

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Destaques desta edição

Mercado de Capitais / Societário

- A Comissão de Valores Mobiliários edita nova instrução a respeito dos procedimentos relativos à atuação sancionatória..... 01
- O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional sobrevive à extinção determinada pelo Decreto nº 9.759/2019..... 3

Previdência Complementar

- A previdência complementar na MP 881 (declaração de direitos de liberdade econômica)..... 7
- Extinção da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da PREVIC por força do Decreto 9.759/2019..... 13
- STF reforma decisão do TST: competência da justiça comum para o julgamento de ação que verse sobre o contrato previdenciário..... 16
- STJ: Participante é condenado à recomposição de reserva matemática em razão da majoração do benefício complementar deferido em ação pretérita na justiça do trabalho..... 18

Tributário

- Receita Federal do Brasil edita solução de consulta sobre a impossibilidade de diferimento da amortização fiscal do ágio após incorporação, cisão ou fusão..... 22
- Brasil assina acordo para evitar a dupla tributação com o Uruguai..... 24
- A problemática possibilidade de extinção do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro (CCERJ)..... 29
- Crédito presumido de ICMS não integra base de cálculo do IRPJ e da CSLL, independentemente de qual seja a classificação, se para custeio ou investimento..... 32
- Streaming e veiculação de publicidade na internet: a adoção de regime diferenciado para emissão de uma única Nota Fiscal de Serviço Eletrônica ao final de cada mês..... 34

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

**Mercado de
Capitais /
Societário**

A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS EDITA NOVA INSTRUÇÃO A RESPEITO DOS PROCEDIMENTOS RELATIVOS À ATUAÇÃO SANCIONATÓRIA

Fábio Lemos de Oliveira*

Briza Braga**

Recentemente, em 17 de junho de 2019, com vistas a incorporar na regulamentação as novas regras estabelecidas pela Lei Federal n.º 13.506, editada em 13.11.2017, assim como revisar os procedimentos de natureza sancionatória, a Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) publicou a Instrução CVM n.º 607 (“ICVM 607/19”), a qual revogou expressamente as Deliberações CVM n.º 390/2001, n.º 538/2008 e a Instrução CVM n.º 491/2011.

Anteriormente as normas que regulavam os processos administrativos sancionadores no âmbito da CVM estavam dispersas em diversas instruções, de modo que a ICVM 607/19 consolida as normas esparsas em uma única instrução e traz algumas inovações, com relação aos ritos dos procedimentos sancionadores.

Dentre as principais inovações trazidas pela nova Instrução CVM 607, cabe destacar as mais relevantes:

- a. **Crítérios para instaurar ou não um Processo Administrativo Sancionador.** O artigo 4º, inciso I, da ICVM 607/19 determina três hipóteses, em que as superintendências após as investigações sobre supostas infrações podem deixar de lavrar o termo de acusação caso se conclua por: (i) inexistência de irregularidade; (ii) extinção de punibilidade; e (iii) restar demonstrado a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade de possibilidade de lesar um bem jurídico

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

tutelado, e a possibilidade de utilizar outros instrumentos que a superintendência julgue mais adequado.

- b. **Outras medidas de supervisão**, prevendo a atuação preventiva, por meio de expedição de ofício de alerta e a ação coordenada com instituições autorreguladoras (art. 4º, §2º).
- c. **Previsão de intimação e citação eletrônicas**, a norma prevê, expressamente, que quando o acusado já for cadastrado no sistema de processo eletrônico da CVM poderá ser citado e intimado de forma eletrônica, bem como determina que após a citação, a intimação se dará por meio da seção “Diário Eletrônico” da página da CVM.
- d. **Contagem de Prazo em dias úteis e prazos individuais**. A prática adotada pela CVM era a contagem em dobro do prazo para apresentação de defesa, sempre que o processo tivesse pluralidade de acusados e patronos. Adicionalmente, a pedido dos advogados, o prazo de defesa dos acusados era unificado para uma mesma data. Com a redação dos arts. 25 e 29, os prazos passarão a ser contados em dias úteis e, ainda, serão considerados individualmente, não sendo passíveis de unificação. Limitou-se, ainda, a prorrogação do prazo por uma única vez, mediante requerimento fundamentado da parte interessada (arts. 25 e 29).
- e. **Incidentes e Nulidades**. A norma prevê a possibilidade de incidentes processuais, que poderão ser submetidos para análise prévia do relator do processo que, por sua vez, poderá decidir sobre tais incidentes ou submetê-los ao Colegiado (art. 39), inclusive no que diz respeito à análise de eventuais nulidades.
- f. **Reconhecimento do fim do voto “minerva”**. Em consonância com o posicionamento vigente do Colegiado, o art. 55, parágrafo único,

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

dispõe que, em caso de empate, deverá prevalecer à posição mais favorável ao acusado. Muito embora o entendimento dominante, nesse momento, seja de que o voto minerva não poderia ser aplicado em desfavor do acusado, tal alteração é relevante pois impede uma mudança de posicionamento por parte do Colegiado e sedimenta tal entendimento em instrução da CVM.

- g. **Regulamentação do Acordo de Supervisão na CVM**, que é uma espécie de “colaboração premiada”, e poderá ser acordada entre o infrator e a CVM, em troca de redução das sanções administrativas e até mesmo a sua extinção.

Por fim, cabe mencionar o estabelecimento de critérios mais objetivos para o cálculo da dosimetria das penas aplicadas pela CVM em seus Processos Administrativos Sancionadores. O procedimento adotado pela ICVM 607/19 ocorrerá da seguinte maneira: (i) fixação da pena-base; (ii) aplicação de circunstâncias agravantes e atenuantes; e (iii) aplicação das causas de redução de pena. Contudo, também foi estabelecido o limite máximo de até R\$50 milhões para a aplicação de multa.

*Fábio Lemos de Oliveira é advogado sênior de Bocater Advogados (foliveira@bocater.com.br)

** Briza Braga é estagiária de Bocater Advogados (bbraga@bocater.com.br).

O CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL SOBREVIVE À EXTINÇÃO DETERMINADA PELO DECRETO Nº 9.759/2019.

