

# MÄHLMANN & DAL PIVA ADVOGADOS ASSOCIADOS

*Direito Empresarial - Tributário e Cível/Comercial - OAB/PR 967*

*Rua Souza Naves, 3983-10º and. Cascavel-PR CEP 85.810-900 Tel/Fax (45)3037-2650  
Rua Antônio Raposo, 406-7º and. Cjto. 704, Foz do Iguacu-PR CEP 85.851-090 Tel/Fax (45)3523-4006*

## INFORMATIVO

*Out/2015*

*Nº. 058*

*Ano XIII*

*Disponível em nossa Home-page ([www.madp.adv.br](http://www.madp.adv.br))*

### ***1 – Positivo\****

Por mais parcimonioso (ou menos hepático) que alguém eventualmente queira ser ou se portar é inegável o momento tenebroso pelo qual nosso país atravessa. Estamos num emaranhado de problemas econômicos, políticos, estruturais, morais, de credibilidade interna e internacional e de um quase desalento do setor produtivo e desespero pelos que procuram salvaguardar seus ganhos e mesmo seus postos de trabalho.

A pauta de discussão nacional é negativa, a performance econômica é negativa, as perspectivas de curto e médio porte são negativas. Os entes federativos estão de cócoras e chapéu na mão, andando de bicicleta para ver se conseguem se sustentar, não de pé, eis que o crescimento, todos indicam, será zero.

Gastou-se mais do que se podia, prevaleceram-se inescrupulosamente, geriram de forma temerária e a conta chegou.

Senhores empreendedores, a quadra econômica próxima será um tanto difícil. Exigirá criatividade, empenho, profissionalismo e, principalmente, planejamento.

Com o déficit nas contas públicas os governos virão em cima dos geradores de riquezas com uma sanha dificilmente dantes vista. O aumento da Tributação (CPMF, IOF, eliminação/diminuição das renúncias fiscais, tributação sobre grandes fortunas???, aumento do ITCMD, dentre outros tantos), fiscalização com lupa, gerando autos de infração com multa e juros, toda e qualquer outra modalidade de geração de receitas - fator previdenciário, reajustes dos servidores, indústria da multa, aumento das taxações, etc, etc, etc.

E a contrapartida? Diminuição da máquina governamental pífia, parcelamentos fiscais impraticáveis (vide PRORELIT), alocação de recursos para infraestrutura reduzido, linhas de financiamentos bancários escassas com juros absurdos. Ou seja, tudo o que todos já sabemos!

A pequena proposta de reflexão gira em torno da máxima que os cenários econômicos, infeliz e notadamente no Brasil, são cíclicos. Se aprende que justamente em momentos de crise é onde se apresentam oportunidades. Aqueles que hoje tiverem condições de investirem com siso e planejamento, quando a roda da economia voltar a subir (sim um dia e independentemente de quem, subirá. O Brasil é maior!) terá saído na frente com melhores possibilidades de resultado.

---

\* Huberto Otto Mählmann - advogado

Temos, porque acreditamos na classe produtiva, no empresariado brasileiro, ou simplesmente porque temos que assim pensar e proceder, de maneira positiva. Não como Poliana, mas como guerreiros que não fraquejam diante das dificuldades. Um dia, espero que o mais breve possível, beberemos a vitória e lembraremos da batalha travada nestes dias. Assim fomos e agimos em outros tempos, assim seremos. E que venham as mudanças para melhor.

Aproveito para em meu nome e em nome de todos da MADP, desejar boas festas, muita saúde e um 2016 quicá positivo!

## ***2. A Recuperação Judicial como ferramenta eficiente para a gestão de crise\****

Embora em vigor desde 2005, a Lei n.º 11.101, que criou a Recuperação Judicial, ainda é pouco utilizada como ferramenta eficiente para a gestão de crise. Isso se dá até mesmo pelo desconhecimento dos empresários dos remédios que a referida medida proporciona às empresas que atravessam dificuldades financeiras.

