MDM MoroDomingos & Marcovici
ADVOGADOS

Direito e Negócios

Junho | 2021

Sócio Responsável

Guilherme Moro Domingos

Colaboradores

Michele G. Fabre
Luize Mazeto
Valéria Jacobovicz
Lorena Pazianello Dagios

Contato

contato@mdmadvogados.com.br
www.mdmadvogados.com.br
+55 41 3015-0122

Esta Newsletter possui finalidade exclusivamente informativa, não consistindo em orientação legal específica ou recomendação de qualquer natureza. Para casos concretos, uma assessoria jurídica especializada deve ser consultada. As normas legais e jurisprudência podem sofrer alterações a qualquer momento. As opiniões dos entrevistados não refletem necessariamente a posição da MDM Advogados.

Perguntas e Respostas
A decisão STF sobre a exclusão do ICMS da Base de Cálculo do PIS /COFINS

Artigos
- Planejamento Imobiliário: Decisões judiciais ampliam imunidade para empresas
- STF adia julgamento do índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS

Notícias
- ANPD publica guia orientativo da LGPD
- É constitucional a diferença de alíquota para o SIMPLES
- Possibilidade de transmissão da herança digital

Voltar ao início

Perguntas e Respostas

Entenda os impactos da decisão do STF sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS – RE 574.706

A tendência à modulação dos efeitos das decisões pelo STF traz mudança de paradigma na gestão tributária das empresas: torna-se necessária uma proatividade judicial

O que foi efetivamente decidido pelo STF no julgamento do RE 574.706?

No julgamento do mérito do RE 574.706, cujo objeto é a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições PIS/COFINS, foi estabelecido que o valor do ICMS não integra o faturamento de uma empresa, pois é mero ingresso contábil. Portanto, não deve ser tributado pelas referidas contribuições.

Após recurso da União Federal, agora em maio/2021 do Supremo Tribunal Federal (STF) esclareceu a decisão anterior (de março/2017), decidindo expressamente que o montante do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o valor "destacado na nota fiscal", independentemente do valor "pago" pela empresa. Neste ponto, portanto, a decisão representa a confirmação de uma importante vitória para os contribuintes.

Além disso, o STF determinou a "modulação dos efeitos" da decisão, ou seja, a aplicação do seu entendimento a partir de 15 de março de 2017, data de corte para a modulação, ressalvando os contribuintes que já tinham ação ajuizada até a referida data. Neste ponto a decisão prejudica os contribuintes que não tinham ajuizado a ação antes de 15/03/2017.

> **"O julgamento da "tese do século" pelo Supremo Tribunal Federal trouxe vários efeitos para as empresas"**

Quais os principais efeitos práticos da decisão do STF de maio/2021, que "modulou" os efeitos da decisão sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS?

A primeira consequência foi a de que, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da cobrança "a maior" que vinha sendo realizada pelo Fisco Federal, restringiu-se os efeitos da decisão. No caso, foi utilizado o dia do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário como data de corte (15/03/2017) para fins de devolução dos valores pagos indevidamente, ressalvando-se o direito dos contribuintes que até o referido dia tinham ajuizadas medidas judiciais ou administrativas.

Desse modo, os contribuintes que possuíam ação até 15/03/17, inclusive, não foram atingidos pela modulação. Eles tiveram seu direito assegurado para recuperarem os indébitos dos últimos 5 (cinco) anos anteriores à data do ajuizamento. Por exemplo, uma empresa que ajuizou a ação em fevereiro/2017, pode recuperar o indébito desde fevereiro/2012, além dos efeitos futuros.

Quanto aos que ajuizaram ação judicial ou administrativa sobre a matéria "após" 15/03/17, devido à modulação, não terão o direito aos valores recolhidos indevidamente anteriores à citada data. Isto é, a recuperação do indébito do passado se dá a partir desse momento – 15/03/2017 - para frente.

Outro efeito já mencionado, é o de que restou expresso na decisão que é o valor do ICMS destacado na nota fiscal que não compõe o faturamento e, por isso, deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS. Superou-se, neste sentido, a dúvida existente.

Quem tem direito a recuperar o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS conforme decisão do STF?

Todas as pessoas jurídicas tributadas pelo regime do lucro presumido ou lucro real, cuja base de cálculo do PIS e da COFINS incluiu o valor do ICMS.

As empresas que ainda não ajuizaram ação podem aproveitar os créditos? O que estas empresas devem fazer?

Para as empresas que ainda não ajuizaram a ação competente, o posicionamento mais seguro é que ajuízem a medida judicial específica, especialmente para assegurar o passado (a partir de 15/mar/2017). Isto porque, ainda não há regulamentação por parte da Receita Federal acerca de eventual restituição administrativa, sendo recomendável a obtenção de um provimento jurisdicional para garantir o direito ao crédito.

