

Em destaque

RFB REVÊ POSICIONAMENTO SOBRE A INCIDÊNCIA DO IRF NA IMPORTAÇÃO DE LICENÇAS DE SOFTWARE

Por meio do Ato Declaratório Interpretativo n.º 7, publicado em 26 de dezembro de 2017, a Receita Federal do Brasil (RFB) reviu seu entendimento acerca da incidência do Imposto sobre a Renda na Fonte (IRF) sobre remessas ao exterior em contraprestação pelo licenciamento do direito de distribuição de software ou pela aquisição de licenças de software.

Com o pretexto de regular a incidência do IRF sobre royalties pagos pelo licenciamento do direito de distribuição de software, a RFB estabeleceu que os pagamentos realizados quando da aquisição de licenças de uso de programas de computador para revenda também estariam submetidos ao tributo como se royalties fossem.

No entendimento da RFB, apenas quando da venda da licença de uso de software para o consumidor final é que se teria o licenciamento de uso de software propriamente dito, como tal, os pagamentos realizados aos distribuidores estrangeiros seriam considerados royalties pela exploração de direitos autorais.

Destaque-se que esse também foi o entendimento manifestado na Solução de Divergência COSIT n.º 18 de 2017, que havia revisto o posicionamento firmado quando na Solução de Divergência COSIT n.º 27 de 2008, no sentido de que as vendas de licenças de uso de software envolvem a aquisição de bens incorpóreos e não o licenciamento do direito do autor. O novo entendimento da RFB contraria a prática internacional, bem como o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito de Informática. Dispõe a Lei n.º 9.609 de 1998, os programas de computador podem ser objeto de (i) contrato de licença de uso do software, (ii) contrato de licença de comercialização e distribuição de software e (iii) contrato de transferência de tecnologia, sendo que, apenas no caso do contrato de licença de comercialização e distribuição de software é que se verifica a exploração do direito autoral por parte do autor mediante recebimento de royalties.

Desse modo, em que pese a RFB entender que a aquisição de licenças de uso de software para revenda seria passível de tributação pelo IRF, essa exigência é ilegal na medida em que apenas os royalties pagos pelo licenciamento do direito de comercialização e distribuição de software estariam submetidos à retenção do imposto.

Saliente-se, por fim, que a RFB modificou as conclusões em contrário constantes em Soluções de Consulta ou em Soluções de Divergência emitidas antes da publicação desse ato, independentemente de comunicação.

Tributário | SUPREMO SUSPENDE CLÁUSULAS DO CONVÊNIO ICMS QUE REGULAMENTA O ICMS-ST

No dia 29 de dezembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de decisão monocrática proferida pela ministra Carmem Lúcia nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.866, deferiu medida cautelar suspendendo os efeitos de diversas cláusulas do Convênio ICMS que regula a exigência do ICMS-ST.

Tendo por objetivo regular a substituição tributária do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS-ST) nas operações interestaduais, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) havia celebrado o Convênio ICMS nº 52 de 2017.

Por meio do referido convênio, que passaria a produzir efeitos a partir de janeiro de 2018, pretendeu-se delegar aos convênios a competência para regular a exigência do ICMS-ST, trazendo regras sobre incidência, responsabilidade tributária, base de cálculo, alíquota, entre outras questões atinentes ao regime tributário de substituição tributária.

Entretanto, diante da flagrante inconstitucionalidade do convênio, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) propôs a ADI objetivando a declaração de sua inconstitucionalidade, vez que agride ao Princípio da Legalidade, da Competência Reservada à Lei Complementar e aos Convênios e à Não-cumulatividade do ICMS.

Reconhecendo a abusividade do ato do CONFAZ, a Ministra entendeu que o convênio desobedeceu a cláusula constitucional de reserva de lei, prevista nos artigos 146, inciso III, artigo 150,

parágrafo 7º, e artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, da Constituição Federal, pois caberia à lei complementar nacional estabelecer as diretrizes básicas do ICMS como a definição dos fatos geradores, base de cálculo e os contribuintes.

