

INFORME TRIBUTÁRIO

RFAA

Edição 008
Novembro 2021



A essencialidade e a
seletividade no ICMS
sobre a **energia** e
telecomunicações

Por Ronaldo Rayes e Everton Lazaro da Silva

//pág.02

ARTIGO

Amortização de ágio
por empresa veículo
não configura fraude

//pág.04

ARTIGO

Créditos de PIS/COFINS:
novas discussões sobre
o conceito de insumo

//pág.06

Julgamentos

Acompanhe o quadro
de julgamentos virtuais
e presenciais do STF

pg. 08

BOLETIM JURÍDICO TRIBUTÁRIO

NOVEMBRO
2021

Nesta edição do nosso Informe Tributário apresentamos três importantes artigos. “A essencialidade e a seletividade no ICMS sobre energia e telecomunicações”, de autoria do sócio Ronaldo Rayes e do advogado Everton Lazaro da Silva, aborda a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade da incidência de alíquota de 25% a título de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações pelo estado de Santa Catarina, atentando para a aplicação mais justa e correta do princípio da essencialidade.

Outros destaques são o artigo de Mariana Ramilo Santos sobre os créditos de PIS/COFINS e as novas discussões sobre o conceito de insumo, e a decisão do CARF que entendeu que a amortização de ágio por empresa veículo não configura fraude, de autoria de Ana Beatriz Frare Gonçalves e Juliana Keltke S. V. Miraglia.

Além dos artigos, trazemos neste Informe o calendário de pauta de julgamentos do STF.

**Boa
leitura!**



A essencialidade e a seletividade no ICMS sobre a energia e telecomunicações



Por Ronaldo Rayes e Everton Lazaro da Silva

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 714.139/SC-Tema nº 745, cuja celeuma envolvia bem mais do que apenas a discussão quanto a constitucionalidade ou não da incidência de alíquota de 25% a título de ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação pelo estado de Santa Catarina.

O que estava em jogo para debate, a bem da verdade, era a aplicação mais justa e correta do princípio da essencialidade a determinado serviço ou produto cuja existência, nesse caso em concreto, é ímpar para a continuidade ou desenvolvimento de qualquer atividade hoje existente no mercado.

Convém destacar que o argumento do estado catarinense na defesa da sua cobrança, a qual diga-se, desproporcional, caminhava para justificar o percentual mais alto de ICMS para esses setores, em razão do seu seletivo ramo de atuação, ou seja, era fundamentado pela alta capa-

cidade contributiva que tais empresas detêm e, assim, em claro e consequente arrecadação.

O que não estava na conta do argumento estatal era a lógica mais evidente que existe no mercado: quanto maior incidência de tributos ou alíquotas deste sobre determinado serviço ou produto, maior o seu preço e, assim, ainda maior a limitação ao seu acesso e a prestação minimamente adequada aos contribuintes — leia-se, cidadãos!

E tal raciocínio fica fácil de ser extraído quando da leitura do voto do ex-ministro Marco Aurélio Melo, que estabeleceu a tese vencedora: “Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação previstas em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços — ar-

tigos 150, inciso II, e 155 §2º, inciso III, da Carta da República".

Concordemos ou não com as razões para justificar a aplicação de uma alíquota desarrazoada de determinado tributo sobre um produto que, particularmente a nós, possa ter certa relevância ou importância a ponto de discutirmos em debates calorosos e argumentos exaltados, a verdade nesse caso em específico é uma apenas; tanto a energia elétrica quanto os serviços de telecomunicações são inherentemente importantes a tudo e a todos, pois sem um não existe o outro e, sem o outro, não faz muito sentido ou importância a existência do primeiro.

E no recente julgamento, ao menos quanto ao seu mérito, tendo em vista que, dado o histórico recente do STF quando se trata da modulação dos efeitos de determinada decisão, é praticamente imprevisível qual será a solução adotada para esse caso, somando-se ainda a pressão exercida pelos secretários de Fazenda de todo o país para que a decisão tenha efeitos desde 2024 e a sugestão do ministro Dias Toffoli para a aplicação de tal entendimento apenas a partir de 2022, caberá ao STF definir o que deverá prevalecer, fato é que até o presente momento prevaleceu a sabedoria e a razoabilidade.