Luiza Rangel de Moraes*

Briza Braga**

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) foi criado pelo Decreto n.º 91.152 de 15 de março de 1985, com a finalidade de substituir o Conselho Monetário Nacional (“CMN”), regulado na Lei nº 4.595/64, na sua atribuição de julgar os recursos das decisões em processos administrativos sancionadores, no âmbito de mercado financeiro e de capitais. É composto por oito integrantes designados pelo Ministro da Fazenda, sendo quatro entre os indicados pelo setor público e quatro pelo setor privado.

A sua criação justificou-se pela necessidade de se instituir entidade especializada na atividade sancionatória, com aumento da qualidade técnica das decisões recursais, mas também para desafogar o CMN, permitindo que ele se dedicasse integralmente à formulação da política de moeda e crédito.

Ao longo do tempo, foram conferidas novas atribuições ao CRSFN, sempre de modo a reforçar seu caráter de tribunal administrativo. Assim, com o advento da MP n. 785, de 23.12.1994, posteriormente transformada na Lei nº 9.069, de 29/06/1995, lhe foi transferida a competência para apreciar os recursos contra penalidades aplicadas por "infrações à legislação cambial, de capitais estrangeiros, de crédito rural e industrial", antes exercida pelo próprio Bacen.

O CRSFN (conhecido como “Conselhinho”) exerce a função de segunda instância administrativa para os recursos das decisões do Banco Central do Brasil (BACEN), Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (“COAF”), incorporado, em 2012, como mais uma competência do Conselhinho.

Em 11 de abril deste ano foi editado o Decreto federal nº 9.759, que determinava a extinção, a partir de 28 de junho de 2019, de todos os conselhos, comitês, comissões, grupos e outros tipos de colegiados

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

ligados à administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, que tenham sido criados por “decreto, incluídos aqueles mencionados em leis nas quais não conste a indicação de suas competências ou dos membros que o compõem”.

A justificativa de tal Decreto consistia no enxugamento da estrutura governamental e na economia de recursos, na medida em que seriam extintos órgãos considerados inoperantes e ineficientes. Seriam criados, posteriormente, os conselhos e comitês que demonstrassem a necessidade de sua existência, no âmbito da administração pública.

Ocorre que o Partido dos Trabalhadores ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (ADI 6121), postulando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 9.759, sob o argumento de que somente poderia se dar a extinção dos conselhos federais por meio de lei aprovada no Congresso, requerendo, ainda, concessão de medida liminar, para a imediata suspensão integral do Decreto.

Foi concluído, em 13 de junho de 2019, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento do pedido de liminar formulado na referida ADI, que até pode indicar o teor da decisão de mérito da ação.

Foram dois dias de julgamento. No primeiro, em 12 de junho, cinco dos Ministros – Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello e Carmen Lúcia – acolheram integralmente os argumentos da ADI, entendendo que nenhum conselho poderia ser extinto por decreto, porque tal ato dependeria de lei. No dia seguinte, os demais seis ministros – Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello, Luiz Fux, Alexandre Moraes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli – se posicionaram no sentido de que apenas os colegiados criados por lei, ou por decreto,

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

mas mencionados em leis posteriores, estariam fora da competência normativa do Poder Executivo.

Assim, por seis votos a cinco, os ministros do STF limitaram o alcance do decreto presidencial em tela, firmando o entendimento no sentido da preservação de todos os colegiados ligados à administração pública, que tivessem previsão em lei.

Tecnicamente, a liminar suspende o Inciso I, do Art. 1º do Decreto nº 9.759/2019 em sua redação original, que permitia a extinção de órgãos criados por “decreto, incluídos aqueles mencionados em leis nas quais não conste a indicação de suas competências ou dos membros que o compõem”. Esse decreto foi alterado em 31 de maio de 2019 pelo Decreto nº 9.812/2019. A nova redação já está adequada à decisão do STF, eliminando a possibilidade de que até mesmo os citados em lei poderiam ser extintos.

No seu voto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que os efeitos do Decreto não poderiam “recair sobre colegiados que foram de algum modo consagrados ou mencionados em lei”. E prossegue, afirmando “o Executivo não pode legislar por decreto, essa é uma máxima que decorre do texto constitucional”.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso disse, no seu voto, que concordava com a medida tomada pelo decreto presidencial de extinguir todos os conselhos onerosos e desnecessários. Porém, achou que seria uma medida excessiva, porque o decreto atinge até os que têm papel fundamental para o funcionamento da administração pública.

Vale ressaltar que a atuação do CSFN, como segunda instância administrativa, é de suma importância, na medida em que representa a preservação do princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado na

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Previdência Complementar

nossa Constituição Federal, de modo a assegurar aos jurisdicionados, ainda em âmbito administrativo, a revisão da decisão que lhes aplicou penalidades.

*Luiza Rangel de Moraes é sócia de Bocater Advogados (lrangel@bocater.com.br)

** Briza Braga é estagiária de Bocater Advogados (bbraga@bocater.com.br).

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA MP 881 (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA)

Flavio Martins Rodrigues*

Matheus Corredato Rossi**

O presente artigo tem o propósito de destacar o grande interesse de algumas disposições contidas na Medida Provisória nº 881, de 30.04.2019 (“MP 881”), denominada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, para o Regime de Previdência Complementar, inclusive quando operado pelas entidades fechadas de previdência complementar (“EFPC”).

Basicamente, a MP 881 estabelece diversas alterações legislativas, visando proteger a livre iniciativa e delimitar a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

É necessário, primeiramente, apontar que a Medida Provisória “*estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica (...)*” (art. 1º, *caput*).

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

O art. 202 da Constituição Federal determina que a previdência complementar possui natureza privada, contudo o tema está posicionado no Título VIII, que trata da Ordem Social. A matéria é sempre objeto de discussões complexas, sendo majoritária a posição de que *"mesmo em sua modalidade fechada, [a previdência complementar] deve ser incluída no domínio das atividades econômicas em sentido estrito"*, nas precisas palavras do Professor Daniel Pulino.¹

Assim, é forçoso entender que a MP 881 se aplica às EFPC, protegendo e ampliando o seu papel como agente da atividade econômica privada.

