

FNCA NEWS TRIBUTÁRIO Nº 05 – 22 a 26/02/2021

1. STF define que o ICMS entra na base de cálculo da CPRB

A União estimava em R\$ 9 bilhões o impacto de uma decisão favorável aos contribuintes. Placar ficou em 7X4

Por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB). O entendimento, tomado por meio do plenário virtual, evita, segundo cálculos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que sejam restituídos R\$ 9 bilhões aos cofres públicos.

A maioria dos ministros acompanhou a divergência trazida pelo ministro Alexandre de Moraes e três seguiram o relator, ministro Marco Aurélio. A discussão ocorreu no recurso extraordinário 1187264.

O ministro Alexandre de Moraes acolheu o argumento da Fazenda Nacional de que a empresa que consta no processo possui um benefício fiscal, já que tem faculdade de aderir ou não à contribuição sobre a receita bruta em substituição à contribuição sobre a folha de pagamentos. Portanto, não caberia a retirada do ICMS da base de cobrança da modalidade escolhida pelo próprio contribuinte. (...)

Com a decisão, o STF acena que tributos podem fazer parte da base de cálculo de contribuições previdenciárias, e a avaliação vai depender caso a caso. Havia uma expectativa entre tributaristas e empresas que, após a fixação da tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da Cofins, o entendimento fosse levado para outras situações.

Fonte: JOTA – 24/02/2021

2. STF decide modular efeitos da decisão pela incidência de ISS sobre softwares

O Supremo Tribunal Federal (STF) definiu, nesta tarde, como deve ser aplicada a decisão que estabeleceu a incidência do ISS sobre as operações com software. Foram fixadas soluções para oito situações diferentes. A intenção dos ministros é a de evitar que esse tema seja novamente judicializado.

A chamada modulação de efeitos havia ficado pendente na quinta-feira, quando eles concluíram que deve incidir ISS e não ICMS sobre softwares. O entendimento — que muda jurisprudência de mais de duas décadas — vale tanto para o produto “de prateleira”, comercializado no varejo, quanto para o fornecido por encomenda.

A interpretação, até esse julgamento, era a de que sobre o software de prateleira deveria incidir o ICMS. Sobre o feito sob encomenda, ISS.

Esse novo entendimento atende o pleito das empresas de tecnologia. Para elas, pode ser bem mais vantajoso pagar ISS do que ICMS. Na capital paulista, por exemplo, são cobrados 2% de ISS, enquanto a alíquota de ICMS é de 5% no Estado. Conta ainda o fato de a apuração do imposto estadual ser mais complexa do que a tributação municipal.

A tributação sobre softwares foi julgada por meio de duas ações diretas de inconstitucionalidade. Uma delas, a ADI 1945, foi proposta em 1999, quando a transferência eletrônica do software ainda era feita por disquete. Hoje, a comercialização ocorre por meio de download ou streaming. A ADI 5659 é mais recente e abrange os meios atuais para a comercialização de software.

A maioria dos ministros entendeu que deve incidir ISS por considerar que tais operações têm de ser consideradas como serviço e não mercadoria, que daria ensejo ao ICMS.

Hoje, os ministros definiram as seguintes oito soluções para a aplicação do julgamento:

As empresas que, no passado, recolheram ICMS não poderão pedir de volta aos Estados os valores pagos de forma indevida. Os municípios, nesse caso, não poderão cobrar desses contribuintes o ISS.

Já aqueles que, no passado, recolheram ISS terão esses pagamentos validados. Eles não poderão ser cobrados pelos Estados.

As empresas que não recolheram nenhum dos dois tributos — nem ISS, nem ICMS — ficarão sujeitas à cobrança pelos municípios somente, que deverão respeitar o prazo de cinco anos da prescrição.

Aquelas que pagaram os dois tributos, por outro lado, poderão pedir de volta aos Estados os valores pagos, no passado, de forma indevida.