Em verdade, o STF definiu que não basta o Estado apenas olhar aquilo que lhe interessa quando os fins se justificam para obter uma maior arrecadação, há também de se observar as consequências que eventual aumento demasiado da alíquota de determinado tributo pode gerar na sociedade como um todo. E, nesse caso, essas consequências não só podem como têm sido

diariamente observadas, bastando verificar que o número de cidadãos que voltaram a se utilizar do fogão a lenha para cozinhar seu alimento aumentou vertiginosamente em virtude da tributação sobre o gás (produto essencial), diminuiu-se drasticamente a venda de produtos da linha branca, em virtude do preço da energia elétrica e da seca que o país vem enfrentado nos últimos anos, também como ficou claro com a pandemia que aparenta estar sendo vencida que milhões de brasileiros não conseguiram acompanhar seus estudos ou tiveram dificuldades de continuar com seu dia a dia de trabalho em razão dos altíssimos custos aos serviços de telecomunicações.

O que ficou finalmente esclarecido na decisão do STF é que deve o Estado não apenas aplicar a seletividade a determinados produtos e serviços visando unicamente à capacidade contributiva que determinados seguimentos possuem, mas pensar primeiramente na sua essencialidade e importância para o próprio desenvolvimento da sociedade, bem como suas ramificações e interações com tantos outros mercados que dependem de sua existência para minimamente para existirem. Todos os cidadãos conseguem entender a razão da existência de uma alta carga tributária para os produtos provenientes do tabaco e bebidas alcoólicas, pois estes não são essenciais para a sobrevivência digna do ser humano, agora pode comunicar-se e utilizar produtos e serviços básicos, como medicamentos, provenientes do uso necessário de energia elétrica para sua fabricação/distribuição, mostra-se de um caráter essencial muito mais relevante.





Amortização de ágio por empresa veículo **não configura fraude**



Por Ana Beatriz Frare Gonçalves e Juliana Keltke S. V. Miraglia

Recentemente, a Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não conheceu o recurso especial proposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) no processo administrativo nº 11065.724212/201290, pelo qual se opôs ao acórdão nº 1301-003.937, proferido em junho de 2019, que permitiu a amortização do ágio por empresa veículo, ao entender que tal operação não é “planejamento fiscal inoponível ao fisco”.

A PGFN defendeu o recolhimento de IRPJ e CSLL sobre o ágio gerado em operações de aquisição de participações societárias, entendendo que a empresa veículo não poderia amortizá-lo, uma vez que não se configura como a real adquirente. Porém, a 1ª Turma do CARF, ao proferir o referido acórdão, reconheceu a existência de pro-

pósito negocial, deixando claro que “o fato do contribuinte se utilizar de uma empresa veículo para a perfectibilização da operação não invalida o negócio jurídico e os efeitos tributários”.

Ademais, o mesmo acórdão destaca que os procedimentos adotados pelos contribuintes não poderiam configurar fraude à lei, uma vez que inexiste qualquer vedação legal nesse caso. Dessa forma, também ficaria afastada a majoração da multa de ofício, que no caso de confirmação da fraude, seria aplicada na sua forma qualificada (150%).

Sobre a multa, vale destacar que, em outubro desse ano, foi publicado o Acórdão nº 9101-005.761, proferido também pela Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, no qual foi analisada a exigência de multa qualificada de

150% quando verificada infração referente ao IRPJ e à CSLL decorrente de dedução de despesas de amortização de ágio.

Neste caso foi confirmada a infração após a verificação de ausência de propósito negocial na operação. Contudo, quando da análise sobre a aplicação da multa, o relator ressaltou que o uso de empresa veículo para aquisição do investimento e posterior incorporação para amortização do ágio só pode ser caracterizada como fraude em hipóteses singulares.

Neste contexto, foi apontado que o planejamento tributário abusivo se restringe ao abuso da possibilidade expressa na lei e dos conceitos jurídicos indeterminados, enquanto a evasão fiscal se dá após a ocorrência do fato gerador, consistindo em ocultação com o objetivo de não pagar tributo devido. Em outras palavras, o planejamento tributário precede a ocorrên-

cia do fato gerador, ocasionando a aplicação de multa comum. Por sua vez, a sonegação e a fraude ocorrem após o fato gerador e pressupõem dolo.

