

RADAR STOCHE FORBES – TRIBUTÁRIO

Agosto 2021

Alterações da Legislação

São Paulo altera responsabilidade pelo recolhimento do ICMS nas operações de mercado livre de energia

Através do Decreto nº 65.823/2021, com vigência a partir de 1º de setembro de 2021, o Estado de São Paulo alterou a regra da responsabilidade pelo recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) nas operações de aquisição de energia elétrica no mercado livre.

A alteração decorre da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.281, que considerou inconstitucional a legislação paulista que estabeleceu regime de substituição tributária, sem previsão em lei, em tais operações (art. 425, inciso I, alínea “b”, §§ 2º e 3º, do RICMS/SP).

Com a nova regra, as distribuidoras deixam de ser responsáveis pelo recolhimento do ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica realizadas

por consumidores estabelecidos no Estado de São Paulo no “Ambiente de Contratação Livre”.

A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS passa a ser do:

(i) gerador ou distribuidor localizado em outro Estado, quando fornecer energia elétrica por meio de linha por este operada, não interligada ao Sistema Integrado Nacional;

(ii) alienante da energia elétrica localizado no Estado de São Paulo; ou do

(iii) destinatário da energia elétrica, quando o alienante estiver localizado em outro Estado.

Apesar das discussões legais em torno do assunto, o ICMS incidente sobre encargos de conexão e de uso do sistema de distribuição e quaisquer outros valores e encargos inerentes ao consumo da energia elétrica ainda continua sendo de responsabilidade da distribuidora de

energia, que deverá realizar sua cobrança mediante emissão de Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6.

As regras acima mencionadas também se aplicam no caso de cessão de excedentes de energia.

Estado de São Paulo altera obrigações tributárias relativas a operações com derivados de petróleo e etanol anidro combustível (EAC)

No dia 06/07/2021, o Governo do Estado de São Paulo editou o Decreto nº 65.848, que alterou as obrigações relacionadas a operações com gasolina “A”, diesel “A” e etanol anidro combustível (EAC) e implementou as seguintes medidas:

- i.** o prazo para recolhimento do ICMS, referente a operações de saída de gasolina “A” e diesel “A” realizadas na primeira quinzena de cada mês passará para o dia 25 do respectivo mês;
- ii.** possibilidade de enquadramento de regime especial para o formulador que deixar de recolher o ICMS de forma reiterada, de modo que este seja obrigado a recolher o imposto em cada operação de saída e que a guia de recolhimento acompanhe o transporte;
- iii.** alteração da responsabilidade do ICMS-ST em operações com EAC, atribuindo a sujeição passiva ao

fornecedor de gasolina “A” que será acrescida do EAC;

iv. vedação da possibilidade de diferimento do imposto em operações que destinem EAC a distribuidores de combustíveis, nas situações em que houver inadimplemento do imposto ao Estado pelo fornecedor de gasolina “A”. Ainda, caso o distribuidor esteja localizado dentro do Estado de São Paulo, fica autorizado o ressarcimento do imposto; e

v. determinação de que 80% do ICMS apurado seja retido pela refinadora, calculado com base na média dos valores de imposto apurado nos últimos 12 meses. Para o restante dos valores, fica autorizado o recolhimento no décimo dia do mês subsequente, podendo este ser compensado com eventual saldo credor.

Decisões Proferidas por Cortes Administrativas

CARF aprova 26 novas súmulas

Em 06/08/2021, o CARF analisou 45 propostas de enunciados e aprovou 26 novas súmulas, com o objetivo de uniformização da jurisprudência daquele tribunal e, assim, de reduzir os litígios na esfera administrativa.

Dentre os enunciados aprovados, destacamos a **Súmula 169**, que determina o afastamento da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB) no processo administrativo fiscal e a **Súmula 164**, que dispõe que a retificação de DCTF após a ciência do despacho decisório que indeferiu o pedido de restituição ou que não homologou a declaração de compensação é insuficiente para a comprovação do crédito, sendo

indispensável a comprovação do erro em que se fundamenta a retificação.

Em relação ao Imposto de Renda, destacamos a **Súmula 177**, que dispõe que as estimativas compensadas e confessadas mediante Declaração de Compensação (DCOMP) integram o saldo negativo de IRPJ ou CSLL ainda que não homologadas ou pendentes de homologação, bem como a **Súmula 176**, que prevê que o IR pago por pessoa física em tributação definitiva de ganho de capital pode ser reduzido do imposto de renda exigido da pessoa jurídica em razão da requalificação da sujeição passiva na tributação da mesma operação de alienação de bens ou direitos.

Decisões Proferidas por Cortes Judiciais

TRF5 afasta a modulação dos efeitos da decisão sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS para sentença já transitada em julgado

Em decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0807622-86.2021.4.05.0000, o Desembargador Federal Leonardo Carvalho, da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região ("TRF5"), determinou o PIS e a COFINS indevidamente pago (com a inclusão do ICMS na base de cálculo) pelo contribuinte nos 5 anos anteriores ao ajuizamento de ação ajuizada após modulação não pode ser aplicada no caso concreto uma vez que a respectiva

sentença já havia transitado em julgado quando da decisão proferida pelo STF nos autos do RE nº 574.706/PR.