O objetivo da Recuperação Judicial, declarado pela Lei, é, na forma do art. 47, o de: *“viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação das empresas, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”*

Portanto, é todo um mecanismo de reestruturação da empresa em dificuldades, com recursos e medidas de muito maior abrangência e efetividade que a antiga Concordata.

Adotando o sistema europeu, sobretudo o francês, a medida brasileira abre para a empresa em dificuldades todo um leque de mecanismos capazes de proporcionar-lhe as condições ideais de reestruturação, superando todas as tradicionais barreiras burocráticas que ela enfrenta na tentativa de evitar as pressões, e de criar um ambiente de retomada da saúde financeira, do crescimento operacional e da lucratividade.

Diferentemente do sistema anterior (Concordata), a Recuperação Judicial admite que cada empresa necessita, para se recuperar, de mecanismos específicos, adequados à sua real situação e, para isso, deixa à própria empresa o diagnóstico sobre o seu estado e a escolha dos remédios capazes de alicerçar a sua recuperação. Assim, é a empresa que escolhe, dentre um elenco amplo de medidas, quais as que serão adequadas ao seu caso.

A título de ilustração, pode-se citar algumas medidas eficientes elencadas pela própria legislação, como a condição especial de pagamento dos credores, com deságio de valores, venda de ativos e a dação de bens ou direitos em pagamentos. Enfim, são muitas as possibilidades conferidas pela própria Lei que visam a superação de crises pelas empresas.

Embora os débitos fiscais não estejam sujeitos aos efeitos da Recuperação Judicial, existem parcelamentos específicos para as empresas. Atualmente existe a possibilidade de se parcelar débitos fiscais federais e estaduais em 84 parcelas mensais e consecutivas conforme instituído pela Lei 13.043/2014 em seu art. 43.

---

\*Marcelle da Mata Moura - advogada

Ainda, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional uma Medida Provisória N.º 668/15, art.15, que se sancionada, vai possibilitar que os débitos fiscais federais e estaduais sejam parcelados em até 120 meses.

No entanto, é fundamental que a decisão pela adoção pelo seu ingresso seja considerada pela direção das empresas enquanto ainda se detém razoável margem de manobra, uma vez que quando já se encontra em uma situação pré-falimentar, sua recuperação é mais traumática.

A Recuperação Judicial carece de desmistificação. Como anteriormente mencionado, a Recuperação Judicial não pode ser considerada como último recurso para evitar a falência de uma companhia. E sim como uma ferramenta eficaz de *turnaroud* (grande virada).

### ***3. Aumento do ITCMD previsto para o primeiro semestre de 2016 apressa o planejamento sucessório de pessoas físicas e jurídicas em todo o país\****

O ITCMD – Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação é um Imposto Estadual devido por toda pessoa física ou jurídica que receber bens ou direitos como herança (em virtude da morte do antigo proprietário) ou como doação. Seu permissivo constitucional encontra-se no artigo 155, I e §1º e é de competência estadual.

Atualmente é regulamentado pela Resolução n. 09/1992 do Senado Federal, com alíquota máxima de 8%, tendo por base de cálculo o valor venal do bem ou direito transmitido. Assim, o Estado onde o bem está localizado (quando se tratar de bem imóvel), onde se processar o inventário ou tiver domicílio o doador (relativamente a bens móveis, títulos e créditos) tem discricionariedade para fixar a alíquota dentro dos limites fixados na legislação.

Neste semestre, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), órgão que reúne os Secretários Estaduais de Fazenda do País, aprovou o encaminhamento de proposta de Resolução ao Senado Federal para a elevação da alíquota máxima do ITCMD de 8% para 20%. Um aumento de mais 150%, portanto.

Se aprovada a Resolução que visa a majoração da alíquota, cada Estado deverá publicar lei para instituir a cobrança. Como a lei estadual tem sua eficácia condicionada ao princípio da anterioridade, os Estados apenas poderão exigir o ITCMD no exercício financeiro posterior à publicação da Lei e respeitado o interstício mínimo de 90 dias.