Dessa maneira, decidiu-se pela aplicação da multa de ofício (75%), pois as condutas que levaram a apuração de base de cálculo diversa estariam fora do conceito de fraude fiscal previsto no artigo 72 da Lei nº 4.502/64, não havendo o dolo necessário para caracterizar a multa qualificada.

Portanto, se por um lado o CARF ainda não formou jurisprudência consistente acerca do aproveitamento de ágio por meio da empresa veículo configurar planejamento tributário abusivo, os precedentes têm indicado que, em caso positivo, não deve ser configurada fraude que enseja a aplicação da multa qualificada de 150%.





Créditos de PIS/COFINS: novas discussões sobre o conceito de insumo



Por Mariana Ramilo Santos

Em 2018, com o julgamento do REsp 1221170/PR, o STJ firmou entendimento de que o conceito de insumo para fins de registro de créditos de PIS e Cofins previsto no artigo, inciso II das Leis 10.637/02 e 10.833/03 deve ser formado a partir dos critérios de essencialidade e relevância dos dispêndios incorridos.

Contudo, o acórdão do STF apenas trouxe balizas ao tema, deixando que a efetiva aplicação da regra que admite o crédito sobre insumos sujeita à interpretação de cada caso concreto, a partir da natureza dos dispêndios incorridos e das características da atividade econômica do contribuinte.

A Receita Federal, com a edição do Parecer Normativo COSIT nº 5/2018 e da IN RFB 1.911/2019, adotou o entendimento do STJ

para admitir o crédito em algumas hipóteses, mas procurou limitar outras situações comumente pleiteadas pelos contribuintes. Desde então, a caracterização como insumo de diversos tipos de dispêndio tem gerado litígios entre Fisco e contribuintes, especialmente no âmbito do CARF.

Dentre os temas mais atuais estão as despesas com marketing, insumos relacionados a medidas de combate à pandemia, embalagens e despesas para implantação de soluções para adequação à LGPD.

Em caso recente, a Natura Inovação e Tecnologia obteve decisão favorável no CARF para utilizar as despesas com tradução, contratos de assessoria e consultoria com outras empresas e produção de vídeos como créditos de PIS/

Cofins (Processo nº 19311.720352/2014-11).

Na decisão, o relator Luiz Eduardo de Oliveira Soares considerou referidas despesas essenciais para o desenvolvimento da atividade fim da empresa, ou seja, para pesquisa e desenvolvimento. Desta forma, podemos observar que houve uma análise da relevância das despesas considerando a atividade fim do contribuinte para enquadramento nos conceitos de essencialidade e relevância.

Por outro lado, a Netflix não conseguiu decisão favorável da 2^a Turma Ordinária da 3^a Câmara do CARF, que entendeu que os gastos com propaganda e marketing não estavam atrelados à

atividade-fim da empresa e, desta forma, não podem ser considerados essenciais e relevantes (Processo nº 10855.722334/2018-78).

Observamos que o tema ainda poderá novos desdobramentos a partir do julgamento do Tema 756 no STF, que também discutirá a sistematica da não cumulatividade do Pis e da Cofins e o conceito de insumo.

Na prática, é recomendável que cada contribuinte faça uma avaliação individualizada de seus dispêndios que perfaçam os conceitos de essencialidade e relevância para decidir acerca da viabilidade do registro de créditos de Pis e Cofins.





calendário de **JULGAMENTOS**

Relevantes temas tributários serão objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme calendário de julgamentos – presenciais e virtuais – publicado.

Nosso escritório estará acompanhando de perto todos os julgamentos.
Confira aqui o calendário:

Calendário de Julgamentos Virtuais

Calendário de Julgamentos Presenciais



São Paulo

Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 510
6º andar | 04543-000 | São Paulo (SP)
Tel.: +55 (11) 3050-2150
Fax: +55 (11) 3050-2151

São Bernardo do Campo

Rua José Versolato, 111 | Salas 2409 e 2410
09750-730 | São Bernardo do Campo (SP)
Tel.: +55 (11) 4550-5121
Fax: +55 (11) 4550-5121

RAYES & FAGUNDES

ADVOCADOS ASSOCIADOS



www.rfaa.com.br



[@rayesefagundes](https://www.instagram.com/rayesefagundes)



[company/rayes-&-fagundes](https://www.linkedin.com/company/rayes-&-fagundes)