Essa nova abordagem possibilita iniciativas inovadoras capazes de ofertar novos planos de benefícios complementares, voltados para a população trabalhadora brasileira e suas famílias.

É bom lembrar que a Lei Complementar 109/2001 dispõe que a atuação do Estado é exercida, primordialmente, para *"proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios"* (art. 3º, VI). Com a edição da MP 881, esse objetivo será também atingido a partir da *"presunção de boa-fé nos atos praticados"* pela EFPC (art. 3º, V da MP 881) e por meio de *"interpretação (...) [capaz de] preservar a autonomia de sua vontade"* (art. 3º, V da MP 881). Em outras palavras, a atuação do órgão de supervisão – a Superintendência Nacional de Previdência Complementar-

¹ in Previdência Complementar: Natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas, SP – Conceito Editorial, 2011.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

PREVIC – deverá se pautar por esses dois novos padrões apresentados de forma expressa pela referida Medida Provisória.

O inciso IX do art. 3º da MP 881 determina seja fixado de um *"tempo máximo"* para as autorizações estatais, sendo que o *"silêncio da autoridade competente, importará em aprovação tácita para todos os efeitos"*. A Instrução PREVIC nº 05, de 03.09.2018, *"define prazos para análise de requerimentos que se encontram no âmbito da competência da Diretoria de Licenciamento – Dilic"* dessa autarquia federal. Há, porém, atos de competência de outros órgãos da PREVIC e mesmos os prazos fixados para a Diretoria de Licenciamento passam a ter a *"solução"* da aprovação tácita.

Outra orientação trazida pela MP 881 é no sentido de que o Estado não incida no *"abuso do poder regulatório"* (expressão usada no art. 4º, caput). Para o foco restrito dessa análise, esse dispositivo proíbe *"aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios"* (art. 4º, VI). Sabe-se que a previdência complementar está fundada em *"reservas que garantam o benefício contratado"* (essa é a técnica redação do art. 202, caput da Constituição). Por conseguinte, os custos decorrentes da regulação tornam os planos na modalidade de benefício definido mais caros e restringem a formação de maiores reservas individuais em planos de contribuição definida, *"prejudicando"* os participantes, em desacordo com o comando central de sua proteção contido no art. 3º, VI, da LC 109/2001.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Ainda no âmbito da regulação, o art. 5º da Medida Provisória determina que *"as propostas de edição e de alteração de atos normativos (...), editadas por órgão ou entidade da administração pública federal (...) serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico"*.

Deve-se reconhecer que, em todo o mundo, a previdência complementar possui forte regulação por conta dos respectivos bens jurídicos tutelados, mas deve estar protegida em face do referido *"abuso do poder regulatório"*. A MP 881 inverte, por assim dizer, a lógica da regulação, impondo à Administração Pública o ônus de empreender aferições prévias à edição de regras reguladoras. Trata-se de uma boa prática de governança no setor público, alinhada inclusive com o Princípio da Eficiência. Naturalmente, essas análises deverão ser tornadas públicas por força do compromisso constitucional com outro princípio que é a publicidade de sua atuação, tal como determina o art. 37, *caput* da Constituição Federal.

Quanto ao aspecto dos investimentos das EFPC, a MP 881 trouxe relevantes modificações que conferem maior proteção aos recursos garantidores dos planos de benefícios investidos nos diversos segmentos.

A esse respeito, cabe destacar, inicialmente, a alteração introduzida no art. 50 do Código Civil, estabelecendo contornos mais objetivos para a aplicação do instituto da

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

desconsideração da personalidade jurídica (art. 7º da MP 881). Como é sabido, as EFPC possuem investimentos vultosos em participações societárias (*equity*) e, portanto, estão expostas aos riscos inerentes a essa modalidade de investimento, dentre eles, a responsabilização patrimonial dos sócios pelas dívidas da pessoa jurídica ainda que de forma excepcional (embora em alguns ambientes jurisdicionais essa “excepcionalidade” venham se transformando em “regra”).

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pelo Poder Judiciário, sob a premissa de proteção do bem jurídico socialmente relevante, nem sempre tem ocorrido de forma uniforme e gera evidente insegurança jurídica, inibindo investimentos em novos segmentos econômicos. Claramente, as mudanças introduzidas visam limitar as decisões judiciais acerca da matéria, contribuindo assim para a melhoria do ambiente de negócios no Brasil em geral e para as EFPC em especial.

O segundo aspecto a ser destacado, é a possibilidade de criação da regra de limitação da responsabilidade de cada cotista de fundo de investimento, ao valor de suas cotas (art. 7º da MP 881).

Atualmente, vigora a regra de que os cotistas respondem por eventual patrimônio líquido negativo do fundo, sem prejuízo da responsabilidade do administrador e do gestor em caso de inobservância da política de investimento ou dos limites de concentração previstos (art. 15 da Instrução CVM 555/2014).

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Nesse sentido, levando-se em conta que os fundos de investimento não são equiparados diretamente às sociedades empresárias, nos parece possível sustentar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não seria aplicável aos fundos de investimento, estabelecendo a MP 881 uma salutar limitação de responsabilidade.

Por sua vez, a regra do art. 15 da Instrução CVM nº 555, de 17.12.2014, passou a ter uma aplicação facultativa, sendo reservada especialmente para aqueles fundos, cuja política de investimento é voltada às operações com alavancagem acima de uma vez o patrimônio líquido do fundo. Nestes casos, a responsabilidade dos cotistas por eventual patrimônio líquido negativo do fundo, constitui-se elemento essencial ao produto financeiro, naturalmente de maior risco, sem o qual não haveria condições de colocação no mercado.

