

FNCA NEWS Nº 40 – 06/12 a 10/12/2021**1. STF julgará dia 15 os limites da coisa julgada tributária**

STF julgará dia 15 os limites da coisa julgada tributária, um dos temas mais importantes da área.

Trata-se do RE 955227, tema 885. Nesse julgamento o STF analisará a questão do limite da coisa julgada em âmbito tributário na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inconstitucionalidade de tributo, que no futuro é declarado constitucional, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.

O processo que será analisado trata de uma empresa contribuinte, que ajuizou ação para assegurar o seu direito de não recolher CSLL instituída pela Lei 7.689/88. A empresa obteve decisão transitada em julgado, que entendeu pela inconstitucionalidade da CSLL.

Posteriormente ao trânsito em julgado da ação da contribuinte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a constitucionalidade da CSLL criada pela Lei 7.689/88 (ADI 15, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence).

Em vista disso, o fisco ameaçou fiscalizar a empresa e constituir o lançamento, desconsiderando a decisão transitada em julgado e sem propor rescisória, motivo pelo qual a contribuinte propôs a ação que será julgada pelo STF.

A União Federal sustenta em seu favor, que tendo sido reconhecida a constitucionalidade da CSLL instituída pela Lei 7.689/88 pelo Supremo na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, a coisa julgada favorável à contribuinte, não poderia afastar a cobrança do tributo em relação a exercícios subsequentes.

Destaco que a finalidade principal da coisa julgada é conferir estabilidade, pois, caso contrário, tornar-se-iam infundáveis as disputas e, por consequência, inatingíveis a paz social e a segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em razão dele a sociedade tem a segurança que as regras não serão modificadas.

Caso se entenda que a coisa julgada pode ser desconstituída da forma que pretende a União Federal, não haveria razão para um contribuinte procurar o Judiciário para proteger um direito que entende possuir, pois a decisão proferida pode ser simplesmente desatendida no futuro.

Desconsiderar a coisa julgada, seria um desestímulo ao ajuizamento de ações e representaria o enfraquecimento do Poder Judiciário como um todo, pois no final das contas, somente o STF teria o poder de proferir uma decisão definitiva.

FONTE: TRIBUTARIO NOS BASTIDORES – 01/12/2021

2. O STF decidiu em repercussão geral que incide o ISS sobre softwares personalizados

O STF decidiu em repercussão geral que incide o ISS sobre softwares personalizados no RE 688.223.

Ao julgar a questão, o Ministro Dias Toffoli, relator, lembrou que o STF já havia enfrentado o tema no julgamento da ADI nº 1.945/MT e da ADI nº 5.659/MG, quando foi deliberado que o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computação, sejam esses de qualquer tipo (padronizado ou por encomenda ou personalizado), estão sujeitos ao ISS, nos termos do subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03, e não ao ICMS.

O ministro relator, transcreveu parte do seu voto quando do julgamento da ADI nº 5.659/MG, segundo o qual:

“[A] tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) parece não mais ser suficiente para a definição da competência para tributação dos negócios jurídicos de licenciamento ou cessão de uso de programas de computador em suas diversas modalidades, da mesma forma que a Suprema Corte, em diversos julgados, tem superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos (v.g. leasing financeiro, contratos de franquia). “

E conclui que o fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS

Foi proposta a seguinte tese:

“É constitucional a incidência do ISS no licenciamento ou na cessão de direito de uso de programas de computação desenvolvidos Plenário Virtual – minuta de voto – 26/11/2021 00:00 15 para clientes de forma personalizada, nos termos do subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03.”

O STF também modulou os efeitos da decisão, com atribuição de eficácia ex nunc (desde agora), a contar de 3/3 /21, para:

“a) impossibilitar a repetição de indébito do ICMS incidente sobre operações com softwares em favor de quem recolheu esse imposto até 2/3 /21, vedando, nesse caso, que os municípios cobrem o ISS em relação aos mesmos fatos geradores;

b) impedir que os estados cobrem o ICMS em relação aos fatos geradores ocorridos até 2/3/21. “

Foram ressalvadas

“(i) as ações judiciais em curso em 2/3/21, inclusive as de repetição de indébito e as execuções fiscais em que se discutam a incidência do ICMS, e

(ii) as hipóteses de comprovada bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 2/3/21, casos em que o contribuinte terá direito à repetição do indébito do ICMS, respeitado o prazo prescricional, independentemente da propositura de ação judicial até aquela data. No caso de não recolhimento do ICMS ou do ISS, incide o ISS em relação aos fatos geradores ocorridos até 2/3/21.”

