

Fevereiro de 2013

Pagamento ou crédito de juros sobre o capital próprio retroativos - Solução de Consulta RFB nº 18 e Acórdão nº 1402-001.178

A Divisão de Tributação da 4ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil, em 25 de fevereiro de 2013, emitiu a solução de consulta nº 18/13, reforçando o já manifestado e esperado entendimento das autoridades fiscais no sentido de ser vedada a dedutibilidade de juros sobre o capital próprio ("JCP") pagos ou creditados "de maneira retroativa", isto é, tomando por base dados referentes a anos-calendário anteriores em seu cálculo.

Esta posição do fisco tem se consolidado há cerca de uma década, fruto da interpretação de que, se computados os JCP relativos a períodos anteriores, haveria suposta violação ao regime de competência, com base na previsão do artigo 29 da Instrução Normativa RFB nº 11, de 21 de fevereiro de 1996. É por conta deste entendimento que, nos últimos anos, tem se observado um maior número de precedentes sobre o tema no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"), não havendo posição consolidada e pacífica a respeito.

Apesar desta ausência de jurisprudência que nos permita afirmar que o tema se encontra absolutamente exaurido na esfera administrativa, o acórdão publicado mais recentemente, em janeiro de 2013, da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, foi favorável ao contribuinte, em votação unânime.

De forma bastante resumida e sem entrar em maiores detalhes do mérito da questão, o argumento principal é o de que a deliberação pelo pagamento ou crédito de JCP calculado com base em exercícios anteriores não implica inobservância do regime de competência, uma vez que somente a deliberação societária competente cria obrigação jurídica para a empresa e reúne os elementos necessários à identificação de despesa incorrida.

Na linha do precedente administrativo acima mencionado, para o cálculo do limite de dedutibilidade dos JCP retroativos, os critérios limitadores previstos na legislação devem ser observados em cada um dos exercícios anteriores que são considerados, além dos parâmetros existentes no exercício da deliberação de seu pagamento ou crédito.

Há, entretanto, precedentes que adotam interpretação diversa, no sentido de que, quando se trata de pagamento ou crédito de JCP "retroativos", o limite a ser observado deve ser capturado ano a ano, isto é, não tomando como parâmetro apenas os limites existentes no ano da deliberação societária competente. Trata-se, portanto, de ponto que merece ser cuidadosamente analisado na avaliação sobre a estratégia de pagar/creditar JCP nesta situação.

Na esfera judicial, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2009, proferiu importante precedente favorável ao contribuinte, confirmando a possibilidade de pagamento de JCP considerando exercícios pretéritos em seu cálculo, ainda que não tenha analisado os mesmos argumentos debatidos no CARF, o que confere boa expectativa no enfrentamento da questão também na esfera judicial. Entretanto, a forma de cálculo e parâmetros a serem considerados não foram claramente debatidos, o que reforça a orientação de análise detalhada antes de qualquer decisão empresarial sobre esta questão.

Do cenário exposto acima, conclui-se que as autoridades fiscalizadoras não têm acatado a dedutibilidade de despesa de JCP retroativos, o que tem levado a autuações fiscais em relação à parcela tida como excesso de distribuição (glosa da dedutibilidade da despesa). Neste caso, além do principal que supostamente deixou de ser recolhido, sobre o qual incidem juros calculados à taxa SELIC, é cobrada multa equivalente a 75% do tributo.

Tendo em vista a boa perspectiva de êxito nas esferas administrativa e judicial, o contribuinte deve ponderar acerca da melhor estratégia para guiar a decisão de pagar/creditar JCP retroativos, considerando a penalidade a que ficaria exposto, caso não adote nenhuma medida judicial, e o eventual descarte da discussão no CARF, se optar por resguardar o seu direito ativamente no Poder Judiciário.

Solução de Consulta RFB nº 18

“Juros remuneratórios do capital próprio. Dedutibilidade. Limite temporal. Regime de competência. Exercícios anteriores. Impossibilidade. A pessoa jurídica poderá deduzir para efeitos de apuração do lucro real, observado o regime de competência, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação “pro rata” dia da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP. Portanto, é vedada a dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio que tome como base de referência a movimentação do patrimônio líquido havida em exercícios anteriores ao do efetivo pagamento.” (Solução de Consulta nº 18, Receita Federal do Brasil – RFB – Disit 04, em 25 de fevereiro de 2013)

Acórdão CARF

“JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO JCP. DEDUTIBILIDADE. REGIME DE COMPETÊNCIA. LIMITE TEMPORAL. O período de competência, para efeito de dedutibilidade dos juros sobre capital próprio, é aquele em que há deliberação para pagamento ou crédito dos mesmos, podendo, inclusive, remunerar o capital tomando por base o valor existente em períodos pretéritos, desde que respeitado os critérios e limites previsto em lei na data da deliberação do pagamento ou crédito. Nada obsta a distribuição acumulada de JCP, desde que provada, ano a ano, ter esse sido passível de distribuição,

levando em consideração os parâmetros existentes no ano calendário em que se deliberou sua distribuição.” (Acórdão nº 1402001.178, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF - 4ª Câmara – 2ª Turma Ordinária, em 11 de setembro de 2012)

Acórdão STJ

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEDUÇÃO. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DISTRIBUÍDOS AOS SÓCIOS/ACIONISTAS. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. EXERCÍCIOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE.