Assim, na prática, ainda que o Senado Federal venha a elevar a alíquota máxima do ITCMD neste ano de 2015, para que a cobrança possa ser realizada já em 2016, a lei estadual deverá ser publicada até 31 de dezembro de 2015, sem prejuízo de observância do interregno de 90 dias para o início da exigência.

Considerando então, os prazos e procedimentos para publicação e produção de efeitos da Resolução pelo Senado Federal, o ITCMD poderá ser majorado a partir de março de 2016, tendo os contribuintes, por consequência, apertado prazo para realizar um planejamento que lhes permita preparar a sucessão *causa mortis* ou a distribuição patrimonial *intervivos* através da doação, utilizando-se das alíquotas vigentes.

\*Camila Vernasqui - advogada

É preciso, no entanto, ter cautela com as doações (preservando a legítima), com a formalização na declaração do imposto de renda, a incidência de outros tributos na forma eleita para a transmissão de bens, entre outras, a fim de evitar nulidades e onerosidades supervenientes ao ato. Por essa razão, o planejamento da sucessão patrimonial – visando permitir que a transferência de bens seja realizada pelo menor custo possível – é o melhor caminho, tanto para pessoa física como para pessoa jurídica.

O planejamento sucessório é recomendado para todo aquele que possua bens e direitos e pretenda garantir uma transferência segura para seus sucessores. Deve-se levar em conta o tipo de patrimônio, a forma como o proprietário pretende realizar a transferência, a parcela que pretende deixar para cada herdeiro, as condições para que a transferência ocorra, a forma de administração em caso de empresas, as permissões e vedações legais, entre outras variáveis que podem surgir caso a caso.

Há muitos instrumentos jurídicos à disposição dos interessados, desde os mais simples, como a **conta conjunta no banco** – em que o co-titular/herdeiro pode movimentar sem passar pelo inventário, em caso de óbito; o **testamento** – com as desvantagens de poder destinar apenas a metade do patrimônio a quem não for herdeiro necessário (filhos, cônjuge/companheiro e pais) e amarrar o inventário às vias judiciais; **seguro de vida, fundos de investimento** entre outros; até os mais elaborados como a **constituição de uma empresa em formato de Holding** – em que os imóveis, ações e direitos são transferidos para empresa que tem os herdeiros como sócios – afastando a incidência do ITCMD.

Esta última modalidade – **Empresa Holding** – tem sido de grande valia no planejamento sucessório que envolva uma gama de bens e direitos. Devendo, no entanto, passar por uma criteriosa análise jurídica e contábil, visto que atrai outros tipos de tributação, inerentes à pessoa jurídica, tais como a incidente sobre o lucro e o ganho de capital.

Também nos casos em que a opção seja a doação em vida, o instrumento deve ser elaborado de acordo com as peculiaridades da situação dos bens e envolvidos, podendo conter cláusulas assecuratórias como o **usufruto** – em que o direito de uso e proventos como aluguéis são vitalícios dos doadores; **inalienabilidade** – em que os bens doados são gravados da impossibilidade de venda, permuta e afins, salvo autorização judicial; **incomunicabilidade** – em que os bens doados não integram o patrimônio dos cônjuge meeiro de quem recebe a doação e **impenhorabilidade** – que impede a quem recebe o bem de dá-lo como garantia. Entre outras que visem facilitar e garantir a operacionalidade da transmissão e do uso.

Por fim, importa ressaltar que, ainda que a modificação da alíquota máxima não seja aprovada, como muitos Estados não adotam a alíquota máxima permitida atualmente (a exemplo do Paraná que aplica hoje, a alíquota de 4%), para aumentar a arrecadação em tempos de crise, a majoração para os atuais limites de 8% é muito provável, o que implicaria em um aumento de aproximadamente 100% no custo da operação.