A decisão do TRF5 observou a redação do § 7º do art. 535 do Código de Processo Civil ("CPC"), que prevê a não aplicação da restrição de efeitos para as sentenças que transitaram em julgado antes da decisão que definiu a modulação.

STJ conclui pela possibilidade de ajuizamento de ação pela matriz em nome de suas filiais

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) decidiu pela possibilidade de ajuizamento de ação pela matriz em nome das filiais, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.273.046.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela matriz em nome próprio e de suas filiais para afastar a incidência da contribuição ao Seguro de Acidente do Trabalho (“SAT”).

Ainda que inicialmente o Ministro Relator Gurgel de Faria tenha negado seguimento ao Recurso Especial com base na autonomia das filiais para efeitos fiscais, referido entendimento foi posteriormente reconsiderado em sede de agravo e, por unanimidade de votos, foi reconhecido o direito da matriz de litigar em nome de suas filiais.

Em síntese, concluiu-se que a personalidade jurídica e o patrimônio são da empresa como um todo e, por isso, a matriz pode discutir a relação jurídico-tributária, pleitear restituição ou compensação relativamente ao indébito de suas filiais. Dessa forma, a autonomia

das filiais se restringiria, de acordo com o STJ, ao âmbito administrativo e operacional para fins fiscalizatórios.

No voto do relator, foi destacado o AREsp nº 731.625/RJ, precedente também da 1ª Turma do STJ, no qual se havia determinado a impossibilidade de expedição de certidão positiva de débitos com efeito de negativa para uma das filiais em razão de pendência existente na matriz ou em outra filial, sob o entendimento de que a filial não possui personalidade jurídica e patrimônio próprios.

Sobre o assunto vale ainda mencionar que a 2ª Turma do STJ também possui precedente (AREsp nº 1.310.047/SP) concluindo pela legitimidade ativa da matriz para a impetração de Mandado de Segurança em nome das filiais para a discussão de contribuições previdenciárias. Naquele caso, foi considerado que a matriz apura a base de cálculo do tributo, efetua o recolhimento, cumpre com obrigações acessórias e a fiscalização é nela centralizada.

:

Decisão em Processo de Consulta da Receita Federal

Receita Federal nega direito a crédito de PIS/COFINS sobre pagamento de *royalties* de franquia

Por meio da Solução de Consulta COSIT nº 116/2021, a Receita Federal do Brasil (“RFB”) analisou a possibilidade do creditamento de PIS e COFINS sobre pagamentos de *royalties* realizados pelo franqueado ao franqueador.

Segundo o contribuinte, gastos com *royalties* enquadram-se no conceito de “insumos” para fins do referido crédito (art. 3º das Leis 10.637/02 e 10.833/03), uma vez que são gastos essenciais relacionados à própria existência do contrato de franquia e que rege todo o seu modelo de negócios (incluindo a contraprestação pelo *know-how*, utilização de logomarca, identidade visual, receitas, fórmulas e entre outras características que constituem o portfólio da franquia).

No entanto, a partir de uma interpretação literal e restritiva da lei, a RFB entendeu que créditos na modalidade “insumo” devem estar relacionados, necessariamente, à aquisição de bens ou serviços – no qual não se enquadraria o pagamento de *royalties*, já que, segundo

o fisco, tais despesas constituem mera “compensação financeira” pela cessão de direito de uso de uma propriedade intelectual.

Dessa forma, independente da essencialidade dessa despesa para a atividade da consulente, o crédito de PIS/COFINS estaria vedado.

Chama a atenção o fato de que referido entendimento colide frontalmente com a jurisprudência recente do STF sobre o tema: no julgamento do RE n.º 603.136, definiu-se que o contrato de franquia se enquadra como espécie de serviço, devendo os *royalties*, portanto, serem tributados pelo ISS.

Assim, os contribuintes ficam obrigados a pagar ISS sobre *royalties* derivados de contratos de franquia, sob o argumento de que tal atividade constitui prestação de serviço, e, ao mesmo tempo, estão sujeitos à vedação do crédito de PIS e COFINS sobre o mesmo gasto, em razão de o fisco entender não tratar de despesa com serviço.

Contatos para eventuais esclarecimentos:

São Paulo

RENATO COELHO –
rcoelho@stoccheforbes.com.br

Sócio responsável pela consultoria em tributos diretos e pelo contencioso administrativo federal.

DANIEL ABRAHAM LORIA –
dloria@stoccheforbes.com.br

Sócio responsável pela consultoria em tributos diretos

PAULO DUARTE –
pduarte@stoccheforbes.com.br

Sócio responsável pela consultoria em tributos indiretos e direito aduaneiro.

MARCOS PRADO –
mprado@stoccheforbes.com.br

Sócio responsável pelo contencioso tributário
consultoria em tributos diretos

Brasília

ALBERTO MEDEIROS –
amedeiros@stoccheforbes.com.br

Sócio responsável pela área tributária na unidade de Brasília.



STOCHE FORBES

A D V O G A D O S

O Radar Stocche Forbes – Tributário tem por objetivo informar nossos clientes e demais interessados sobre os principais temas que estão sendo discutidos atualmente nas esferas administrativa e judicial, bem como as recentes alterações legislativas em matéria tributária.

Esse boletim tem caráter meramente informativo e não deve ser interpretado como um aconselhamento legal.

www.stoccheforbes.com.br

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BRASÍLIA | BELO HORIZONTE