FONTE: TRIBUTARIO NOS BASTIDORES – 07/12/2021

3. A terceira onda de internacionalização de capitais brasileiros

Por Cecilia Castelli

A terminologia “internacionalização de capitais brasileiros” refere-se aos investimentos produtivos ou financeiros que capitais nacionais realizam no exterior. É o ato pelo qual uma empresa brasileira passa a operar em outras jurisdições.

O principal indicador que avalia a internacionalização produtiva brasileira é o Relatório de Investimento Brasileiro Direto no Exterior, divulgado pelo Banco Central do Brasil. A internacionalização secundária de capitais brasileiros envolve o investimento direto produtivo, diferentemente das transações comerciais de exportação, que são uma forma de internacionalização empresarial primária, e de outras formas de investimento financeiro internacional, como remessas de capitais brasileiros ao exterior para investimento em portfólio de produtos financeiros.

Já o Investimento Brasileiro Direto no Exterior refere-se às remessas de capital brasileiro para o exterior com o horizonte de aquisição de participação “permanente” em empresa estrangeira produtiva, o que implica num certo grau de controle da empresa brasileira nos processos decisórios da empresa estrangeira receptora do capital brasileiro. Por esta razão, registra-se junto ao Banco Central do Brasil, como Investimento Brasileiro Direto no Exterior, a remessa de capital brasileiro para a formação do capital social de uma nova unidade produtiva no exterior com a constituição de uma subsidiária integral (operação greenfield) ou a ampliação de uma já existente, as Joint Ventures, as aquisições e as fusões.

A internacionalização empresarial secundária requer a concepção de um planejamento estratégico focado na modalidade de entrada do capital brasileiro no exterior, que respaldará a tomada de decisão relacionada ao modo como a empresa brasileira ingressará no mercado estrangeiro (CrossBorder M&As, JV Agreement, IPO).

A primeira onda do processo de internacionalização de capitais brasileiros

Nas décadas de 60 e 70, a adoção da estratégia desenvolvimentista de crescimento econômico que consistiu na “industrialização por substituição de importações” foi complementada com políticas públicas de incentivo às exportações.

As internacionalizações de capitais brasileiros bem-sucedidas e dos setores produtivos brasileiros se deveram, portanto, principalmente, à participação do governo brasileiro no

estímulo à internacionalização empresarial primária com a adoção de medidas governamentais concretas, como a suspensão ou eliminação de tributos incidentes na importação de insumos necessários para a fabricação de um produto a ser exportado (Regime Aduaneiro Especial de Drawback), sobre bens exportados e receitas de exportação, a criação do Programa de Financiamento às Exportações do Tesouro Nacional (Finex) para o financiamento das exportações com taxas de juros diferenciadas, abaixo do valor de mercado e dos Programas Especiais de Exportação (BEFLEX).

Outro importante indicador desse processo de internacionalização de capitais brasileiros e dos setores produtivos são os investimentos brasileiros indiretos no exterior. Trata-se de operações registradas junto ao Banco Central do Brasil como exportações de serviços de empresas brasileiras que operavam, notadamente, no segmento de mercado da engenharia e da construção civil. Essa combinação de estratégia de industrialização por substituição de importações e a adoção de políticas públicas de promoção às exportações resultou na primeira onda de internacionalização de capitais brasileiros com o início do processo de internacionalização de empresas brasileiras.

A década de ouro da internacionalização brasileira (segunda onda)

O processo de internacionalização do capital brasileiro no período de 1992 a 2013 consolidou a posição do país como um importante emissor de investimento direto no cenário global do investimento direto no exterior. Num contexto de globalização, a partir do governo de Collor de Melo (1992) e, principalmente, durante os mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2002), a estratégia de crescimento econômico desenvolvimentista das décadas de 60 e 70 foi substituída pelo modelo econômico neoliberal orientado à internacionalização da economia nacional, sendo as privatizações (Programa Nacional de Desestatizações) e as exportações os fatores-chave do novo modelo econômico que prometia combater o crise fiscal e a alta da inflação.

Neste sentido, a estabilização econômica proporcionada pelo Plano Real possibilitou que as empresas brasileiras elaborassem um planejamento estratégico de médio prazo orientado à internacionalização, aprofundando o processo de internacionalização de capitais brasileiros e dando origem à segunda onda de internacionalização de capitais brasileiros com o reposicionamento global de empresas brasileiras que, no início do ano 2000, passaram a negociar suas ações na Bolsa de Valores de Nova York – NYSE.

