

I. Alterações legislativas e normativas

I.1 Comissão Mista amplia benefícios do Pert

A exemplo do ocorrido com o Programa de Regularização Tributária (PRT)¹, a Comissão Mista do Congresso Nacional aprovou em 13 de julho projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 783, de 31 de maio de 2017, instituidora do Programa Especial de Regularização Tributária (Pert), ampliando os benefícios previstos na redação original proposta pelo Poder Executivo Federal.

Dentre as vantagens adicionais está a redução de 99% dos juros e das multas de mora, de ofício e isoladas, bem como de encargos legais, para interessados na quitação de débitos inferiores a R\$ 150 milhões em janeiro de 2018, após o pagamento de entrada correspondente a 2,5% da dívida.

O entusiasmo da Comissão irá possivelmente atrasar ou comprometer as votações para a conversão da MP nº 783/17 em lei, o que pode trazer insegurança àqueles que pretendam aderir ao regime.

São cinco os caminhos possíveis para a MP nº 783/17: (i) ser rejeitada nas votações em plenário ou por veto presidencial; (ii) caducar pelo decurso do prazo de vigência de medida provisória; (iii) ser confirmada em suas condições originais; (iv) ser aprovada em formato menos benéfico ou (v) ser aprovada em formato mais vantajoso. Caberá ao Congresso definir o destino da medida.

Se o contribuinte se convenceu quanto à suficiência das regras previstas na versão original da MP para regularizar sua situação tributária, não há razão para adiar a adesão. Se a MP vier a ser aprovada em um formato mais benéfico, haveria ainda a costureira – embora incerta – possibilidade de o contribuinte migrar para o programa em suas novas condições. Mas, se as regras originais do Pert já se mostram suficientes à regularização de sua situação tributária, não teria sentido colocá-la em risco, sobretudo diante dos outros destinos possíveis para a MP.

I.2 Prefeitura de São Paulo passa a exigir ISS sobre *software* de prateleira

Em 19 de julho, a Secretaria Municipal de Fazenda de São Paulo publicou o Parecer Normativo nº 1, de 18 de julho, que pretende embasar a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação, por meio de suporte físico ou por transferência eletrônica de dados (*download* de *software*) ou quando instalados em servidor externo (*Software as a Service* – *SaaS*).

Como por toque de mágica, a autoridade administrativa municipal criou nova fonte de custeio para suas atividades, tornando desnecessário para a incidência do ISS o fato de o “*software ter sido programado ou adaptado para atender à necessidade específica do tomador* (‘*software por encomenda*’) ou ser padronizado (‘*software de prateleira*’ ou ‘*off the shelf*’)”².

Com a medida, o Fisco paulistano usurpou a competência para tributar tais operações, pois a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) encontra-se prevista no Convênio nº 181, de 28 de dezembro de 2015, editado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

O contribuinte se vê num dilema, que poderia ser evitado se a Fazenda Municipal respeitasse a jurisprudência dos Tribunais Superiores: “*a distinção, para efeitos tributários, entre um exemplar standard de programa de computador, também chamado ‘de*

1. Programa instituído pela Medida Provisória nº 766, de 4 de janeiro de 2017, que perdeu sua eficácia por não ter sido convertida em lei no prazo previsto no art. 62, § 3º, da Constituição Federal.

2. Conforme art. 2º do Parecer Normativo em referência.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

contato@levysalomao.com.br

OAB -SP 1405

*prateleira', e o licenciamento ou cessão do direito de uso de software. A produção em massa para comercialização e a revenda de exemplares (...) não caracterizam licenciamento ou cessão de direitos de uso da obra, mas genuínas operações de circulação de mercadorias, sujeitas ao ICMS*³.

Não bastasse o conflito de competência, a Secretaria ainda pretendeu rotular o parecer como meramente interpretativo, na expectativa de legitimar a incidência de ISS também sobre operações anteriores. Embora atenda ao requisito formal previsto no art. 106, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), o ato normativo provoca substancial alteração no regramento aplicável à matéria, o que implica exclusiva atribuição de efeitos futuros à norma⁴.

Contribuintes impactados pela norma devem buscar o Poder Judiciário para assegurar o direito ao não recolhimento de ISS sobre tais operações.

II. Decisões Administrativas

II.1 Carf anula exigência decorrente da distribuição desproporcional de JCP

Em julgamento no último dia 26 de julho, a 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), por unanimidade, anulou exigência tributária envolvendo a distribuição de Juros sobre Capital Próprio (JCP) diretamente à sociedade controladora de acionista, autuada por alegada omissão de receitas.

Apesar de a anulação decorrer de razões formais, chama atenção a insistência da Fazenda em criar empecilhos à dedutibilidade dos JCP distribuídos nos termos do art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, passando agora a defender a inexistência de suporte legal à distribuição desproporcional de JCP, que se caracteriza pela realização de pagamentos a acionistas em patamares distintos de suas participações na sociedade.

A interpretação dada pelas autoridades fiscais ao princípio da legalidade enquanto garantia fundamental individual (*ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe*) parece aqui, como em muitas outras situações, contaminada por sua impositiva vinculação ao princípio da legalidade estrita (*na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*)⁵.

Além de inexistir vedação legal à distribuição desproporcional de JCP, a qual pode decorrer, inclusive, de operações regulares de criação de usufruto de participação societária, a prática não provoca prejuízo ao erário.

Espera-se que o Carf reconheça a fragilidade da tese desenvolvida pelas autoridades fazendárias e pacifique sua jurisprudência acerca do tema.