De qualquer forma, considerando as características dos riscos inerentes a investimentos em fundos, sobretudo aqueles que dependem fortemente da atuação concreta do gestor, é fundamental que a EFPC identifique mecanismos de alinhamento de interesses com os prestadores de serviços do fundo (*skin in the game*, co-investimento direto, taxa de *performance*, etc.), os quais podem evitar situações indesejadas e complexas como é caso do patrimônio líquido negativo do fundo.

Em nossa opinião, os comandos contidos na MP 881 reforçam e estimulam as atividades das EFPC, cujo resultado tenderá ser a ampliação da oferta de planos de benefícios

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

complementares e o incremento de investimentos capazes de gerar maiores retornos.

*Flavio Martins Rodrigues é Sócio Sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br).

**Matheus Corredato Rossi é Sócio de Bocater Advogados (mrossi@bocater.com.br).

EXTINÇÃO DA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA PREVIC POR FORÇA DO DECRETO 9.759/2019

Flavio Martins Rodrigues*

Andréa Marciano Neubarth Côrrea**

Felipe Costa***

O Decreto nº 9.759, de 11.04.2019 (“Decreto 9.759/2019”), extinguiu colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O seu art. 2º, inciso III equiparou as comissões aos colegiados para fins de extinção. Posteriormente, por conta da Ação Direta de Constitucionalidade ADIN nº 6121, de 2019, foram determinados limites ao normativo original.

A Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem (“CMCA” ou “Comissão”) da Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC, instalada desde 2010, por força da Instrução PREVIC nº 7, de 09.11.2010, foi abrangida pela extinção e teve suas atividades extintas a partir do dia 28.06.2019, na forma do *caput*, do art. 5º do mencionado Decreto.

A CMCA tinha a competência de promover a mediação e a conciliação com o propósito de obter soluções consensuais de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

controvérsia, entre as entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe fossem submetidos.

Os métodos alternativos estão sendo cada vez mais utilizados em todo o mundo como forma de obstar o incremento de litígios submetidos ao Poder Judiciário. As soluções intentadas pelas partes interessadas, além de mais céleres, representam menores custos para as empresas e/ou demais pessoas capazes de contratar.

O Estado não só permite tais métodos como os estimula, conforme o Código de Processo Civil² e a Lei nº 9.307, de 23.09.1996, que dispõe sobre a arbitragem.

Além dos benefícios decorrentes da não utilização da estrutura judicial do Estado, inerentes ao processo de conciliação ou decisão arbitral, a CMCA, na forma do Regulamento de Mediação, Conciliação e Arbitragem da PREVIC³, devia observar como princípios deste procedimento: (i) a igualdade entre as partes; (ii) a imparcialidade dos integrantes da Comissão; (iii) a oralidade, a simplicidade e informalidade; e (iv) a economia processual e a celeridade.

² Verifique-se o dispositivo do atual Código de Processo Civil

Art. 3 Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (...)

³ A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

³ Revisto pela Instrução PREVIC nº 10, de 20.06.2014.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Sem grande esforço, fica evidenciada a importância da CMCA para o regime de previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar. Sabe-se que vários conflitos foram resolvidos no âmbito da CMCA, embora não se tenha acesso às estatísticas pelo sigilo dos procedimentos.

O art. 6º Decreto 9.759/2019 deu prazo até 28.06.2019 para que fossem encaminhadas as propostas de recriação dos colegiados extintos, dentro de determinados critérios de atuação. Não se tem notícia de que providências nesse sentido tenham sido adotadas pela PREVIC, mas esperamos que, assim que possível, a Comissão seja novamente instalada, dado que vinha exercendo suas atividades com sucesso, em prol dos administrados.

*Flavio Martins Rodrigues é Sócio Sênior de Bocater Advogados (frdrigues@bocater.com.br).

**Andréa Marciano Neubarth Côrrea é advogada do Bocater Advogados (acorrea@bocater.com.br)

***Felipe Costa é estagiário do Bocater Advogados (fcosta@bocater.com.br)

STF REFORMA DECISÃO DO TST: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO QUE VERSE SOBRE O CONTRATO PREVIDENCIÁRIO

Pedro Diniz da Silva Oliveira*

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (“SDI-I”) do TST afirmou a competência da Justiça do Trabalho para julgamento de reclamação trabalhista ajuizada somente em face de patrocinador empregador com pedido de repasse de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

contribuições ao plano de benefícios complementar, conforme acórdão publicado dia 23.02.2018, no Recurso de Revista nº 0010318-57.2015.5.03.0018.

A SDI-I entendeu que *"aplica-se analogicamente à espécie a orientação cristalizada na Súmula Vinculante 53, segundo a qual 'A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados'".*

A decisão colegiada da SDI-I foi objeto de Recurso Extraordinário nº 1.158.573, distribuído ao Ministro Relator Ricardo Lewandowski, que em entendimento monocrático, proferiu decisão para reformar o acórdão do TST e remeter os autos à Justiça Comum.

Em breve fundamentação, o Ministro Relator afirmou que o *"Tribunal de origem não se encontra em harmonia com esse entendimento [da modulação]. Como se verifica do acórdão impugnado, a sentença de mérito foi prolatada em data posterior à 20/2/2013, qual seja, 7/7/2015. Assim, aplica-se a modulação de efeitos para que o presente processo não prossiga na Justiça do Trabalho, mas sim na Justiça comum".*

Desse modo, o STF reafirmou a decisão de repercussão geral havida no julgamento do RE 586.453 em 20.02.2013, na qual foi determinada a competência da Justiça Comum para

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

apreciar as demandas que versem sobre relação jurídica oriunda do contrato de previdência complementar.

É importante relembrar que a ementa do RE 586.453 fez constar expressamente: *“A competência para o processamento de ações ajuizadas **contra entidades privadas de previdência complementar** é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho”* (grifou-se).

A mencionada redação possivelmente resultou no posicionamento adotado pelo TST para afirmar a competência da Justiça do Trabalho para julgar o pedido de contribuição previdenciária complementar em face de patrocinador empregador.