Para as empresas com ações judiciais em andamento contra os Estados, para não pagar o ICMS, os juízes deverão aplicar o novo entendimento do STF, de incidência do ISS às operações com software. Os contribuintes poderão levantar valores depositados judicialmente, se existirem.

Ações movidas pelos Estados contra contribuintes que não recolheram o ICMS deverão ser extintas, com ganho de causa à empresa. Esta poderá levantar valores depositados judicialmente e se liberar de penhoras que possam ter sido realizadas pela administração pública.

Para as ações de cobrança movidas pelos municípios também deverá ser aplicado o novo entendimento do STF, ou seja, confirmando a dívida de ISS. Haverá exceção somente para casos de contribuintes que, no passado, tenham pago o ICMS. Nesse caso, o município não terá direito ao imposto.

Já as ações movidas pelos contribuintes contra os municípios, para discutir a incidência do ISS, perderão a causa. Será aplicado o novo entendimento do STF.

Fonte: Valor Econômico – 24/02/2021

3. Maioria no STF julga inconstitucionais cadastros de ISS

Ferramentas foram criadas para identificar prestadores de serviços com sede em outras cidades

A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) considera inconstitucionais cadastros criados por municípios para identificar prestadores de serviços com sede em outras localidades e impedir eventuais fraudes. Ainda faltam dois votos no julgamento sobre a questão, iniciado no Plenário Virtual na semana passada.

O caso analisado pelos ministros é da cidade de São Paulo, que instituiu o Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM). Outras cidades têm mecanismos parecidos, como Porto Alegre e Rio de Janeiro. Foram responsáveis por evitar mais de R\$ 6 bilhões em perdas na arrecadação do ISS nas três capitais desde meados da década passada, segundo a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras (Abrasf), parte interessada no julgamento.

O cadastro surgiu em um contexto de guerra fiscal entre os municípios, afirmam advogados consultados. Em São Paulo, por exemplo, foi usado pela suspeita de que empresas estavam mudando para cidades menores próximas, com carga tributária menor, de forma fictícia.

Por meio do CPOM, as empresas têm que apresentar documentos, como conta de água e luz, e também anexar fotos do seu estabelecimento. Aqueles que não preenchem o cadastro, ficam sujeitos a multa e cobrança do ISS no município onde está localizado o tomador do serviço.

No STF (RE 1167509), o Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo (Seprosp) recorreu de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). A entidade alega que a necessidade de cadastramento indica uma obrigação acessória imposta a pessoas que não são contribuintes do município.

Para o relator, ministro Marco Aurélio Mello, a “penalidade” de retenção do ISS, em caso de não haver cadastro, configura modificação do critério espacial e da sujeição passiva do tributo, revelando duas impropriedades formais: a usurpação da competência legislativa da União, a quem cabe editar a norma geral nacional sobre a matéria, e a inadequação do móvel legislativo, considerada a exigência constitucional de veiculação por lei complementar.

O voto do relator foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Luiz Fux. Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli divergiram.

Fonte: Valor Econômico – 26/02/2021

4. STF é contra cobrança de adicional de ICMS (DIFAL) sem Lei Complementar

Para evitar insegurança jurídica, decisão passa ter efeitos a partir de 2022.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), nesta quarta-feira (24), julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469. Ao final do julgamento, os ministros decidiram que a decisão produzirá efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão. (...)

A tese de repercussão geral fixada no RE 1287019 foi a seguinte: “A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais”.

**FN
CA**

**FERNANDO, NAGAO,
CARDONE, ALVAREZ**
ADVOGADOS

Os ministros aprovaram, por nove votos a dois, a modulação de efeitos para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas continuam em vigência até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão. Segundo o ministro Dias Toffoli, autor da proposta de modulação, a medida é necessária para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos estados. O ministro salientou que, durante esse período, o Congresso Nacional terá possibilidade de aprovar lei sobre o tema. Ficam afastadas da modulação as ações judiciais em curso sobre a questão.

Fonte: STF – 24/02/2021