

- I. Alterações legislativas e normativas
 - 1. Aprovada a Lei do Pert
 - 2. Confaz autoriza ICMS sobre *softwares* comercializados eletronicamente
- II. Decisões administrativas
 - 1. Planos de saúde com coberturas diferenciadas e contribuição previdenciária
- III. Decisões do Poder Judiciário
 - 1. Contribuição previdenciária sobre terço de férias tem impasse
 - 2. Posição do STF em relação ao ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é questionada

I. Alterações legislativas e normativas

I.1. Aprovada a Lei do Pert

Vencidas incertezas políticas e depois de sucessivas prorrogações com medidas provisórias do Executivo, o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) foi finalmente aprovado pelo Congresso Nacional com a conversão da MP nº 783, de 31 de maio de 2017, na Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017.

Mecanismo introduzido na lei pelo Congresso e pouco comentado até o momento pode ser uma opção para contribuintes deixarem de pagar parcelas remanescentes. O art. 1º, § 6º, da norma determina que não poderão ser parcelados créditos oriundos de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou que tenha sido reconhecida como inconstitucional ou ilegal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Ou seja, o contribuinte com crédito parcelado de tributo que venha a ser declarado ilegítimo poderá deixar de pagar as parcelas remanescentes.

Alguns benefícios do programa também foram ampliados na conversão da MP para lei. Na liquidação do crédito em parcela única, o desconto da multa foi de 50% para 70%; já no parcelamento em 145 meses, o desconto foi de 40% para 50%. O valor da entrada para aqueles que incluírem créditos iguais ou inferiores a R\$ 15 milhões caiu de 7,5% para 5%. Além disso, créditos passíveis de retenção na fonte e aqueles constituídos com multa agravada¹ passam a poder ser incluídos no programa.

A adesão ao Pert vai até 14 de novembro. Aqueles que já tenham aderido ao programa na vigência da MP nº 783/17 serão automaticamente migrados para os novos benefícios da Lei nº 13.496/17, de acordo com esclarecimentos da Receita Federal e da PGFN.

I.2. Confaz autoriza ICMS sobre *softwares* comercializados eletronicamente

Publicado no dia 5 de outubro, o Convênio ICMS nº 106 do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) autorizou os estados a cobrarem, a partir de 1º de abril de 2018, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) sobre *softwares* padronizados² comercializados por meio de transferência eletrônica de dados (*download*).

O tema é controverso. Normas estaduais semelhantes de São Paulo e Minas Gerais já são questionadas no STF³. Além disso, diversos municípios, como a capital paulista, já exigem Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre o *download* desses mesmos *softwares*, gerando duplicidade na cobrança pela mesma operação.

A norma do Confaz surge ainda defasada ante a evolução tecnológica. O texto parte da premissa de que o *software* deve ser transferido e instalado na máquina do usuário para ser funcional.

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

¹ Quando é constatada sonegação, fraude ou conluio, o fiscal aplica multa agravada de 150%, ante os 75% da multa regular.

² *Softwares* para uso em computadores de grande porte, computadores pessoais ou minicomputadores.

³ Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.576 e nº 5.659.

Contudo, a saída da mercadoria digital (no caso, o *download* e a instalação na máquina), fato gerador de ICMS de acordo com o convênio, é uma realidade que em breve deve deixar de existir. Em modelos de negócio como no *Software as a Service* (SaaS), o usuário acessa o *software* nos servidores do fornecedor localizados na nuvem (*cloud computing*), sem necessidade de *download* do programa nem de instalação na máquina local.

Ou seja, nesse modelo não há mais a “circulação” a justificar o ICMS, o que sugere que o convênio terá um impacto limitado no tempo. Até lá, o assunto deve gerar novas disputas judiciais, questionando tanto a ilegalidade e inconstitucionalidade do convênio, como a duplicidade dos impostos.

II. Decisões administrativas

II.1. Planos de saúde com coberturas diferenciadas e contribuição previdenciária

Publicado em 11 de outubro pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), o acórdão nº 9202-005.255 da 2ª Turma da Câmara Superior (CSRF) considerou como salário a oferta de planos de saúde com coberturas distintas aos empregados pelo empregador – e que, por isso, deve haver incidência de contribuições previdenciárias sobre o valor dos planos. A cobrança não aconteceria se o empregador oferecesse o mesmo plano a todos os funcionários.

Apesar de publicada apenas em outubro, a decisão é de antes da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que incluiu dispositivo⁴ na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevendo que o valor da assistência médica, mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integra o salário para fins previdenciários. A norma afasta a interpretação da 2ª Turma da CSRF e deve provocar a revisão de sua jurisprudência, já que oferecer planos diferenciados deixou de ser razão para incidência previdenciária⁵.