I - Discute-se, nos presentes autos, o direito ao reconhecimento da dedução dos juros sobre capital próprio transferidos a seus acionistas, quando da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL no ano-calendário de 2002, relativo aos anos-calendários de 1997 a 2000, sem que seja observado o regime de competência.

II - A legislação não impõe que a dedução dos juros sobre capital próprio deva ser feita no mesmo exercício-financeiro em que realizado o lucro da empresa. Ao contrário, permite que ela ocorra em ano-calendário futuro, quando efetivamente ocorrer a realização do pagamento.

III - Tal conduta se dá em consonância com o regime de caixa, em que haverá permissão da efetivação dos dividendos quando esses foram de fato despendidos, não importando a época em que ocorrer, mesmo que seja em exercício distinto ao da apuração.

IV - “O entendimento preconizado pelo Fisco obrigaria as empresas a promover o creditamento dos juros a seus acionistas no mesmo exercício em que apurado o lucro, impondo ao contribuinte, de forma oblíqua, a época em que se deveria dar o exercício da prerrogativa concedida pela Lei 6.404/1976”.

V - Recurso especial improvido.”

(REsp 1086752/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17 de fevereiro de 2009, DJe 11 de março de 2009)

Nova alteração no RICMS/SP pode acentuar o debate em torno da guerra fiscal

Foi publicado, no dia 28 de fevereiro de 2013, o Decreto nº 58.918, de 27 de fevereiro de 2013 (“Decreto nº 58.918/13”) que alterou a redação original do artigo 426-C do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado de São Paulo (“RICMS/00”).

De acordo com o Decreto nº 58.918/13, nas operações interestaduais destinadas a contribuinte paulista passou a ser exigido o recolhimento antecipado do ICMS pelo adquirente, correspondente ao valor do benefício ou incentivo que tenha sido concedido por outro Estado sem a aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (“Confaz”).

Nos termos do referido Decreto, o imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo deverá ser recolhido até o momento da entrada da mercadoria no território de São Paulo e a Secretaria da Fazenda divulgará os benefícios ou incentivos concedidos por outras Unidades da Federação para fins de cálculo do valor a ser recolhido.

Assim, o Estado de São Paulo passará a cobrar do adquirente paulista a diferença de ICMS correspondente ao valor do benefício ou incentivos concedidos por outros Estados inclusive nas operações sujeitas à substituição tributária, hipótese em que o adquirente paulista deverá recolher o imposto correspondente ao valor do benefício ou incentivo utilizado na operação própria do remetente. Em contrapartida, o crédito de ICMS referente a tais produtos poderá ser usado de forma integral.

Adicionalmente, o Decreto admite que os recolhimentos sejam realizados pelo remetente da mercadoria a favor do Estado de São Paulo, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (“GNRE”), porém desde que efetuados antes da entrada da mercadoria no Estado paulista.

Os recolhimentos previstos no Decreto nº 58.958/13 poderão ser dispensados nos casos em que o remetente comprovar, antecipadamente, conforme disciplina estabelecida pela Secretaria da Fazenda, que não utilizou os benefícios ou incentivos divulgados sem a devida aprovação pelo Confaz. O Decreto entrou em vigor no dia 1º de março de 2013.

Regulamentação do novo Programa de Parcelamento de débitos no Estado de São Paulo – PEP

A Resolução Conjunta da Secretaria da Fazenda e Procuradoria-Geral do Estado nº 1, publicada no dia 28 de fevereiro de 2013, regulamentou o Programa Especial de Parcelamento (“PEP”), instituído pelo Decreto nº 58.811, de 27 de dezembro de 2012.

O PEP oferece descontos de até 75% nos valores de multas e de 60% nos juros, além de um prazo para pagamento de até 120 meses, para o recolhimento de débitos decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de julho de 2012. Importante destacar que o contribuinte que aderir ao parcelamento deverá desistir de todas as discussões administrativas e judiciais.

A Resolução dispõe detalhadamente sobre: *(i)* migração de débitos inscritos em parcelamentos ordinários para o novo programa; *(ii)* celebração do acordo de parcelamento; *(iii)* prazo de vencimento das parcelas e procedimentos relativos ao seu pagamento; e *(iv)* liquidação do débito com créditos acumulados.