Diante dessas considerações, para que os contribuintes não sejam surpreendidos pela oneração excessiva do patrimônio, deverão cercar-se ainda neste ano-exercício de assessoria competente, antepondo-se à produção legislativa dos Estados, que deverá já a partir de março ou abril de 2016, aumentar alíquotas, restando aos contribuintes escasso tempo para elaborar um planejamento sucessório apto a enquadrar-se nas alíquotas atuais do ITCMD.

#### **4 – EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada\***

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, - EIRELI - foi criada há mais de dois anos, mas ainda é pouco utilizada. Sua principal característica é possibilitar o exercício da atividade empresarial por uma só pessoa, mas permitindo que haja separação entre o patrimônio da empresa e o de seu titular.

A EIRELI foi instituída pela Lei 12.441 de 2011, que inseriu um novo inciso ao artigo 44 do Código Civil, incluindo entre as pessoas jurídicas de direito privado a empresa individual de responsabilidade limitada. As disposições legais a serem observadas por essas empresas estão previstas no artigo 980-A, e são aplicadas à EIRELI no que couber, as regras previstas para as S/As.

A principal vantagem da EIRELI é ser uma sociedade formada por uma só pessoa, eliminando a necessidade da pluralidade de sócios. A responsabilidade do titular, no entanto, é limitada ao patrimônio da empresa, de igual forma ao que é aplicável ao sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada.

Porém, o grande impedimento para seu uso é o valor do capital social que deve ser de, ao menos, cem vezes o salário mínimo. Considerando o salário mínimo vigente, o capital social mínimo é de R\$ 78.800,00 (setenta e oito mil e oitocentos reais).

Ponto controverso é o fato de a EIRELI somente poder ser detida por pessoa física. A Lei 12.441/2011 não proíbe em momento algum que pessoa jurídica seja titular. Tal restrição veio posteriormente por meio de Instrução Normativa do Departamento Nacional do Registro do Comércio, ou seja, por norma inferior. O entendimento de que só as pessoas físicas podem ser titulares de EIRELI também tem respaldo em enunciado do Conselho de Justiça Federal.

Muitas pessoas jurídicas interessadas em constituir uma EIRELI tem recorrido ao Judiciário com êxito, tendo o Tribunal Regional da 3ª Região entendido não haver óbice à possibilidade de uma pessoa jurídica que tenha sua repartição societária sobre o regime de quotas a constituir ou transformar-se na modalidade societária denominada EIRELI.

#### **5 – Medida Provisória nº 692/2015 prorroga para 30/10/2015 o prazo de adesão ao PRORELIT – Programa de Redução de Litígios Tributários\*\***

O Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 685/2015, com intuito de facilitar a quitação de débitos tributários, vencidos até 30 de junho de 2015, junto a Receita Federal do Brasil e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que sejam objeto de discussão administrativa e/ou judicial mediante a utilização de créditos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL (Contribuição Social sobre Lucro Líquido).

\* Marcelle da Mata Moura - advogada

\*\* Edson Natan Limanski de Quadros - advogado

Originalmente, o contribuinte deveria formalizar o requerimento até 30 de setembro de 2015, podendo utilizar os créditos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL para quitar 57% do valor do débito, devendo o saldo remanescente (43%) ser adimplido em espécie até o último dia útil do mês de adesão ao citado programa.

No entanto, o Prorelit não trouxe grandes vantagens para os contribuintes, haja vista que não previu qualquer desconto nos valores concernentes às multas e juros de mora, bem como tinha como requisito o pagamento em espécie de 43% do valor do débito em parcela única, motivo pelo qual o número de adesões ficou aquém do esperado pelo Fisco.

Buscando tornar o respectivo programa mais atrativo aos contribuintes fora editada a Medida Provisória nº 692/2015, ampliando o prazo para adesão até 30 de outubro de 2015, assim como alterando o percentual e a forma de pagamento do valor a ser adimplido em espécie.