Outro caminho para as empresas que recolheram o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS seria retificar todas as declarações passadas desde março de 2017, para reconhecer o crédito extemporâneo, conforme entendimento da Receita Federal. Todavia, neste caso, haveria a reabertura do prazo prescricional para a Administração Fazendária fiscalizar o período.

O ideal é que seja feita uma análise técnica de cada caso concreto, verificando-se a melhor solução, nos termos da lei.

A decisão em repercussão geral do STF no RE 574.706 vincula a Receita Federal?

A Lei nº 10.522/02 expressamente vincula a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a dispensa de contestar, oferecer contrarrazões e interpor recursos, inclusive desistir dos já interpostos, quando houver decisão em repercussão geral decidida pelo STF.

A Secretaria da Receita Federal também se vincula aos entendimentos firmados em repercussão geral a partir da ciência da Nota Explicativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de acordo com a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/14 e a Lei n.º 10.522/02.

Para o administrador das empresas, o julgamento a modulação dos efeitos da decisão pelo STF trouxe alguma mudança nas suas responsabilidades quanto à gestão tributária?

O julgamento trouxe um novo paradigma de gestão tributária: a necessidade de proatividade. Isto porque a consolidação da tendência do STF modular os efeitos de suas decisões em matéria tributária, quando reconhece direito dos contribuintes recuperarem tributos recolhidos indevidamente, faz com que o dever de diligência do administrador implique a necessidade de ser proativo nas discussões tributárias. Abre-se a possiblidade de sua inércia não ser entendida como um "conservadorismo", mas sim como ineficiência no seu dever de resguardar direitos da empresa e seus sócios.

Assim, não parece ser uma opção esperar o assunto se resolver no Judiciário ou ganhar a força de precedentes, pois, havendo a modulação dos efeitos da decisão, corre-se um grande risco da empresa inerte perder total ou parcialmente o direito à restituição de seus créditos legítimos.

Guilherme Moro Domingos e
Michele Giamberardino Fabre

Artigo

Planejamento Imobiliário: decisões judiciais ampliam o alcance da imunidade para empresas

Em nossa newsletter "Direito e Negócios" de novembro de 2020, noticiamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a tese "a imunidade em relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado" (Tema 796). Além da tese fixada, a partir do voto do Min. Alexandre de Moraes, foi vislumbrada uma possível interpretação de que a imunidade na integralização de imóveis em pessoa jurídica seria incondicionada, de modo que independeria da atividade praticada pela empresa na qual os imóveis foram incorporados.

Diante das discussões geradas sobre o tema, em nossa notícia, alertamos sobre a necessidade de acompanhamento das possíveis consequências práticas relevantes decorrentes do desdobramento do precedente. E, de fato, foram proferidas recentemente duas decisões judiciais que inovam o entendimento sobre a imunidade de ITBI com base na decisão do STF, indo em contramão ao modus operandi das prefeituras.

O entendimento majoritário atual, tal como é praticado pelas prefeituras, é de que não haveria imunidade de ITBI na integralização de imóveis em empresas que possuem faturamento preponderante imobiliário. Resumidamente, empresas cujo faturamento de renda imobiliária seja 50%+1 não fariam jus a tal benefício tributário.

"TJSP e TJCE aprovam imunidade de ITBI na integralização de imóveis em empresa com atividade preponderante imobiliária"

Todavia, as duas decisões recentes proferidas pelos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Ceará decidiram o oposto, declarando o direito de empresas à imunidade de ITBI na integralização do imóvel, mesmo estas tendo a atividade imobiliária como principal fonte de faturamento. Os acórdãos seguem o novo entendimento do STF, no sentido de que a ressalva constante no final do inciso I do §2º do art. 156, da Constituição Federal apenas seria devida em caso de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica – não se aplicando aos casos de integralização do capital social.

Destaca-se que as decisões são minoritárias e ainda não transitaram em julgado, inclusive a Prefeitura de São Paulo já informou que não concorda com o deslinde da

questão e que irá buscar a sua reforma. De todo modo, elas apontam uma possível alteração de direcionamento do entendimento até hoje praticado, sendo necessário manter o acompanhamento acerca do desdobramento do tema nas cortes superiores e jurisprudência de demais tribunais, inclusive do Tribunal de Justiça do Paraná.

Luize Mazeto

nota de rodapé:
TJSP autos 2042850-06.2021.8.26.0000 e
TJCE autos 0011320-46.2019.8.06.0064

Artigo

ADI n° 5.090: STF adia julgamento sobre índice de atualização monetária das contas vinculadas ao FGTS

O Supremo Tribunal Federal iria julgar, no dia 06 de maio de 2021, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.090, que versa sobre a discussão do reajuste monetário do FGTS, atualmente corrigido pela TR (Taxa Referencial). A presente discussão tem sido recorrente nos Tribunais Regionais Federais, revelando crescimento progressivo das Ações Revisionais do FGTS. Inclusive, encontram-se suspensos todos os feitos que versem sobre a matéria desde 2019, até que haja o julgamento do mérito pelo STF.