Na referida Resolução constam as orientações para adesão ao PEP, que deve ser feita até o dia 31 de maio de 2013 através do *site* www.pepdoicms.sp.gov.br. O prazo para atendimento ao pedido será de 15 (quinze) dias para os contribuintes que solicitarem: (i) a retificação do valor de débitos que constam da relação de débitos apresentada; e (ii) a inclusão de débitos declarados em guia de informação ou apurados pelo fisco que não constam da relação. Após esse prazo o contribuinte deverá optar pela forma de pagamento.

Procuradoria da Fazenda Nacional desiste de algumas discussões judiciais

Foram aprovados pelo Ministro da Fazenda e publicados no Diário Oficial da União do dia 27 de fevereiro de 2013, os Pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) que dispõem acerca da dispensa de apresentação e desistência de contestação e recursos em uma série de discussões judiciais.

Dentre as discussões, destacamos as seguintes: (i) possibilidade de migração de débitos relativos à contribuição previdenciária do Programa de Recuperação Fiscal (“Refis”) para o Parcelamento Especial (“Paes”); (ii) imunidade das entidades fechadas de previdência privada; (iii) extinção da execução fiscal em curso contra a massa falida; e (iv) imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal sobre os álbuns de figurinhas e respectivos cromos adesivos.

Dessa forma, não obstante os procuradores tenham o dever de ofício de recorrer sempre que existir a possibilidade, a própria PGFN vem editando pareceres que os livram da obrigação quando a jurisprudência sobre determinado tema for pacífica e favorável ao contribuinte.

Essa iniciativa é fundamental porque acelera a finalização de muitas ações em que o tema é pacífico, bem como proporciona a uniformização dos julgados e, conseqüentemente, concede maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

STJ afasta contribuição previdenciária sobre salário-maternidade e férias gozadas

O Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência de contribuição previdenciária sobre o valor pago pelo empregador a título de salário-maternidade e de férias que foram gozadas pelo empregado, pois, de acordo com o ministro relator do processo, não deve haver incidência dessa contribuição se não há incorporação desses benefícios à aposentadoria.

De acordo com o entendimento desse Tribunal, a contribuição previdenciária deve ser paga sobre as verbas destinadas ao trabalhador com o intuito de remunerar o trabalho prestado, o que não ocorre com o pagamento de salário maternidade e férias, que têm caráter indenizatório.

Com isso, o salário maternidade e as férias não gozadas entram na lista de verbas que o Poder Judiciário vem retirando do campo de incidência da contribuição previdenciária, tais como: folgas não gozadas, auxílio educação, licença prêmio indenizada, vale-transporte pago em pecúnia, terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, auxílio-doença e auxílio-acidente pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento, etc.

Valores a tais títulos já pagos nos últimos 5 (cinco) anos são passíveis de restituição, inclusive pela via da compensação com parcelas vincendas de contribuições previdenciárias, gerando expressiva economia fiscal para as empresas. Para tanto, é cabível apresentação de medida judicial, que inclusive serve também para não pagar parcelas vincendas da contribuição.

STJ discute contagem de prazo de prescrição de débitos excluídos de programas de parcelamento

O Superior Tribunal de Justiça definiu que o prazo para a Fazenda ajuizar execução fiscal contra contribuintes que foram excluídos de parcelamentos é de 5 (cinco) anos. O entendimento é de que a adesão a um programa federal interrompe, e não suspende, o prazo de prescrição. Logo, mesmo que o prazo já tenha se iniciado antes do parcelamento, ele volta a contar do zero após a exclusão do programa.

A legislação prevê no art. 174 (parágrafo único, inciso IV) do Código Tributário Nacional que a prescrição se interrompe por qualquer ato que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Com base nesse dispositivo, o STJ entendeu que a adesão ao parcelamento é causa de interrupção da prescrição por representar confissão extrajudicial do débito.

Resta definir, agora, se a contagem do prazo prescricional inicia-se quando do não pagamento do débito parcelado, ou quando do efetivo ato de exclusão após eventual discussão administrativa acerca desse mesmo ato. Tal discussão é importante pois, a prevalecer o segundo entendimento, o Fisco ganha ainda mais prazo para promover a execução fiscal.

Tribunal de Justiça decide que o Estado de São Paulo não pode cobrar juros superiores à SELIC para débitos de ICMS

Em julgamento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo ficou decidido que o Estado não pode cobrar juros de mora diários superiores à SELIC para débitos de ICMS. A empresa que moveu a ação questionava a aplicação de juros de mora de 0,13% ao dia, fixados pela Lei nº 13.918, de 22 de dezembro de 2009.