Veja-se que após a alteração trazida pela legislação superveniente, o contribuinte deverá efetuar o pagamento em espécie equivalente, a no mínimo:

- a) 30% (trinta por cento) do valor consolidado dos débitos indicados para a quitação, a ser efetuado até 30 de outubro de 2015;
- b) 33% (trinta e três por cento) do valor consolidado dos débitos indicados para a quitação, a ser efetuado em duas parcelas vencíveis até o último dia útil dos meses de outubro e novembro de 2015; ou
- c) 36% (trinta e seis por cento) do valor consolidado dos débitos indicados para a quitação, a ser efetuado em três parcelas vencíveis até o último dia útil dos meses de outubro, novembro e dezembro de 2015.

Cumpra esclarecer, que na hipótese de parcelamento do pagamento em espécie, o valor de cada parcela mensal será acrescido de juros equivalentes a taxa Selic para títulos federais.

Os créditos de prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa da CSLL devem ter sido apurados até 31/12/2013 e declarados até 30/06/2015, sendo permitida a sua utilização entre pessoas jurídicas controladas e controladoras, de forma direta ou indireta, ou entre pessoas jurídicas que sejam controladas diretamente ou indiretamente por uma mesma empresa.

Outrossim, para viabilizar a adesão ao programa, o contribuinte deve comprovar a desistência das ações judiciais e recursos administrativos relativamente aos débitos que serão quitados, sendo lícito desistir parcialmente, desde que seja viável a distinção entre o débito objeto de desistência e os demais débitos discutidos no processo judicial ou administrativo.

Impende salientar, que o respectivo programa não abrange os débitos provenientes de desistência de discussão administrativa ou judicial que foram incluídos em programas de parcelamentos anteriores, tal qual preconiza § 4º, do artigo 2º da Medida Provisória em apreço, sendo que os valores depositados em contas vinculadas aos débitos incluídos no respectivo programa serão convertidos em renda da União.

Consoante o preconizado no artigo 6º, da Medida Provisória nº 685/2015, a adesão ao Prorelit extingue o crédito tributário sob a condição de sua ulterior homologação, dispondo o ente tributante do prazo de cinco anos, iniciado com a apresentação do requerimento, para homologar a quitação.

Na eventualidade da insubsistência dos créditos indicados no requerimento, o contribuinte poderá efetuar o pagamento em espécie do saldo remanescente para a quitação do débito no prazo de trinta dias, não sendo adimplida a respectiva obrigação será retomada pelo Fisco a cobrança dos valores restantes.

Destarte, conclui-se que o Prorelit tem cunho eminentemente arrecadatório, tendo em vista que o Poder Executivo está utilizando-o com o intuito primordial de antecipar recursos que somente ingressariam nos cofres públicos após a resolução definitiva dos litígios. Isto se evidencia pelos poucos benefícios ofertados aos contribuintes, uma vez que o valor do débito para a quitação será apurado sem qualquer redução de multa e juros moratórios, bem como frente à dificuldade em levantar recursos para adimplir com o alto montante a ser despendido em espécie no curto prazo fixado pela legislação instituidora.

## **6 – ICMS Paraná e o Decreto 442/2015\***

Buscando amenizar a “guerra fiscal dos portos”, o Senado Federal editou a Resolução nº 13 no ano de 2012 unificando em 4% a alíquota interestadual de ICMS para mercadorias de origem estrangeira. A unificação da alíquota tem ainda o condão de aumentar na divisão do ICMS destas operações interestaduais, a parcela do tributo que cabe ao Estado de destino

Ocorre que recentemente o Governo do Paraná, através de Decreto (442/2015), passou a exigir o pagamento da diferença entre a alíquota interna e a nova alíquota interestadual de 4% quando do ingresso da mercadoria importada no território paranaense destinada à comercialização ou industrialização.

Do valor do débito em questão, para as empresas de regime normal de apuração, seja lucro real ou lucro presumido, há um crédito presumido que será lançado em conta gráfica. No entanto, para as empresas optantes pelo regime Simples Nacional, o §2º, inciso II do artigo 13 exige que seja efetuado o pagamento em GR-PR até o 20º dia do mês seguinte ao da entrada da mercadoria no Paraná, de forma desvinculada à apuração do ICMS no DAS. Verifica-se assim, que apenas a estas, a exigência é efetiva pois que, estão sujeitas ao recolhimento mensal.