As turmas ordinárias do Carf, por exemplo, agiram dessa forma com relação ao auxílio-educação pago aos dependentes dos empregados, em situação similar. O conselho entendia que a previsão original da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não era clara quanto à possibilidade de o auxílio-educação ser destinado aos dependentes dos empregados, e determinava que deveria ser considerado verba salarial. Em 2011, a Lei nº 12.513 deixou expresso que o auxílio poderia ser destinado aos dependentes. O dispositivo foi aplicado de forma retroativa e justificou a revisão da jurisprudência até então dominante no órgão.

Espera-se que o Carf siga esse caminho e aplique a nova lei de forma retroativa, sob pena de dar causa a desnecessárias discussões judiciais que apenas onerariam contribuintes e Estado.

III. Decisões do Poder Judiciário

III.1. Contribuição previdenciária sobre terço de férias tem impasse

No início de outubro, a PGFN editou nota defendendo uma mudança do entendimento do STJ a respeito da incidência da contribuição previdenciária sobre o terço a mais de salário pago inclusive por regra constitucional quando das férias de empregados. A nota reitera ainda orientação para que seus procuradores entrem com recursos especiais, também na expectativa de reverter a posição do Tribunal. A posição da Fazenda que deu origem à Nota nº 981 foi baseada em recentes decisões do STF sobre o tema.

No primeiro caso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 565.160, em março de 2017, o Pleno decidiu que a contribuição previdenciária a cargo do empregador incide sobre os ganhos habituais do empregado. Não houve análise da natureza de cada uma das verbas

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

⁴ Art. 458, parágrafo 5.

⁵ Conforme art. 106, II, alínea 'b', do Código Tributário Nacional (CTN), uma lei deve ser aplicada de forma retroativa a ato não definitivamente julgado quando deixa de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão.

específicas que comporiam esses ganhos, pois o Tribunal entendeu que a questão seria infraconstitucional. Por isso, deveria prevalecer o entendimento do STJ de afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias ante a sua natureza indenizatória⁶. Em sua nota, a Fazenda argumenta que o terço de férias é ganho habitual, cabendo então na definição do Supremo.

No segundo julgamento, de agosto de 2017, o ministro Dias Toffoli não compartilhou desse entendimento e decidiu monocraticamente pela tributação do terço de férias ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.066.730 – posição que gerou recurso do contribuinte, ainda pendente. No mesmo mês, o ministro também pediu vista de outros dois processos que discutem o tema⁷.

Agora, para reduzir a insegurança jurídica criada, espera-se que o Pleno do STF se manifeste com rapidez e reafirme a prevalência das decisões do STJ, que de fato tem a última palavra quando as discussões dizem respeito a matérias infraconstitucionais.

III.2. Posição do STF em relação ao ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é questionada

O Supremo publicou em 2 de outubro acórdão⁸ do julgamento que definiu que o ICMS, por não compor faturamento ou receita bruta das empresas, deve ser excluído da base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Conforme havia declarado que faria na época do julgamento do caso em março, a Fazenda entrou com recurso defendendo a rediscussão do mérito do processo. Subsidiariamente, pediu a modulação da decisão para que só produza efeitos a partir do julgamento desse recurso, o que desobrigaria a União de restituir aquilo que indevidamente recolheu até hoje.

A Fazenda argumentou que a decisão produziria profundo impacto no sistema tributário nacional, o que obrigaria o poder público a aumentar a carga tributária, emitir títulos da dívida pública ou até reduzir gastos com a seguridade social, prejudicando especialmente os beneficiários de programas sociais.

Apesar de a decisão realmente impactar o Erário, não se pode esquecer que, ao incluir o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, durante anos a Fazenda subtraiu dos contribuintes recursos de forma ilegal.

Como afirmamos em artigo publicado no portal [JOTA](#) em novembro de 2016, salvaguardar o interesse público não significa proteger os entes estatais, mas resguardar a coletividade, especialmente num país em que os recursos públicos são mal geridos.

Esperamos que o STF não modifique sua decisão, tampouco module seus efeitos. Além de manter entendimento correto, essa postura desestimulará o poder público a instituir ou ampliar tributos cuja legalidade seja duvidosa.

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

[Tributário – Levy & Salomão Advogados](#)

Autores desta edição:

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

Felipe Kneipp Salomon
fsalomon@levysalomao.com.br

Nicholas Schiappacasse
nschiappacasse@levysalomao.com.br

⁶ Recurso Especial nº 1.230.597.

⁷ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.016.455 e Recurso Extraordinário nº 1.020.275.

⁸ Recurso Extraordinário nº 574.706.