Vale lembrar que a decisão seguiu diversos precedentes do Plenário da Corte, como nos autos da ADI nº 4628, em que a substituição tributária, "em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de lei complementar. A essência da norma constitucional deve ser preservada, portanto, a sistemática relativa a imposto, apesar de outorgada à competência estadual, é de configuração jurídica nacional."

Ou seja, os Estados possuem competência para a instituição e cobrança do ICMS, que o fazem por meio de lei ordinária, respeitando os princípios que o norteiam, ditados na Constituição Federal, nas Leis Complementares nº 87 de 1996 (Lei Kandir) e nº 24 de 1975, e na Lei nº 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional).

Desta forma, as cláusulas 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 12ª, 13ª, 14ª, 16ª, 24ª e 26ª do Convênio ICMS nº 52 de 2017 estão com os seus efeitos suspensos até um novo exame da matéria pelo relator do caso, ministro Alexandre de Moraes, ou pelo Plenário do Tribunal em virtude da medida cautelar ter sido deferida em caráter monocrático e por urgência.

É importante destacar que a decisão não altera os efeitos das demais cláusulas do convênio, as quais, caso internalizadas pelos Estados por meio de lei estadual e em respeito à Lei Complementar nº 87 de 1996, poderão produzir efeitos sobre a apuração do ICMS-ST nas operações interestaduais.

Cível Empresarial | TRIBUNAIS AINDA NÃO PACIFICARAM ENTENDIMENTO SOBRE A ESTABILIZAÇÃO EM TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Há quase dois anos desde a entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, que alterou o Código de Processo Civil (CPC/15), ainda não há uma definição sobre o entendimento dos Tribunais acerca do instituto da estabilização, previsto no art. 304 do CPC/15, de possível aplicação às hipóteses de deferimento da tutela antecipada em caráter antecedente.

O art. 303 do CPC/15 prevê que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a parte autora poderá apresentar, na petição inicial, apenas o pedido de tutela antecipada (antecedente), demonstrando a presença dos requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Uma inovação da Lei nº 13.105/15 é a possibilidade de estabilização da decisão que concede a tutela antecipada antecedente. Assim, uma vez deferida a medida requerida, a decisão torna-se estável, se contra ela não for interposto o respectivo recurso (art. 304, CPC/15), o que resultará na consequente extinção do processo (art. 304, §1º, CPC/15).

Ou seja, de acordo com a previsão legal, somente a interposição de recurso de Agravo de Instrumento (art. 1.015, I, CPC/15) poderia evitar a estabilização e, caso não seja interposto, deverá a parte prejudicada ajuizar nova ação para questionar a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente.

Todavia, o instituto vem sendo objeto de interpretações divergentes, pelos Tribunais. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, tem entendido que: (i) considera ser imprescindível a interposição do

Agravo de Instrumento para se evitar a estabilização (AC nº 1.0372.16.004575-6/0001, DJe. 11/12/17; AC 1.0372.16.004488-2/001, DJe. 21/11/17; AI 1.0515.16.003668-4/003, DJe. 28/09/17; AC 1.0372.16.002118-7/001, DJe. 27/4/17; AC 1.0348.16.000489-4/001, DJe. 8/11/16); (ii) entende que qualquer tipo de manifestação, como a contestação ou impugnação genérica contra o pedido e a decisão, seriam suficientes para afastar a estabilização (AC nº 1.0372.17.000390-2/0001, DJe. 5/12/17; AC 1.0372.16.002397-7/001, DJe. 21/3/17).