Trata-se de medida inconstitucional pois fere o princípio da não-cumulatividade do ICMS bem como ofende sobremaneira a Lei Complementar nº 123/2006, pois é tributação paralela com efeitos confiscatórios e incompatível com o regime do Simples Nacional.

Contraria ainda o disposto no art. 152 da Constituição Federal visto que aumenta tributo sobre mercadoria em razão sua procedência ofendendo sobremaneira o princípio da unidade político-econômica nacional:

***“Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”***

O Decreto 442/2015 por certo contraria todas as formas constitucionais de incentivo e redução da carga tributária às micro e pequenas empresas, que, em 2011, representavam cerca de 98% de todas as empresas formalizadas no Brasil gerando 44% dos empregos formais no setor de serviços e 70% no comércio.

\* Ivonete Nunes - advogada

Assim, frente a exigibilidade da nova obrigação tributária imposta às empresas optantes pelo regime Simples Nacional, a disposição constitucional de incentivo, simplificação e redução da carga tributária destas, é afrontada em todos os termos, comprometendo por certo sua sobrevivência frente às perspectivas econômicas deste ano de 2015.

## ***7 – A Receita Federal do Brasil e a ofensa ao Princípio da Legalidade\****

Muitos contribuintes que aderiram ao primeiro programa de recuperação fiscal criado pelo Governo Federal através da Lei nº 9.964/2000 foram surpreendidos com um comunicado enviado pela Receita Federal do Brasil informando que o valor da parcela deixaria de ser apurado através de um percentual aplicado sobre o faturamento (como previsto na citada lei) e passaria ser um valor estipulado unilateralmente pelo fisco federal, sob o frágil argumento de que os pagamentos das parcelas eram irrisórios e insuficientes para amortizar o débito consolidado.

Importante destacar que o novo valor imposto unilateralmente pela Receita Federal do Brasil representa um aumento significativo do valor das parcelas do REFIS, o que poderá levar a exclusão do contribuinte do programa além dos efeitos deletérios decorrentes desta exclusão, tais como vencimento antecipado da dívida, inscrição do débito em dívida ativa, inscrição no CADIN, vedação de certidão negativa, propositura de execuções fiscais, o bloqueio de ativos financeiros, a penhora de bens e, entre outras, o redirecionamento da dívida na pessoa física dos sócios.

Esta justificativa invocada pelo fisco federal para majorar significativamente as parcelas do REFIS não é verdadeira na medida em que a exclusão do programa somente poderá se dar nas hipóteses previamente estabelecidas na lei instituidora, ou seja, nas circunstâncias previstas no art. 5º, da Lei 9.964/2000. Qualquer outra situação que não as do dispositivo legal citado importará em violação ao princípio da legalidade, como é o caso da alegação de pagamentos irrisórios.

Se as parcelas calculadas em percentual sobre o faturamento mensal do contribuinte são insuficientes à amortização do débito consolidado, isso se deve ao fato de a Lei nº 9.964/2000 ter estabelecido um critério para a atualização do saldo devedor e outro critério para atualização das parcelas mensais: o saldo devedor é atualizado pela TJLP, enquanto as parcelas são atualizadas/calculadas conforme o faturamento mensal do contribuinte. De se observar que foi esta duplicidade de critérios que levou à bancarrota o BNH e o SFH.

Dessa forma, o Governo Federal, quando instituiu o parcelamento da Lei nº 9.964/2000, já estava ciente de que as prestações calculadas em percentual sobre o faturamento dificilmente poderiam garantir a amortização do débito e a sua liquidação em tempo razoável.