O entendimento da Justiça é que a taxa de juros do Estado não pode ser superior à SELIC acumulada no ano, taxa básica de juros do Brasil desde o advento da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.

Com base nesse precedente, que consolida jurisprudência já reiterada dos tribunais, contribuintes que pagaram débitos de ICMS com juros superiores à Selic podem pedir judicialmente a diferença de volta.

Soluções de Consulta Internas - RFB publicadas em fevereiro de 2013

Solução de Consulta Interna Cosit nº 2

Data da publicação: 5 de fevereiro de 2013

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

“MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI). Possibilidade de contratação de contribuinte individual, cooperativa de trabalho e serviços mediante cessão de mão de obra. Aplicação da sub-rogação das contribuições previdenciárias incidentes sobre a compra de produto rural de produtor rural pessoa física ou segurado especial. Responsabilidade de retenção e arrecadação da contribuição previdenciária decorrente de patrocínio, licenciamento ou uso de marcas de equipe desportiva. Contribuição adicional para financiamento das aposentadorias especiais.”

Solução de Consulta Interna nº 5/2012

Data da publicação: 6 de fevereiro de 2013.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

“A informação sobre a instauração de procedimento fiscal em face de determinado contribuinte, isoladamente considerada, divorciada de dados que revelem, direta ou indiretamente, a situação econômica ou financeira do contribuinte ou ainda a natureza e o estado dos seus negócios, não se encontra protegida pelo sigilo fiscal.

A informação sobre a instauração de procedimento fiscal em face de determinado contribuinte encontra-se protegida pelo sigilo funcional.

Não viola o dever de sigilo funcional a divulgação de informação sobre a instauração de procedimento fiscal em face de determinado contribuinte ao Departamento de Polícia Federal. Tratando-se de informação restrita ao âmbito da Administração, a unidade remetente deverá adotar os procedimentos necessários para preservar o caráter reservado da informação protegida pelo sigilo funcional, considerando, como parâmetro, o disposto na Portaria SRF nº 580, de 2001.”

Solução de Consulta Interna Cosit nº 3

Data da publicação: 25 de fevereiro de 2013

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

“Constitui a GFIP, a exemplo da DCTF, instrumento de confissão de dívida, podendo-se proceder à imediata inscrição do débito nela confessado em Dívida Ativa da União, em caso de não pagamento no prazo estipulado na legislação.

Nos casos em que não houve informação de dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária em GFIP, ou seja, quando não se formalizou a constituição do crédito tributário por meio desta declaração, mostra-se necessária a lavratura de auto de infração ou notificação de lançamento, ressalvada a confissão do débito mediante Lançamento do Débito Confessado (LDC) ou parcelamento.

A determinação de inscrição do débito confessado em GFIP em Dívida Ativa da União é mera consequência de reputar-se o crédito constituído sem pendências de discussão.

No caso de ser a compensação considerada indevida, pode a autoridade fiscal, por ocasião de auditoria interna dos valores nela informados, glosá-los total ou parcialmente, sem prejuízo da manutenção dos débitos confessados.

Aplica-se à compensação de contribuições previdenciárias declaradas em GFIP o rito previsto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com esteio nas disposições do § 11 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que confere tal rito aos processos de restituição dessas contribuições.

A aplicação do rito processual do Decreto nº 70.235, de 1972, ao contencioso decorrente de compensação indevida de contribuições previdenciárias em GFIP tem como marco temporal a data da publicação da MP nº 449 (3 de dezembro de 2008), posteriormente convertida na Lei nº 11.941, de 2009.”

Qualificação de opinião

Esse boletim apresenta a opinião resumida do escritório quanto à jurisprudência, lei ou norma consideradas para análise e não deve ser utilizado como fonte exclusiva de informação para tomada de decisões de negócio.

Equipe Tributária:

Alberto Gouveia Dantas Neto
adantas@vbso.com.br

Lais Helena Lopes Bueno da Silva
lsilva@vbso.com.br

Carla Tredici Christiano
ctredici@vbso.com.br

Marina Gomes Cardim de Gil
mgomes@vbso.com.br

Daniel Rossi de Castro
dcastro@vbso.com.br

Marcela Ribeiro de Almeida Zaidan
mzaidan@vbso.com.br

Diego Aubin Miguita
dmiguita@vbso.com.br

Mário Shingaki
mshingaki@vbso.com.br

Fábio Krasner Schubsky
fkasner@vbso.com.br

Paulo Cesar Ruzisca Vaz
pvaz@vbso.com.br

Graziela Fernandes Pereira
gpereira@vbso.com.br

Raphael Longo Oliveira Leite
rlongo@vbso.com.br

Izadora Almeida Tannus
itannus@vbso.com.br

Vinícius Vicentin Caccavali
vcaccavali@vbso.com.br