O Tribunal de Justiça de São Paulo apresenta divergência semelhante. No recurso de Agravo de Instrumento nº 2129259-58.201.8.26.000 (Dje. 28/9/16), considerou-se que a impugnação genérica da parte prejudicada, sem a interposição de recurso, seria suficiente para evitar a estabilização. A maioria das decisões, de outro modo, considera que o recurso de Agravo de Instrumento é necessário para evitar a estabilização da decisão e a consequente extinção do processo (AC 1022433-59.2016.8.26.0506, DJe. 23/2/17; AI 2010550-30.2017.8.26.0000, DJe. 23/2/17; AC 2089702-30.2017.8.26.0000, DJe. 12/7/17).

De um modo geral, verifica-se que as decisões dos Tribunais, majoritariamente, entendem necessária a interposição de agravo de instrumento para impugnar a decisão, a despeito de uma interpretação mais extensiva do art. 304 do CPC/15, acima mencionada, sendo recomendável, portanto a interposição do referido recurso para evitar a estabilização e a consequente extinção do processo.

Tributário | **STJ AFASTA A TRIBUTAÇÃO DO IRPJ E DA CSL SOBRE CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS**

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 1.517.492/PR, reconheceu a não incidência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre incentivos fiscais oferecidos na forma de créditos presumidos de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), oferecidos para a atração de investimentos.

Na medida em que incentivos fiscais, como os créditos presumidos outorgados, são redutores dos custos fiscais de ICMS dos contribuintes, permitindo aos Estados incentivar políticas de redução do custo dos produtos à atração de investimentos, entenderam os ministros que a tributação de tais valores pelo IRPJ e pela CSL implicaria influência da União sobre a política econômica e social dos Estados e do Distrito Federal.

Eliminando a divergência existente na jurisprudência do STJ, o Tribunal fez prevalecer a tese de que o Pacto Federativo estabelecido pela Consti-

tução Federal (CF) impede que a União tribute receita financeira renunciada pelos Estados e pelo Distrito Federal (DF), de modo que a imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, "a", CF) entre os entes federativos afasta a incidência do IRPJ e da CSL.

A tese em referência ganha ainda maior força no que tange à incidência do IRPJ e da CSL sob o regime de apuração do Lucro Presumido, uma vez que a recuperação de custos fiscais não pode ser considerada como receita bruta de venda de mercadorias e serviços e não pode ser considerada base de cálculo dos tributos sobre renda e lucro.

Com este julgamento, espera-se que o STJ tenha pacificado seu entendimento no sentido de que não incide IRPJ e CSLL sobre aumento patrimonial decorrente da recuperação de custos fiscais de ICMS mediante créditos presumidos outorgados pelos Estados membros.

Tributário | **TRIBUTAÇÃO DOS EFEITOS DO PERT**

Apesar de o Governo Federal ter instituído o Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) com o objetivo de conceder condições especiais para o pagamento de débitos tributários no âmbito da Receita Federal do Brasil (RFB) e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a desoneração oferecida seria submetida à exigência do PIS, da COFINS, do IRPJ e da CSL segundo o entendimento manifestado pelo Fisco Federal.

Em que pese a legislação ter por objetivo a regularização da situação fiscal das empresas, o Presidente da República vetou o artigo da Lei nº 13.496 que dispunha sobre a não incidência da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSL) sobre a recuperação de custos fiscais relacionados à anistia e remissão ora oferecida.

Todavia, mesmo diante do veto em referência, deve-se ter em mente que eventual incidência fiscal dependeria da análise caso a caso, na medida em que os registros contábeis resultantes da regularização fiscal no âmbito do PERT não representam muitas vezes riqueza nova ou aumento patrimonial.

Inicialmente, cumpre observar que ao perdoar o pagamento de juros, multas e encargos, o Governo Federal não está transferindo riqueza nova aos contribuintes, mas apenas abrindo mão do recebimento de acréscimos legais decorrentes do não recolhimento tempestivo de tributos. Como já observado pelos Tribunais, o PIS e a COFINS incidem sobre o auferimento de receita resultante da venda de mercadorias, prestação de

serviços ou outras atividades do objeto social das empresas. Ou seja, valores ou direitos auferidos em razão das atividades operacionais das empresas.