Entendemos que a literalidade da ementa do RE 586.453 não significa que a ausência da EFPC no polo passivo da demanda judicial permite o deslocamento de competência para a Justiça Trabalhista.

Basta rememorar que a questão foi amplamente debatida na Corte Suprema, abrangendo todas as relações oriundas do contrato de previdência complementar. Inclusive, o voto do Ministro Dias Toffoli assim consignou: *“vejo no Direito Previdenciário complementar uma autonomia em relação ao Direito do Trabalho, uma autonomia em relação ao vínculo do emprego e, nesse sentido, entendo que não incide a competência da Justiça do Trabalho na forma do art. 114, inciso IX”*.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

O debate sobre a competência material para julgamento de demandas que versam sobre as relações oriundas do contrato previdenciário continua sendo renovado judicialmente, merecendo sempre a atenção por parte dos advogados e dos gestores de previdência complementar fechada.

*Pedro Diniz da Silva Oliveira é advogado de Bocater Advogados (poliveira@bocater.com.br).

STJ: PARTICIPANTE É CONDENADO À RECOMPOSIÇÃO DE RESERVA MATEMÁTICA EM RAZÃO DA MAJORAÇÃO DO BENEFÍCIO COMPLEMENTAR DEFERIDO EM AÇÃO PRETÉRITA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Fernanda Rosa S. Milward Carneiro*

Pedro Diniz da Silva Oliveira*

As decisões dos Tribunais Superiores continuam trazendo grandes desafios de atualização para os gestores de entidades fechadas de previdência complementar (“EFPC”) e seus patrocinadores e participantes.

Mais recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) decidiu, por unanimidade de votos, dar provimento ao REsp nº. 1.624.273/PR, para condenar participante de plano de benefícios a recompor a reserva matemática, face o recálculo do benefício complementar determinado previamente pela Justiça do Trabalho em ação transitada em julgado.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Em suma, o participante ingressou com reclamatória trabalhista em face do ex-empregador e da EFPC postulando a condenação solidária das reclamadas ao pagamento de verba de natureza trabalhista, bem como a repercussão desses valores no benefício complementar pago pela EFPC. A decisão transitada em julgado entendeu pela procedência dos pedidos autorais, impondo à entidade o recálculo do benefício.

Em seguida, a EFPC ajuizou demanda em face do participante na esfera cível. A controvérsia levada à apreciação da Justiça Comum, portanto, não diz respeito à repercussão das verbas remuneratórias no benefício complementar, reconhecidas pela Justiça do Trabalho, mas sim à possibilidade de a EFPC cobrar do assistido a reserva matemática, a fim de assegurar, em favor do plano de benefícios, a recomposição necessária para fazer frente à majoração do benefício já concedida na esfera trabalhista.

Sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a decisão contemplou diretrizes relevantes para a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios, *"de sorte que as contribuições vertidas e os investimentos realizados permitam a constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e a cobertura das demais despesas"*.

O acórdão foi preciso ao esclarecer que o plano de custeio é elaborado com vistas a assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos para com os participantes, assistidos e beneficiários. Com efeito, quando a estimativa de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

desempenho feita pela EFPC não se confirma no tempo, há um desequilíbrio, positivo (superávit) ou negativo (déficit), *"cujos efeitos alcançam todos aqueles que concorrem para o seu financiamento: patrocinadores, participantes e assistidos"*.

Em igual destaque, ressaltou que *"à entidade é vedado dispor livremente dos valores que administra, como se estes integrassem seu patrimônio próprio; é vedado, pelas mesmas razões, transferir reservas financeiras da coletividade para beneficiar um ou alguns de seus filiados, sem o respectivo custeio, sob pena de provocar o desequilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios"*.

Com isso, a decisão concluiu pelo acolhimento da tese defendida pela EFPC, pois *"a circunstância de o regulamento vigente à época da aposentadoria não prever, expressamente, a obrigação de o assistido pagar a reserva matemática adicional, não impede seja essa prestação exigida – inclusive previamente à incorporação dos reflexos das verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho na aposentadoria complementar – com base na regra da contrapartida e no princípio do mutualismo, ínsitos ao contrato de previdência privada celebrado entre as partes"*.

Ao final, esclareceu que o entendimento adotado está em harmonia com as teses firmadas no julgamento do REsp 1.312.736/RS, Tema 955 do STJ⁴, apesar de não haver

⁴ O STJ fixou as seguintes teses para resolução do Tema 955:

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

identidade fática entre os recursos, uma vez que, no caso em análise, o benefício de aposentadoria foi previamente recalculado pela EFPC.

A nosso ver, uma vez mais o STJ proferiu decisão alinhada com os princípios de regência do sistema de previdência complementar fechada, enfatizando a necessária preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios e, por conseguinte, dos interesses dos participantes, assistidos e beneficiários.

* Fernanda Rosa S. Milward Carneiro é advogada de Bocater Advogados (frosa@bocater.com.br).

*Pedro Diniz da Silva Oliveira é advogado de Bocater Advogados (poliveira@bocater.com.br).

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria;

II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho;

III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso;

IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Tributário

RECEITA FEDERAL DO BRASIL EDITA SOLUÇÃO DE CONSULTA SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE DIFERIMENTO DA AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO APÓS INCORPORAÇÃO, CISÃO OU FUSÃO

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Luciana Ibiapina Lira Aguiar**

Francisco Lisboa Moreira***

Felipe Thé Freire****

A Receita Federal do Brasil (RFB) publicou, no último dia 26.06.2019, a Solução de Consulta nº 223, que analisa a possibilidade de diferimento da amortização de ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) após a operação societária de cisão, incorporação ou fusão envolvendo pessoas jurídicas que tenham dado origem ao referido ágio.

A Lei 12.973/14, em seu artigo 22, permite que, havendo a aquisição de participação societária com registro de *goodwill*, este seja amortizado para fins fiscais em período não inferior a 60 (sessenta) meses, a partir momento em que houver a absorção do patrimônio adquirido por operação societária de cisão, incorporação ou fusão.