A consolidação da segunda onda de internacionalização de capitais brasileiros ocorreu entre 2003 e 2013, durante o governo de Lula da Silva, com a substituição do modelo econômico neoliberal pelo neodesenvolvimentista, que se fundamenta em uma estratégia de crescimento econômico orientado à exportação, posicionando a política de comércio exterior e de taxa de câmbio com o real valorizado e o financiamento público de setores empresariais específicos, via BNDES, no centro do modelo de desenvolvimento econômico.

A terceira onda no contexto da IPO de uma importante fintech brasileira

Em um contexto de instabilidade econômica e política do país, de desvalorização do real frente ao dólar e da alta da inflação, as empresas brasileiras buscam afastar a desconfiança dos investidores internacionais e o acesso, portanto, a um número maior de investidores, a captação em moeda forte e maior rentabilidade, privilegiando a Bolsa de Valores de Nova York – NYSE e a Nasdaq para a realização de operações de abertura de capital (IPO).

Por fim, vale ressaltar que se trata de uma tendência de internacionalização empresarial secundária de forma reativa ou defensiva que se fortalecerá nos próximos anos e a conjunção desses elementos definirá a característica da terceira onda de internacionalização de capitais brasileiros.

***Cecilia Castelli** é Coordenadora de Direito Internacional no FNCA Advogados. Especializada em Direito Tributário pela PUC/COGEAE.

Sobre o FNCA Advogados - Consolidado no mercado desde 2007, o FNCA – Fernando, Nagao, Cardone, Alvarez Jr. & Advogados, exerce a advocacia empresarial e se destaca pelo atendimento personalizado, de acordo com as demandas de cada cliente. Atualmente, é referência no segmento, pela atuação diferenciada e objetiva, apoiando empresas de forma preventiva, além de fornecer o suporte ideal para tomadas de decisão. Presente no cotidiano operacional do cliente, leva o jurídico por meio de linguagem simples e transparente. O FNCA Advogados se destaca, principalmente, pela atuação pessoal dos sócios na definição das estratégias e planejamentos.

FONTE: JORNAL JURID – 07/12/2021

4. STJ julga se incide IR e CSLL sobre valores referentes a incentivos fiscais

O recurso em análise na 1ª Turma foi apresentado pela Vonpar, do setor de bebidas.

Os ministros da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) começaram a julgar, nesta terça-feira, se uma empresa que obteve incentivo fiscal em um Estado tem que incluir os valores que deixou de repassar aos cofres públicos na base de cálculo do Imposto de Renda (IRPJ) e da CSLL. A relatora, ministra Regina Helena Costa, votou contra a tributação.

Justiça derruba cobrança após fim de incentivo fiscal

Para ela, a interferência da União esvaziaria o benefício concedido de forma legítima por um outro ente da federação, o que não seria permitido.

As discussões foram suspensas, na sequência do voto da relatora, por um pedido de vista do ministro Gurgel de Faria. É provável que esse tema volte à pauta no primeiro trimestre do ano que vem, já que, pelo regimento da Corte, os ministros devem devolver a vista em um prazo de até 60 dias.

O caso que está em análise envolve um programa de incentivo do Estado de Santa Catarina - o Prodec. Não há nenhum caso julgado na Corte, até aqui, sobre esse programa especificamente. Mas a 1ª Seção — que une as duas turmas de direito público — tem pelo menos três decisões sobre a tributação de "ganhos" obtidos com benefícios e incentivos fiscais. Todas contra o pleito da União.

O recurso em análise na 1ª Turma foi apresentado pela **Vonpar**, do setor de bebidas, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sul do país), que determinou a inclusão dos valores na base de cálculo dos tributos federais (REsp nº1222547).

A empresa obteve o incentivo junto ao Estado de Santa Catarina como contrapartida à expansão da fábrica. Ficou acordado que as parcelas de ICMS poderiam ser pagas em até 36 meses com uma taxa de juros de 4% ao ano — que, na ocasião, ficava bem abaixo da Selic, a taxa cobrada dos demais contribuintes que atrasam o pagamento do imposto.

Os desembargadores entenderam pela aplicação do Ato Declaratório Interpretativo nº 22, publicado pela Receita Federal no ano de 2003. Essa norma considera que o pagamento diferido de ICMS não representa renúncia por parte do Fisco.

