.

Dentre as principais alterações, ressaltamos que os produtos sujeitos à alíquota de 7% passarão a estar sujeitos a uma alíquota de 9,4%, e os produtos sujeitos a alíquotas de 12% receberão um adicional de 1,3%, passando para 13,3%.

Os benefícios fiscais inseridos nos Anexos I, II e III do Regulamento do ICMS, bem como outros previstos em Decretos específicos, sofreram inúmeras reduções, de todas as montas, afetando diversos setores econômicos. Além disso, foram introduzidas novas condições de fruição ou restrições para certos setores.

Dentre tais reduções, ressaltamos que quase todas as isenções totais do Anexo I passaram a ser isenções parciais e o percentual de isenção passou a depender da alíquota incidente nas saídas, conforme quadro abaixo:

PERCENTUAL DE ISENÇÃO	ALÍQUOTA
75%	25%
77%	18%
78%	12% (ou carga tributária de 13,3%)
79%	7% (ou carga tributária de 9,24%)
80%	4%

As alterações acima mencionadas terão o prazo de 24 meses, entrando em vigor em 15 de janeiro de 2021.

Além disso, o prazo de validade de inúmeros benefícios fiscais amparados em Convênio passou a ser 31 de dezembro de 2022, condicionados a que os respectivos Convênios sejam prorrogados por igual período.

No âmbito da Lei nº 17.293/2020 foram ainda editados os Decretos nºs 62.259 e 65.266, tratando de alterações de condições à fruição de benefícios existentes para setores específicos.

Disse o Fisco

CONFAZ aprova a prorrogação de benefícios fiscais

Em reunião extraordinária realizada no dia 29/10/2020, o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) aprovou a prorrogação das disposições de Convênios que concedem benefícios fiscais, dentre os quais se encontram os Convênios ICMS nºs 100/1997, que concede benefícios fiscais de ICMS a insumos agropecuários, e o Convênio ICMS nº 52/1991, que concede incentivos a máquinas, equipamentos e implementos agrícolas e industriais.

Referidos Convênios foram prorrogados até 31 de março de 2021.



SEFAZ/SP fixa entendimento de que, em caso de não pagamento do ICMS-ST pelo responsável, a responsabilidade será transferida ao contribuinte destinatário da mercadoria

O estado de São Paulo, em recente manifestação (Resposta à Consulta nº 22.085/2020), fixou o entendimento de que caso o contribuinte responsável pelo pagamento do ICMS-ST não promova seu pagamento, a responsabilidade pelo pagamento do imposto é transferida ao contribuinte destinatário, mesmo que sejam impostas as penalidades ao responsável originário.

É importante dizer que, por diversos vezes, os estados já tentaram imputar esta obrigação ao contribuinte destinatário do imposto, tendo, na última situação, sido os efeitos do negativo votado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5.866.

Neste cenário, muito embora o Poder Judiciário possa, posteriormente, declarar a invalidade do entendimento apresentado, não podemos excluir os riscos de as empresas destinatárias das mercadorias serem questionadas em caso de não pagamento do ICMS-ST pelos responsáveis originários.

Comércio Exterior

RFB institui novas medidas de combate a fraudes aduaneiras

Por meio da Instrução Normativa (IN) nº 1.986, publicada em 04/11/2020, a Receita Federal do Brasil (RFB) instituiu o Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras, unificando os procedimentos anteriormente adotados por meio da IN SRF nº 228/2002 (procedimento especial de verificação de origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta) e IN RFB nº 1.169/2011 (procedimento especial de controle aduaneiro - PECA), revogadas por esse mesmo ato.

De acordo com a IN nº 1.986, referido Procedimento, em que estão incluídas quaisquer intervenções nas operações de comércio exterior, deverá ser instaurado sempre que houver indícios da ocorrência de fraudes aduaneiras, situação em que as operações de comércio exterior serão severamente penalizadas por canal cinza de confissão aduaneira.

O Procedimento poderá ser instaurado a qualquer tempo, isto é, antes, durante ou depois do despacho aduaneiro, desde que não decorrido o prazo decadencial para apuração de eventual fraude. Dentre as medidas que poderão ser adotadas pelo auditor fiscal estão (i) a realização de diligências diversas; (ii) a solicitação de laudo técnico para identificação e/ou quantificação das mercadorias; (iii) apurações sobre veracidade das informações prestadas relacionadas à capacidade operacional e ao processo de fabricação de bens importados; (iv) intimações para apresentação de informações sobre movimentações financeiras; (v) intimações para comprovação do efetivo funcionamento de quaisquer dos intervenientes das operações de comércio exterior; (vi) intimações para comprovação da origem de produtos; e outras.

Como resultado, o Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras poderá implicar na retenção de mercadorias importadas, quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, ou na apreensão das mercadorias, ante elementos que permitam a caracterização, de modo inequívoco e imediato, desse mesmo tipo de infração. Para além dessas medidas, poderão ser aplicadas a pena de perdimento e a multa equivalente a seu valor aduaneiro, a constituição de créditos tributários, a aplicação de sanções administrativas, a representação para declaração de inaptidão da inscrição da empresa no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, a representação para fins penais, para fiscalização de tributos internos e outros órgãos da Administração Pública, além da revisão da habilitação para operação nos sistemas de comércio exterior.

As retenções poderão ser aplicadas às mercadorias importadas pelo prazo de 60 dias, prorrogáveis por mais 60, sempre que houver indícios de infração punível com a pena de perdimento. Diferentemente da IN RFB nº 1.169/2011, não há mais detalhes sobre quais seriam esses indícios, podendo-se concluir que ocorreu um aumento da discricionariedade por parte dos auditores fiscais. As mercadorias poderão ser desembarcadas ou entregues ao importador mediante prestação de garantia, a qual poderá ser prestada sob a forma de depósito em moeda corrente, fiança bancária ou seguro, em favor da União, mediante o cumprimento de uma série de requisitos.