II.2 TIT cancela ICMS sobre publicidade na internet em São Paulo

O Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo reconheceu a improcedência de cobranças de ICMS sobre propaganda e publicidade realizadas em *websites*, relativas ao período anterior à entrada em vigor da Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, que incluiu as atividades na lista de serviços sujeitos ao ISS.

Havia dúvidas a respeito do imposto incidente sobre tais operações, tendo em vista o veto presidencial à inclusão dessas atividades no rol de serviços originário anexo à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. Tal qual reconhecido pelo TIT, a não incidência de ISS sobre determinado serviço não autoriza a automática exigência de ICMS sobre tal atividade. A Constituição Federal é clara ao restringir a incidência de ICMS a serviços de comunicação.

3. Supremo Tribunal Federal (STF), Recurso Extraordinário nº 176626, julgado em 10/11/1998.

4. "A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova." – In STF, Recurso Extraordinário nº 566621, julgado em 4/8/2011.

5. In MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição, pg. 87.

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

Conforme a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, serviço de comunicação é “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação”, que corresponde à “transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

Já serviço “de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

As atividades de propaganda e publicidade representam, quando muito, meros serviços de valor adicionado, sobretudo porque não permitem ou disponibilizam meios para que terceiros promovam troca de informações, o que é essencial para a configuração dos chamados serviços de comunicação.

Independentemente da entrada em vigor da Lei Complementar nº 157/16, conclui-se que a Carta Magna já impede a exigência de ICMS sobre as atividades de propaganda e publicidade realizadas em *websites*.

III. Decisões do Poder Judiciário

III.1 Proposta ADI contra o voto de qualidade no Carf

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.731 com o objetivo de suspender a eficácia da norma⁶ que prevê voto de qualidade de conselheiro representante da Fazenda Nacional no caso de empate em julgamentos realizados no Carf. A ADI foi distribuída à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que, adotando o rito abreviado, postergou a análise e decisão do pedido cautelar de suspensão imediata da norma.

A manutenção de autuações por força de voto de qualidade contraria o disposto no art. 112 do CTN, que prevê a necessidade de a lei tributária ser interpretada da forma mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida a respeito da subsistência da cobrança fiscal.

Nesse sentido, cobranças tributárias mantidas por voto de qualidade devem ser necessariamente revistas pelo Poder Judiciário, com boas chances de anulação da exigência.

III.2 Guerra de liminares na majoração do PIS e da Cofins sobre combustíveis

O Decreto nº 9.101, de 20 de julho de 2017, elevou com efeitos imediatos as alíquotas das contribuições para os Programas de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre combustíveis. A edição da norma foi sucedida por uma disputa de liminares suspendendo e revalidando a majoração da carga tributária.

Com a ADI nº 5.748, esperava-se que o STF, atento à relevância e à abrangência nacional da discussão, assumisse o tema e concedesse pedido cautelar para suspensão imediata dos efeitos do decreto, para evitar a propagação de decisões conflitantes sobre a matéria. A expectativa, entretanto, não se confirmou e o Supremo ateve-se, no momento, a determinar o prosseguimento normal da ação constitucional.

A discussão de fundo reside na incompatibilidade do Decreto nº 9.101/17 com os princípios da legalidade e da anterioridade nonagesimal da Constituição. Não é dado ao Poder Executivo a prerrogativa de aumentar tributos, salvo exceções expressamente previstas na Constituição como no caso dos impostos incidentes sobre importação (II), exportação (IE), produtos industrializados (IPI) ou operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF). Por ausência de amparo constitucional, não é válido o argumento usualmente apresentado pelas autoridades fazendárias quanto à majoração

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

contato@levysalomao.com.br

OAB -SP 1405

6. Art. 25, § 9º, do Decreto-lei nº 70.235, de 6 de março de 1972, inserido pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

representar um mero reestabelecimento de alíquotas anteriormente fixadas pelo Poder Legislativo.

A Constituição também admite exceções ao princípio da anterioridade nonagesimal, que tem por objetivo proporcionar segurança jurídica aos contribuintes. Contudo, a elevação das alíquotas do PIS e da Cofins não está entre as exceções.

Em momentos de crise econômica, é comum notar o receio do Poder Judiciário em fazer valer os limites constitucionais do poder do tributar. O apelo popular da discussão relativa ao Decreto nº 9.101/17 pode ser um importante aliado à tese, cujos fundamentos podem levar à invalidação também do Decreto nº 8.426, de 1º de abril de 2015, que majorou o PIS e a Cofins incidentes, no regime não cumulativo, sobre receitas financeiras⁷.

[Tributário – Levy & Salomão Advogados](#)

Autores dessa edição:

José Arnaldo da Fonseca Filho
jfonseca@levysalomao.com.br

Guilherme Anachoreta Tostes
gtostes@levysalomao.com.br

São Paulo

Av. Brig. Faria Lima, 2601
12º andar - 01452-924
São Paulo, SP - Brasil
Tel: (11) 3555 5000

Brasília

SBN, Q 1, BI B, 14, Ed. CNC
2º andar, sl. 201 - 70041-902
Brasília - DF - Brasil
Tel. (61) 2109 6070

Rio de Janeiro

Praia de Botafogo, 440
15º andar - 22250-908
Rio de Janeiro, RJ - Brasil
Tel: (21) 3503 2000

contato@levysalomao.com.br

OAB -SP 1405

7. Para mais informações, recomendamos a leitura de nosso boletim: [O ilegal aumento do PIS e da Cofins.](#)