A situação narrada na Solução de Consulta, sobre a qual a RFB se manifestou, aborda o momento em que deve ser iniciada a amortização do *goodwill* para fins fiscais. O contribuinte sustentava a possibilidade de, mesmo após a absorção do patrimônio adquirido, por operação societária de incorporação, postergar o início da exclusão da amortização do *goodwill* das suas bases de cálculo de IRPJ/CSLL para o momento em que,

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

segundo as suas projeções, a companhia se tornaria lucrativa. O argumento era o de que, sendo o goodwill um ágio por expectativa de rentabilidade futura, a companhia teria a opção de iniciar o seu aproveitamento fiscal tão somente quando se tornasse rentável.

O diferimento, no caso, seria benéfico para a companhia, na medida em que, caso fosse obrigada a excluir o ágio imediatamente, estando em prejuízo fiscal, não teria uma redução do tributo a pagar, mas apenas um aumento do referido prejuízo e da base negativa de CSLL. Como se sabe, o aproveitamento de prejuízo fiscal em períodos subsequentes está limitado a 30% do tributo devido em cada exercício. Haveria, portanto, um impacto no fluxo de caixa da companhia no futuro.

A RFB, no entanto, interpretou de forma diversa a legislação aplicável. Manifestou-se no sentido de que a redação do artigo 22 da Lei 12.973/14, ao permitir a exclusão do *goodwill* "em períodos subsequentes" ao da operação societária após a aquisição, teria determinado que necessariamente o aproveitamento fiscal deveria ocorrer a partir do mês imediatamente posterior ao da operação, independentemente de estar a companhia em prejuízo fiscal ou registrando lucro tributável.

Apesar de o entendimento acima ser contrário aos interesses do contribuinte, fato é que a legislação não impõe qualquer

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

prazo para que a operação societária de cisão, fusão ou incorporação – posteriormente à aquisição – ocorra.

Dessa forma, prevalecendo o entendimento da RFB, ainda assim as pessoas jurídicas que tenham, no passado, participado de operação de aquisição de participação societária com registro de ágio por expectativa de rentabilidade futura, entendemos que poderiam avaliar o melhor momento para proceder à operação de absorção de patrimônio, de preferência, quando houver expectativa de que o lucro tributável seja suficiente para o aproveitamento da exclusão do *goodwill*.

Nossa equipe tributária se coloca à disposição dos nossos clientes para eventuais dúvidas ou esclarecimentos adicionais.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br)

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Francisco Lisboa Moreira é sócio de Bocater Advogados (fmoreira@bocater.com.br)

****Felipe Thé Freire é advogado associado de Bocater Advogados (ffreire@bocater.com.br)

BRASIL ASSINA ACORDO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO COM O URUGUAI

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Luciana Ibiapina Lira Aguiar**

Francisco Lisboa Moreira***

No último dia 07 de junho, os representantes do Brasil e do Uruguai assinaram um Acordo para Evitar a Dupla Tributação

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

(ADT) que coloca marcos importantes na relação econômica entre os dois vizinhos do Mercosul.

Como se sabe, os dois países começaram as tratativas para a assinatura do referido ADT em virtude de uma possível inclusão, pelo Brasil, da jurisdição uruguaia na lista de países com tributação favorecida. Com a evolução das negociações e assinatura do ADT, entende-se que haverá a necessidade de pessoas jurídicas e físicas que, eventualmente, tenham estruturas no Uruguai reavaliam os eventuais impactos tributários decorrentes dos termos do acordo.

O ADT entre Brasil e Uruguai resultou de uma ameaça potencial, por parte do Brasil, de incluir o país na sua lista de paraísos fiscais. Além disso, o ADT irá forçar pessoas físicas e jurídicas que utilizam a jurisdição a revisarem suas estruturas com especial cautela.

Em linhas bastante gerais, pode-se destacar os seguintes aspectos do ADT:

a) Inclusão de uma espécie de *switch-over clause*

A partir do disposto no item 02 do Protocolo, as jurisdições acordaram em estabelecer que o Estado da Fonte dos rendimentos poderá tributar, com base no Artigo 7º (*Lucros das Empresas*), as rendas auferidas em seu território, na hipótese do outro Estado Contratante (i. Estado da Residência) não as tributar de maneira efetiva.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

Não se sabe, até o momento, como será interpretado o referido dispositivo pelas autoridades brasileiras, em especial. De todo modo, é possível que haja a sua aplicação, pelas autoridades, às hipóteses em que os *lucros* não tenham tributação efetiva no Uruguai em virtude do regime de territorialidade aplicável, em grande medida, nesta jurisdição.

b) *Treaty shopping* – Limitação de Benefícios

Além do disposto no item anterior, também foi incluída uma cláusula de “Direito a Benefícios” do ADT, buscando restringir as hipóteses do chamado *treaty shopping*.

De acordo com o referido no Artigo 29 do ADT, os respectivos benefícios do ADT não serão estendidos às entidades que executem as seguintes atividades: i) operem como uma *Holding Company*; ii) desempenhem supervisão geral ou administração de um grupo de sociedades; iii) funcionem para financiamento do grupo (inclusive gestão conjunta de caixa – *cash pooling*); iv) façam ou gerenciem investimentos, a menos que estas atividades sejam conduzidas por um banco, empresa de seguro, ou negociante de valores mobiliários registrado no curso ordinário de seus negócios típicos.

a) Residência fiscal

O artigo 4, item 2, do ADT, por sua vez, menciona as condições específicas para qualificar um contribuinte como residente em um dos dois estados. Este artigo deverá ser observado com bastante atenção e em linha com as regras

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

uruguayas de concessão de residência fiscal para brasileiros que possuam seus centros de interesse econômico naquele país.

c) Dividendos, juros, royalties e rendimentos de serviços

Os artigos 10, 11 e 12 preveem que para dividendos, juros e royalties, a competência tributária será dividida entre os dois países. Isso implica dizer que o Brasil concederá o crédito do Imposto sobre a Renda eventualmente retido na fonte pelo Uruguai, e o mesmo ocorreria na hipótese inversa. Chama-se a atenção para este artigo, caso realmente a reforma tributária do Brasil venha a reintroduzir a tributação sobre dividendos.

d) Dividendos, juros, royalties e rendimentos de serviços

Os artigos 10, 11 e 12 preveem que para dividendos, juros e royalties, a competência tributária será dividida entre os dois países. Isso implica dizer que o Brasil concederá o crédito do Imposto sobre a Renda eventualmente retido na fonte pelo Uruguai, e o mesmo ocorreria na hipótese inversa. Chama-se a atenção para este artigo, caso realmente a reforma tributária do Brasil venha a reintroduzir a tributação sobre dividendos.