Cabe destacar que a própria Lei nº 9.964/2000 declara que o REFIS por ela instituído, não veio com o escopo de obter a **satisfação ou liquidação** dos créditos da União, mas a **regularização** desses mesmos créditos. É o que diz o artigo 1º da Lei nº 9.964/2000:

**“Art. 1º. É instituído o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos em dívida ativa ou não, ajuizados ou não, a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.”**

\* Alexandre Maurios Kuhn - advogado



Afora esses argumentos, destaca-se que a Lei nº 9.964/2000 é fruto da conversão da Medida Provisória nº 2.004-6, que veio assinada pelo Chefe do Poder Executivo da União e outros responsáveis, inclusive o **Ministério da Fazenda**, ao qual subordina toda a estrutura da União.

Assim, é curioso o fato da Receita Federal do Brasil atentar contra a Lei nº 9.964/2000, de cuja elaboração participou.

Diante de situações como esta, o contribuinte deve buscar o Poder Judiciário para que lhe seja garantido o direito de recolher as parcelas do REFIS nos precisos termos delineados pela Lei nº 9.964/2000 e não aquele valor unilateralmente imposto pelo fisco federal.

### ***8 – Da necessidade de Ordem Judicial para Quebra do Sigilo Bancário\****

Em recente julgamento de Apelação Criminal, o TRF da 3ª Região, através de sua 11ª Turma decidiu que dados obtidos pela Receita Federal do Brasil, mediante requisição direta às instituições bancárias sem prévia autorização judicial, não podem ser usados para fins penais (AC nº 0005330-48.2008.403.6120/SP).

Esta decisão espelha o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça, destacando que, a quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal deve necessariamente ser submetida à avaliação de autoridade judiciária competente, e que dados bancários dos contribuintes obtidos pela Receita Federal, quando requisitados diretamente às instituições financeiras, não podem ser usados para apuração de ilícitos tributários.

No caso em comento, a RFB requisitou extratos bancários relativos às contas da empresa ré, diretamente para a instituição financeira, que, por sua vez, apresentou os extratos de movimentação bancária.

Neste sentido, ressalta-se que a quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal, deve, necessariamente, ser submetida à avaliação de autoridade judiciária competente, a quem cabe motivar concretamente sua decisão com base nos artigos 5º, inciso XII e 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal.

Resta claro que os dados obtidos pela RFB diretamente de instituições financeiras sem prévia autorização judicial, ficam impedidos de serem utilizados para fins de apuração de ilícitos de supressão ou redução de tributos, isso em razão do sigilo bancário ser protegido constitucionalmente, e ainda, visto que a Receita Federal não detém competência específica para apuração de ilícitos, ficando impedida de fornecer esses dados obtidos.

Destaca-se que a Receita Federal tem a possibilidade de requisitar informações diretamente às instituições financeiras para fins de constituir o crédito tributário, ou seja, o fornecimento de dados só é permitido para fins de *constituição de crédito tributário*, o que é diferente do uso desses dados para apuração de ilícitos de supressão ou redução de tributos.

Tal entendimento já está firmado no julgamento do REsp 1.134.655/SP, onde ficou consolidado que a quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei 8.021/1990 e pela Lei Complementar 105/2001.

\* Maycon Jhonatas Zuquelo - advogado

Ocorre que, como dito acima, para a deflagração da ação penal, diferentemente da constituição do crédito tributário, a quebra do sigilo bancário reclama autorização judicial, por se tratar de garantia protegida pela Constituição Federal (RHC nº56.422/SP).

Desta forma pode-se concluir que os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias no âmbito de processo administrativo fiscal, sem prévia autorização judicial, não podem ser utilizados para apuração de ilícitos, sobretudo para dar base à ação penal em que se procure ilícitos de supressão ou redução de tributos.

### ***9 – Tentativas da União em reabrir discussões tributárias transitadas em julgado são barradas pela Justiça\****

A União tem buscado reabrir discussões tributárias com decisões definitivas perante a Justiça, utilizando as chamadas ações rescisórias que servem para pedir a anulação de uma sentença transitada em julgado (da qual não cabe mais recurso). Contudo, tal manobra vem sendo indeferida pelos Tribunais que negam essa possibilidade seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em julgamento realizado em outubro de 2014.