A compreensão da ministra Regina Helena Costa em relação ao tema vai em sentido oposto ao do TRF. Ela entende o programa do Estado de Santa Catarina como um incentivo fiscal e diz que não pode haver interferência de um outro ente. "Se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse de custos adicionais às mercadorias", frisou ao proferir o voto.

Outros quatro ministros ainda precisam votar para que se tenha o desfecho desse caso.

FONTE: VALOR – 07/12/2021

5. Novo Código Tributário: perspectivas e a necessidade de acompanhamento

Por Reinaldo Nagao

Não é incomum — seja no meio jurídico ou fora dele — nos depararmos com intensos e longos debates acerca do sistema tributário brasileiro, cuja estrutura é frequentemente criticada pela sua complexidade e por vezes por sua ineficiência e onerosidade — esta última principalmente sobre as classes menos favorecidas no país e no meio empreendedor.

Se por um lado o Código Tributário Nacional é reconhecido por muitos especialistas, juristas e acadêmicos como um importante instrumento para a interpretação do Direito Tributário no Brasil, por outro há de se considerar a realidade de sua obsolescência.

Muito por esse anacronismo, já se discute, amiúde, a constitucionalidade de parte dos tributos impostos aos contribuintes e como o sistema tributário, por sua regressividade, impacta onerosa e diretamente na realidade das famílias e, além disso, desestimula o crescimento e criação de novas empresas. Alguns estudos, ademais, já mostram como muitas dessas questões contribuem de forma negativa em termos econômico-financeiros.

De acordo com um levantamento realizado pela EY (Ernst & Young), o estoque de crédito tributário contencioso da União alcançou R\$ 3,4 trilhões em 2018, conforme informações presentes no Balanço Geral da União. Esse montante foi superior às receitas realizadas pelo ente federativo e equivaleu a 50% do PIB daquele ano.

Ou seja, seguindo uma conclusão presente no documento, se o valor citado fosse resultante de ações procedentes e os devedores tivessem a capacidade de pagá-las, a arrecadação desses valores tornaria o patrimônio líquido da União positivo em 2018.

Diagnosticar para resolver

A discussão a respeito de novidades ou mudanças mais bruscas em tal estrutura — ou até a perspectiva de um Código Tributário totalmente renovado — não é, de forma alguma, inédita, e já há alguns anos se comenta sobre a possibilidade de alterá-la.

No entanto, colocá-las em prática não é um procedimento simples, não apenas por se tratar de um código já estabelecido, mas também pela dificuldade de realizar um diagnóstico preciso e detalhado sobre quais são os maiores problemas do sistema e que causam o excesso de litígio tributário, considerado por muitos o grande entrave a ser superado.

Sendo assim, por não se tratar de uma questão banal, que pode ser resolvida de uma hora para outra, ela demanda atenções específicas. Para tanto, no início do ano foi criado o Comitê de Apoio Técnico à Realização do Diagnóstico do Contencioso Tributário, iniciativa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com a Receita Federal.

Nesse sentido, Marcus Lívio, secretário de projetos especiais do CNJ e um dos coordenadores-gerais do comitê, concedeu uma entrevista na qual afirmou que o principal objetivo da tarefa é, a partir do diagnóstico, indicar as causas que impedem o contencioso administrativo e o judicial de serem mais efetivos. A expectativa é que, posteriormente, isso resulte em propostas de soluções para os problemas levantados e até a possibilidade — não garantida, por ora — de proposição de uma nova edição de um Código de Processo Tributário.

Em busca de mudanças reais

Dentro desse contexto ainda incerto, parece pouco viável estabelecer, com certeza e detalhadamente, o que seria alterado. Primeiramente, discute-se como pilares da reforma a criação de um tributo que substitua o contestado PIS/Cofins, a elaboração de um programa de renegociação de dívidas e a criação de um imposto sobre transações, além de outras ações secundárias.

Na prática, qualquer alteração reformista ou edição de um novo código só se torna interessante se possuir tons de real mudança e progresso, como a redução da carga tributária — principalmente para pessoas jurídicas de pequeno e médio porte — e a simplificação da burocracia fiscal, além, claro, da atribuição de maior transparência aos processos.

Em um cenário complexo como o desenhado, é imprescindível que o advogado tributário esteja em constante atualização sobre as novidades da área. Assim, pode ser um agente de grande utilidade para empresas contribuintes que encontram dificuldades para compreender o sistema e seus pormenores, por vezes ainda abstruso, representando um entrave para o crescimento e a evolução dessas organizações em mercados cada vez mais competitivos.