A nova Instrução Normativa passa a vigorar a partir de 1º de dezembro de 2020.

IN nº 1.984/2020 traz novas regras para habilitação de declarantes de mercadorias para atuarem no comércio exterior

Por meio da Instrução Normativa RFB nº 1.984, publicada em 29/10/2020, foram instituídas novas regras para habilitação de declarantes de mercadorias para atuarem no comércio exterior e de pessoas físicas responsáveis pela prática de atos nos sistemas de comércio exterior em seu nome, bem como sobre o credenciamento de seus representantes para a prática de atividades relacionadas ao despacho aduaneiro de mercadorias e dos demais usuários dos sistemas de comércio exterior que atuam em seu nome.

Dentre as mudanças verificadas, constata-se que a habilitação passa a ser concedida de modo automático, através do sistema Habilita, que pode ser acessado por meio do Portal Único do Comércio Exterior. O intuito da Receita Federal foi trazer simplificação para a atuação no comércio exterior, embora mantendo o controle aduaneiro e o combate a fraudes.

Ainda, verifica-se que o prazo de desabilitação automática por inatividade passou a ser de 12 meses, hipótese em que o desabilitado poderá, simplesmente, apresentar novo requerimento de habilitação.

A nova Instrução Normativa passa a vigorar a partir de 1º de dezembro de 2020.

Novas normas para adesão ao Programa OEA

Por meio da Instrução Normativa nº 1.985 da Receita Federal do Brasil, publicada em 04/11/2020, foram reorganizadas as normas pertinentes ao Programa Operador Econômico Autorizado (OEA), até então disciplinadas pela IN RFB nº 1.598/2015 e suas diversas alterações.

A nova Instrução Normativa trouxe alguns ajustes técnicos, tais como as atribuições da Coordenação-Geral de Administração Aduaneira (COA-NA), que agora poderá dispor sobre os critérios de elegibilidade e outros critérios para a certificação no Programa.

Também merece menção o fato de que as sanções administrativas anteriormente aplicadas, com base no artigo 76 da Lei nº 10.833/2003, não mais estão previstas na nova Instrução Normativa, o que significa uma restrição dos efeitos que eventuais infrações à legislação aduaneira poderão causar à certificação no Programa OEA.

A nova Instrução Normativa passa a vigorar a partir de 1º de dezembro de 2020.

Tributário Internacional

Brasil e Alemanha voltam a negociar tratado bilateral sobre dupla tributação

Segundo notícias divulgadas no mês de outubro, autoridades fiscais do Brasil e da Alemanha teriam se reunido em 09/10/2020 para retomar negociações sobre um novo tratado bilateral para evitar a dupla tributação da renda.

O tratado entre ambos os países foi denunciado pela Alemanha em 2005, sendo possível apontar como principais causas: (i) a concessão de isenções (matching credit – art. 24, I) e crédito presumido (tax sparing – art. 24, 2, 3), ambos apenas pela Alemanha; e (ii) a interpretação unilateral da RFB de que os serviços técnicos sem transferência de tecnologia podem ser tributados no Brasil (art. 22, em vez do art. 7º, vide ADI COSIT nº 01/2000).

A CNI (Confederação Nacional das Indústrias) informa que enviou documento ao governo brasileiro com pelo menos dois pontos a serem revisados pelo Brasil, para avançar nas negociações: (i) a revisão da posição da RFB sobre a tributação dos serviços prestados por residentes alemães no Brasil (para aplicar o art. 7º e não o art. 12, seja com ou sem transferência de tecnologia); e (ii) o alinhamento da legislação brasileira de preços de transferência com o padrão OCDE, incluindo-se cláusula, no tratado, de ajuste correspondente pelo estado da residência.

Fique de Olho

Projeto de Lei nº 4.660/2020 permite a cessão de créditos tributários federais

Tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.660/2020, que autoriza o contribuinte com direito a restituição ou ressarcimento de tributos federais, inclusive decorrentes de decisão judicial, a ceder o crédito a outro contribuinte, que deverá usá-lo para quitar dívida com a Receita Federal ou com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

O texto é do deputado Samuel Moreira (PSDB-SP) e permite também a subcessão, ou seja, o contribuinte que recebeu o crédito poderá cedê-lo novamente. A proposta altera a Lei nº 9.430, de 1996, que, entre outros assuntos fiscais, trata da restituição e compensação de tributos federais.

A transferência do crédito tributário para outro contribuinte não dependerá de concordância da Receita Federal ou da PGFN, mas só poderá ocorrer após o pedido de restituição ou ressarcimento, que é feito por meio de uma declaração. Haverá multa de 150% se a declaração apontar créditos que o contribuinte não tem direito a receber.

Este boletim é um informativo da área de Direito Tributário de TozziniFreire Advogados.

SÓCIO RESPONSÁVEIS PELO BOLETIM:

- ☒ Gustavo Nygaard
- ☒ Christiane Alvarenga
- ☒ Erian Valverde
- ☒ Jerry Levers de Abreu
- ☒ Lisandra Pacheco
- ☒ Rafael Mallmann
- ☒ Ricardo Mattito
- ☒ Thiago Medaglia
- ☒ Vinicius Jucá

Mais informações e blog/tributário em: tozzinifreire.com.br/blog/tributário/

Colaboraram com este boletim:

Ana Flavia Neves Lambiasi
Caio Sicchieri Albarello
Camilla Botaro Sanchez
Lucca Peracchi Pinheiro Machado
Paulo Henrique Ligori Figueiredo
William Guimaraes Cyrelli

TOZZINIFREIRE
A D V O G A D O S