Sendo assim, receitas ou redutores de custos resultantes do perdão de parte do passivo tributário não seriam receitas tributáveis pelas contribuições sociais por não levarem à ocorrência do fato gerador dos tributos. Já no que diz respeito ao IRPJ e à CSL, o fato gerador dos tributos é o auferimento de "disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital". Sendo assim, a princípio, a recuperação de custos fiscais mediante a concessão de anistias e remissões representariam lucros tributáveis pelo IRPJ e pela CSL.

Entretanto, como os tributos e seus encargos legais podem ter deixado de impactar por alguma razão a apuração do lucro tributável quando do registro da provisão ou despesa, o registro da receita ou redução de custo não representaria renda tributável pelo IRPJ e pela CSL.

Por exemplo, tendo a cominação da multa de ofício resultado no registro de uma despesa indedutível, a receita resultante da redução do custo fiscal deveria ser excluída do lucro líquido.

Conclui-se assim que apesar da inexistência de regra expressa desonerando os efeitos do PERT da tributação, o perdão de juros, multas e encargos não representaria receita tributável pelo PIS e pela COFINS e nem todos os valores perdoados seriam considerados lucro tributável pelo IRPJ e pela CSL.

Trabalhista | **REFORMA TRABALHISTA: IDENTIDADE ENTRE SÓCIOS NÃO CONFIGURA GRUPO ECONÔMICO**

Antes da reforma trabalhista, os tribunais vinham entendendo que a mera identidade entre sócios, diretores ou conselheiros, independente de ramo de atuação e da existência de personalidade jurídica própria, poderia levar ao reconhecimento de grupo econômico entre as empresas e, conseqüentemente, de sua responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas.

Ou seja, restavam caracterizados grupos econômicos entre empresas com objetos sociais e atividades totalmente distintas, apenas por haver identidade de um sócio, diretor ou conselheiro, mesmo que não houves-

se qualquer relação hierárquica ou existência de controle entre elas.

Contudo, a chamada Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) alterou os requisitos necessários ao reconhecimento do grupo, definindo como fundamental para a sua caracterização: o interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas e não a identidade de sócios ou administradores.

Com base nas novas regras, o Juízo da 18ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ indeferiu o pedido realizado pelo ex-funcionário de uma empresa de paisagismo, que buscava o reconhecimento do grupo econô-

mico entre duas empresas que possuíam os mesmos sócios e funcionavam no mesmo endereço:

“Melhor analisando os autos, não foram encontrados os requisitos necessários para que seja configurada a existência de grupo econômico, como preconiza o art. 2º, § 2º da CLT. As empresas apontadas como formadoras de grupo econômico possuem sócios em comum, estão situadas no mesmo endereço, contudo, não restou demonstrado controle administrativo e financeiro entre as empresas. A mera identidade de sócios não caracteriza o grupo econômico, pois são necessários para a configuração do grupo três requisitos, quais sejam: a demonstração do interesse

integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes (artigo 2º, parágrafo 3º, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017).”

A decisão, entretanto, ressaltou a possibilidade de “abertura de incidente de desconsideração inversa”, no qual a parte poderia, demonstrando os requisitos, responsabilizar outras empresas pelas dívidas de seus sócios. Processo nº: 0010357-45.2014.5.01.0018

Colaboraram com a presente edição:

Elisa Silva de Assis Ribeiro, Gilberto Ayres Moreira, Taís Cruz Habibe, Marcelo Corrêa, Cláudia Abrósio, Leonardo Brito, Liliane Vieira, Luciano Martins

São Paulo - SP

Rua Gomes de Carvalho,
1356, 1º andar
Vila Olímpia
Tel.: +55 11 3995-5190
Tel.: +55 11 3995-5191

Belo Horizonte - MG

Av. Getúlio Vargas, 258
14º andar
Funcionários
Tel.: +55 31 3254-3600
Tel.: +55 31 3254-3636