Ou seja, caso o novo Código Tributário Brasileiro avance no futuro, será preciso estudar o impacto das mudanças para as empresas, avaliando-se possíveis ganhos do ponto de vista do planejamento fiscal e de que modo tais mudanças alterariam a rotina de análise dos advogados tributaristas. Por ora, são pontos que residem apenas no terreno do debate dentro do ambiente de negócios brasileiro.

Mas, como se sabe, a imprevisibilidade é uma característica de nosso sistema tributário e é importante ficarmos sempre de olhos abertos para eventuais mudanças.

Reinaldo Nagao é sócio no escritório FNCA Advogados, especializado no departamento de Direito Tributário.

FONTE: CONJUR - 09/12/2021

6. Visa vence disputa no Carf sobre créditos de PIS/Cofins de gastos com propaganda

A 3ª Turma da Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) permitiu que gastos com propaganda gerem de créditos de PIS e Cofins para a empresa de serviços financeiros Visa. A decisão foi unânime.

Porém, como não foi analisado o mérito, ainda resta dúvida sobre qual entendimento será adotado em casos de outras empresas e setores atuadas pelo mesmo motivo.

Os conselheiros decidiram que o recurso da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) para recorrer à Câmara Superior não servia para esse caso. Isso por envolver varejistas, que exercem atividade muito diferente das operadoras de cartões.

Para recorrer à Câmara Superior no Carf é necessário demonstrar que existem decisões divergentes sobre o mesmo tema.

O julgamento era acompanhado de perto pelos tributaristas. Até agora, o assunto foi julgado apenas nas turmas baixas do órgão, com decisões divergentes a depender da empresa e da atividade. Cabe à Câmara Superior dar a palavra final do Carf sobre o assunto.

Nesses casos em que se discutem quais insumos geram crédito de PIS e Cofins, os conselheiros analisam o caso concreto para decidir como aplicar decisão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Em 2018, o STJ decidiu que todos os bens essenciais e relevantes, em qualquer fase de produção, poderiam ser considerados insumos e gerar créditos de PIS e Cofins.

No caso da Visa, a empresa obteve decisão favorável em agosto de 2019, em julgamento realizado na 1ª Turma da 2ª Câmara da 3ª Seção do Carf. Na ocasião, os conselheiros consideraram que serviços para a promoção da marca são essenciais e relevantes para a atividade das empresas. A Fazenda Nacional recorreu da decisão e, hoje, o caso chegou à Câmara Superior (processo nº 19515.721360/2017-23).

A Visa contrata serviços de marketing de terceiros (agências) e entende que teria direito a créditos de PIS e Cofins em relação a esses gastos. Já a procuradora da Fazenda Nacional, Maria Concília de Aragão Bastos, afirmou na sustentação oral que essas despesas não fazem parte do processo produtivo da Visa, que não exerce a publicidade como atividade fim. A procuradora citou decisão recente do órgão sobre a Netflix. Em outubro, a 2ª Turma da 3ª Câmara da 3ª Seção do Carf manteve autuações recebidas pela empresa de streaming e pela Flora Produtos de Higiene e Limpeza, pertencente à J&F Participações, sobre esses itens.

Já de acordo com a empresa, as ações de marketing fazem o consumidor final consumir mais usando o cartão de crédito, sendo um benefício aos bancos, os credenciadores e adquirentes. O advogado da Visa, Gustavo Haddad, afirmou que o desenvolvimento dos programas Visa gera mais receita para os comercializadores.

A relatora, conselheira Tatiana Midori Migiyama, afirmou que não são simples serviços de administração e operação, mas de propaganda e marketing. “A Visa não vende cartões, o objetivo da publicidade é fortalecer sua própria marca”, afirmou a relatora.

Ainda segundo Migiyama, quanto mais forte o nome Visa mais seus clientes vão vender. Portanto, a realização de atividade de marketing não pode ser entendida como acessória, mas intrínseca à atividade fim da Visa.

Por isso, ela afirmou que as decisões divergentes apresentadas no recurso da Fazenda (casos envolvendo Riachuelo e Fast Shop), referentes a varejistas, não tratam da mesma situação da Visa.

Para o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, representante da Receita, a atividade das empresas tem que ser comparável. “O paradigma deveria trazer a essencialidade ou não essencialidade da despesa de marketing e propaganda para uma administradora de cartão de crédito e não de empresa do varejo”, afirmou.

A Fazenda pode apresentar recurso no Carf, mas apenas para pedir esclarecimentos ou apontar omissões (embargos de declaração).

FONTE: VALOR – 09.12.2021