Além disso, o Brasil também optou por incluir o artigo 13 (“Remunerações por Serviços Técnicos”), alinhado com a sua

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

política de afastamento das remunerações de serviços do artigo 7 (“Lucros das Empresas”) e também em linha com o artigo 12A da Convenção-Modelo das Nações Unidas, como já vem sendo observado nos acordos negociados e assinados mais recentemente.

e) Intercâmbio de informações

Alinhados com os esforços globais de transparência e de combate à lavagem de dinheiro, o novo ADT inclui um artigo de Intercâmbio de Informações. É importante mencionar as limitações à utilização da informação para fins tributários, e também no contexto dos recentes regimes de anistia fiscal concedidos pelo Brasil para rendimentos não declarados (o RERCT).

f) Entrada em Vigor

O ADT ainda está tramitando nas casas legislativas dos dois países, e não há prazo para início de vigência. Porém, vale lembrar que o ultimo Protocolo ao ADT firmado com a Argentina foi assinado em 2017 e tramitou rapidamente, entrando em vigor cerca de um ano depois.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br)

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Francisco Lisboa Moreira é sócio de Bocater Advogados (fmoreira@bocater.com.br)

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

A PROBLEMÁTICA POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (CCERJ)

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Renan Prétola Silvério de Mendonça**

Bruna Almeida Santos***

Recentemente, o Governador do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, anunciou a sua pretensão de extinguir o Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro (CCERJ). Até o presente momento, ainda não havia sido estabelecido prazo para dissolução da instância revisora, na medida em que, segundo relatado pelo Secretário Estadual da Fazenda⁵, tal proposta ainda seria objeto de debate público ante de que tal providência seja levada a cabo.

A medida pretendida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro se mostra temerária, na medida em que o Tribunal Administrativo, que é composto por dezesseis conselheiros – sendo oito membros fazendários e oito dos contribuintes, em formação paritária, que representam áreas como transporte, comunicação, serviços, agricultura e indústria –, é responsável pelo julgamento de processos tributários que tramitam em segunda instância e que envolvem discussões envolvendo tributos estaduais (ICMS, ITD, IPVA).

A extinção do CCERJ se pauta em três premissas, a nosso ver equivocadas, quais sejam:

⁵ Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/6321895/witzel-quer-fim-de-2-instancia-para-processo-relativo-tributos>. Acesso: 04/07/2019.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- a. a promoção de maior celeridade à tramitação dos processos administrativos relativos aos autos de infração tributários;
- b. a redução do custo administrativo de funcionamento do conselho, uma vez que o Estado está em recuperação de uma grave crise fiscal; e
- c. a suposta inutilidade de uma instância revisora que confirma 70% dos autos de infração por ela julgados.

Ocorre que, ao contrário do que é pretendido pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, caso se concretize a extinção do CCERJ, além de ocasionar o aumento de demandas judiciais ajuizadas, gerando um incremento das despesas com o pagamento de honorários sucumbenciais (hipótese não verificada nas decisões exaradas pelo CCERJ), haverá violação de diversos direitos fundamentais e princípios constitucionais positivados, como, por exemplo, da autotutela, do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição, da eficiência, da efetividade, da segurança jurídica e da proporcionalidade e razoabilidade.

Válido lembrar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a possibilidade de exigência de depósito para interposição de recursos nos processos administrativos fiscais federais (Decreto 70.235/72), no bojo da ADI 1976, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, entendeu que eventual limitação do duplo grau de jurisdição na esfera administrativa consistiria em violação “*séria*” ao direito de petição do contribuinte. Na ocasião, afastou-se a limitação do

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

depósito, de modo a assegurar, de forma plena, a interposição de recursos.

Além disso, a extinção do CCERJ resultará, na realidade, em um aumento no prazo para a resolução de diversos casos, implicando no necessário acesso ao Judiciário. No âmbito administrativo, aliás, há a vantagem de se ter acesso, em teoria, a decisões mais técnicas, já que o CCERJ, como visto, é composto por conselheiros especializados nas matérias analisadas.

Adicionalmente, em que pese à confirmação de 70% dos autos de infração julgados pelo Conselho de Contribuintes, há o cancelamento de 30% deles, o que representa praticamente um terço das autuações apreciadas, número este bastante expressivo. Diante desse fato, com a extinção do CCERJ, certamente, haverá a ruptura na relação de confiança estabelecida no ambiente de negócios, tendo em vista a maior complexidade e o aumento de custos, com a concretização de tal proposta de extinção, para se reverter autuações manifestamente abusivas e ilegais.

Não obstante, de suma importância aludir que entidades jurídicas de grande representatividade, como a Comissão de Assuntos Tributários da OAB/RJ, o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Movimento de Defesa da Advocacia (MDA) e o Colégio de Presidentes de Comissões de Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil, manifestaram repúdio à extinção do Conselho de Contribuintes do Rio de Janeiro, o

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

que em evidencia, ainda mais, a gravidade da medida, acaso seja efetivada.