Originalmente criado pela Lei Federal n° 5.107/1966, o FGTS era uma forma de substituir a estabilidade decenal trazida na CLT. Com a Constituição Federal de 1988, a referida garantia foi assegurada como direito social constitucional a todos os trabalhadores (art. 7º, III, Constituição Federal). Esse direito consiste no depósito, pelo empregador, correspondente a 8% da remuneração bruta devida ao trabalhador no mês anterior.

Todas as contas vinculadas ao FGTS têm como único gestor a Caixa Econômica Federal, mas são de titularidade do trabalhador, devendo ser atualizadas para que preserve o seu valor real. Sob os ditames das Leis n° 8.036/1990 e n° 8.177/1991, foi regulamentado que o FGTS seguiria a atualização dos saldos nos depósitos nas contas poupanças, o qual era regido pela TR. Essa taxa, a partir da edição da Resolução CMN 2.604/99, passa a desvincular-se do seu objetivo inicial, que era de projetar a inflação, iniciando uma trajetória decadencial chegando a 0% em 2017.

> **"Segundo o STF a correção monetária é instituto jurídico constitucional, que deve ser respeitado"**

Acontece que a TR não mais corresponde à desvalorização da moeda, não é índice de correção monetária, tanto que o STF em algumas outras oportunidades, como a referente à correção monetária de créditos inscritos em precatório, afastou a utilização da TR. Com base nisso, a mencionada ADI n° 5.090 requer a substituição da TR por um índice que efetivamente corresponda à desvalorização.

Importa mencionar que a CEF acaba se apropriando de valores que seriam dos trabalhadores, pois há discrepância entre os rendimentos do Fundo e os repassados aos titulares com base na TR.

Se acolhida a ADI 5.090, haverá significativo aumento dos saldos depositados no FGTS e devido ao estimado prejuízo de mais de R$296 bilhões há a possibilidade de que haja a modulação dos efeitos da decisão. Assim, os titulares de contas do FGTS devem analisar a conveniência e a oportunidade para entrarem com eventual ação antes que ocorra o julgamento pelo STF.

Lorena Pazianello Dagios/Michele Giamberardino Fabre

Notícias

ANPD publica guia orientativo da LGPD

Publicação traz diretrizes para definição de agentes de tratamento de dados e do encarregado

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD deixou lacunas a serem preenchidas pela Autoridade Nacional de Dados – ANPD. Dentre estas lacunas, que têm suscitado dúvidas, há questões conceituais e aspectos relacionados aos agentes de tratamento (controlador ou operador), bem como ao encarregado (DPO).

Diante disso, a ANPD publicou em maio/21 um guia orientativo que visa estabelecer diretrizes não-vinculantes aos agentes de tratamento e encarregado, incluindo conceitos, definições legais, responsabilidades e exemplos práticos. Apesar de não vinculante, o guia auxilia na interpretação e aplicação da LGPD, trazendo maior segurança jurídica.

Luize Mazeto

É constitucional a diferença de alíquota para o SIMPLES

STF entende possível a antecipação do diferencial de alíquotas do ICMS pelo SIMPLES NACIONAL

Há tempos as empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL discutiam a cobrança antecipada, por Estados, do diferencial entre as alíquotas internas e as interestaduais (DIFAL) quando da entrada da mercadoria em seu território.

Isto porque o SIMPLES é um regime tributário mais favorecido, com base na Constituição Federal, e que tem seu regramento próprio com "ônus e bônus". E isto foi levado em consideração no julgamento do STF.

O caso começou a ser julgado em 2018 e finalizou agora em maio com o resultado desfavorável aos contribuintes. Conforme o entendimento majoritário do STF, a própria Lei Complementar nº 123/06 autoriza o pagamento antecipado do DIFAL, assim como veda a apropriação ou compensação de créditos de ICMS pelo SIMPLES, inexistindo violação a preceitos constitucionais.

Michele Giamberardino Fabre

Possibilidade de transmissão da herança digital

Projetos de Lei e decisões judiciais têm abordado se as redes sociais e e-mails são transmitidos

Como fica a sucessão de e-mails, redes sociais e patrimônios digitais após o falecimento? Esta é a "herança digital", assunto bastante discutido atualmente tanto por sua importância afetiva, quanto por questões econômicas.

No Judiciário, há ações em que é solicitado o acesso a e-mails, redes sociais, e celular do falecido. Na maioria dos casos, todavia, os pedidos têm sido negados, por se tratar de dados pessoais e de direitos de natureza personalíssima, de modo que conferir acesso a terceiros ofenderia a intimidade da personalidade humana.

Ainda não há regulamentação sobre o tema, existindo projetos de lei que tratam da questão (PL 1144/21 e 30050/20). Porém, diante da perspectiva atual, caso tenha-se o desejo de transmitir a herança digital, recomenda-se o planejamento sucessório em vida.

Luize Mazeto