Nosso escritório seguirá atento ao tema, colocando-se à disposição para eventuais esclarecimentos adicionais.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br);

**Renan Prétola Silvério de Mendonça é advogado de Bocater Advogados (rmendonca@bocater.com.br);

***Bruna Almeida Santos é estagiária de Bocater Advogados (balmeida@bocater.com.br).

CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS NÃO INTEGRA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL, INDEPENDENTEMENTE DE QUAL SEJA A CLASSIFICAÇÃO, SE PARA CUSTEIO OU INVESTIMENTO

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Luciana Ibiapina Lira Aguiar**

Francisco Lisboa Moreira***

Rachel Mira Lagos****

A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) decidiu, na sessão de julgamento do dia 25.06.2019, que é irrelevante a classificação da subvenção como de custeio ou investimento, para que o crédito presumido de ICMS não integre a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

No caso analisado, a União questionava que, em razão de a empresa ter registrado os créditos de ICMS no âmbito do Estado de Goiás como subvenção de custeio, deveriam compor

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

a base de cálculo do IRPJ e CSLL, visto que apenas as subvenções de investimento não integram as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, desde que a empresa tenha registrado em reserva de lucros, nos termos do artigo 30, da Lei nº 12.973/2014.

A União também argumentou que a Lei Complementar nº 160/2017, responsável por incluir os §§ 4º e 5º no art. 30 da Lei nº 12.973/2014, passou a tratar todo e qualquer incentivo ou benefício fiscal de ICMS como subvenções para investimento com, inclusive, aplicação retroativa a processos judiciais e administrativos em aberto.

Por unanimidade, a 2ª Turma do STJ entendeu que as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 160/2017 são irrelevantes, pelo fato de que a 1ª Seção em 2017 (EREsp 1.517.492/PR) já manifestou o entendimento de que os créditos presumidos de ICMS decorrentes de benefício fiscal não devem ser incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, por violar o Pacto Federativo (art. 150, inc. VI, “a”, da Constituição Federal).

Em razão disso, para os ministros da 2ª Turma, tornou-se irrelevante qualquer discussão a respeito do enquadramento do benefício fiscal de ICMS como subvenção para custeio, subvenção para investimento ou recomposição de custos, já que o referido benefício foi excluído do próprio conceito de receita bruta operacional, pela 1ª Seção do Tribunal Superior.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br)

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Francisco Lisboa Moreira é sócio de Bocater Advogados (fmoreira@bocater.com.br)

****Rachel Mira Lagos é advogada associada de Bocater Advogados (rlagos@bocater.com.br)

STREAMING E VEICULAÇÃO DE PUBLICIDADE NA INTERNET: A ADOÇÃO DE REGIME DIFERENCIADO PARA EMISSÃO DE UMA ÚNICA NOTA FISCAL DE SERVIÇO ELETRÔNICA AO FINAL DE CADA MÊS

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Luciana Ibiapina Lira Aguiar**

Francisco Lisboa Moreira***

Rachel Mira Lagos****

As atividades de streaming e veiculação de publicidade na internet foram incluídas na lista anexa de serviços tributados pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISS”) da Lei Complementar nº 116/2003, por meio da Lei Complementar nº 157/2016.

Tais serviços foram incluídos sob item 1.09, no que se refere às atividades de *“disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet”*, ou seja, a prestação de serviços de streaming; e sob item 17.25, no tocante à *“inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita)”*.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Discussões à parte sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre tais atividades, os municípios brasileiros têm buscado adequar suas legislações internas, de forma a incluir as atividades de streaming e veiculação de publicidade na internet como serviços tributáveis pelo ISS.

Com isso, as empresas que exercem essas atividades passaram a cumprir um volume expressivo de obrigações acessórias, em razão das características desses tipos de serviços, que consistem, na maioria das vezes, em assinaturas mensais com baixo valor de aquisição e grande volume de operações.

Por essa razão, não são raros os casos de empresas prestadoras dos serviços de *streaming* e veiculação de publicidade na internet que chegam a emitir 500 (quinhentas) mil Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas (“NFS-e”) por mês.

Sabendo que esse volume de obrigações acessórias viola o princípio da razoabilidade⁶, a Secretaria Municipal da Fazenda de São Paulo, de forma oportuna, aprovou a Instrução Normativa SF/SUREM nº 22/2017, com alterações promovidas pela Instrução Normativa nº SF/SUREM nº 17/2018, possibilitando aos prestadores de serviços descritos nos subitens 1.09 e 17.24⁷ da lista do ISS, emitir uma única NFS-e por subitem, preenchendo o campo “Valor total da nota”

6 Nos termos do artigo 2º, das Leis nºs 14.141/2006 e 9.784/1999, a Administração Pública obedecerá, dentre outros, o princípio da razoabilidade.

7 Embora a Lei Complementar nº 157/2016 tenha tratado os serviços de veiculação de publicidade na internet no item 17.25, o Regulamento do ISS de São Paulo incluiu estes serviços no item 17.24.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

com o somatório do preço dos serviços prestados durante o mês.

Assim, de forma prática, o fisco paulistano possibilitou que os prestadores de serviços de *streaming* e de veiculação de propaganda na internet emitam uma única nota fiscal ao final do mês, contemplando os serviços prestados a todos os clientes.

De modo semelhante, a Secretaria Municipal da Fazenda do Rio de Janeiro emitiu a Resolução SMF nº 2.966/2018, possibilitando também a emissão de uma única NFS-e – NOTA CARIOCA por mês, com o valor total da receita auferida, com serviços de disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem ou texto por meio da internet, para pessoas naturais.

As empresas de prestadoras dos serviços de *streaming* e veiculação de publicidade na internet, portanto, estão aptas a reduzir circunstancialmente o número de notas fiscais emitidas ao final do mês. Essa medida, além de reduzir os gastos com atividades de *compliance*, acaba por dirimir potenciais riscos inerentes à aplicação de multas por irregularidades na emissão de documentos fiscais.

Nossa equipe tributária segue atenta às recentes alterações em relação ao tema, colocando-se à disposição de nossos clientes para o caso de eventuais dúvidas ou esclarecimentos adicionais.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br)

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Francisco Lisboa Moreira é sócio de Bocater Advogados (fmoreira@bocater.com.br)

****Rachel Mira Lagos é advogada associada de Bocater Advogados (rlagos@bocater.com.br)