Naquele julgamento os ministros definiram, em caráter de repercussão geral, que não cabe ação rescisória contra decisões com trânsito em julgado proferidas em harmonia com a jurisprudência do STF, mesmo que ocorra posterior alteração de entendimento.

Assim, discussões que tiveram seu deslinde definitivo e foram favoráveis para os contribuintes não poderão sofrer alterações nos casos em que a jurisprudência for modificada posteriormente.

Como exemplo desta impossibilidade, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região com base no entendimento do STF, entendeu que não seria possível a União cobrar por créditos utilizados de IPI sobre insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero de uma indústria do ramo de bebidas. Na decisão o colegiado do TRF da 4ª Região levou em consideração que no ano de 2002, quando a empresa obteve decisão definitiva, a jurisprudência era favorável ao aproveitamento destes créditos.

O entendimento nesta matéria só veio a sofrer alteração no ano de 2007, quando o Supremo deixou de considerar constitucional a utilização desses créditos e, mais recentemente, em setembro deste ano, houve a confirmação em julgamento de repercussão geral, que não seria possível o aproveitamento de créditos de IPI decorrentes de entradas de insumos isentos, não tributados ou tributados à alíquota zero.

A decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou a União a possibilidade de exigir créditos de empresa com decisão judicial já abarcada pela coisa julgada respeita a segurança jurídica que deve permear todo o processo judicial, garantindo que o direito reconhecido por decisão final seja respeitado pelos Entes Públicos, principalmente pelo Fisco.

Este entendimento, também está sendo seguido por outros tribunais pátrios como o TRF da 3ª Região, com sede em São Paulo e o TRF da 2ª Região, com sede no Rio de Janeiro, em ambos os desembargadores que julgaram os casos entenderam que era inviável a utilização da ação rescisória para esse fim, garantindo com isso o respeito as decisões proferidas e ao instituto da coisa julgada.

\* Cíara do Carmo Prichula - advogada

## **10 – A inconstitucionalidade da majoração do PIS/Cofins pelo Decreto 8.426/2015\***

Em consonância com as medidas de ajuste fiscal iniciadas no ano de 2015, o Governo Federal publicou o Decreto nº 8.426/15, reestabelecendo a incidência das Contribuições Sociais do Pis e da Cofins sobre as receitas financeiras para os contribuintes optantes pela sistemática não-cumulativa das Leis nºs 10.637/2002 e Lei nº 10.833/2003. O Decreto nº 8.426/2015, reestabeleceu, a partir de 1º de julho de 2015, as alíquotas de 0,65% e 4% das contribuições de PIS e Cofins, respectivamente.

Após o advento das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, sobreveio a Lei 10.865/2004, legislação instituidora do PIS/Cofins importação, que com base no artigo 27, § 2º autorizou o Poder Executivo a reduzir e reestabelecer, até os percentuais de 1,65% para PIS e 7,6% para a Cofins, as alíquotas das contribuições sociais sobre as receitas financeiras. Ainda no mesmo ano veio o Decreto nº 5.164 que reduziu a zero as alíquotas do Pis e Cofins para essas situações. Posteriormente veio o Decreto nº 5.442/2005, que manteve a alíquota zero de Pis/Cofins incidente sobre receitas financeiras.

No entanto, para evitar abrir mão de recursos para seguridade social, e valendo-se da prerrogativa supostamente conferida pela Lei nº 10.865/04, foi publicado o referido Decreto nº 8.426/15, que revogando o Decreto nº 5.442/05, reestabeleceu as alíquotas do Pis e Cofins sobre receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa.

Ocorre que o respectivo Decreto ao restabelecer as alíquotas das contribuições mencionadas, ofendeu sobremaneira a Constituição Federal 1988, mormente o art. 150, I que exige Lei para criação ou majoração de tributo; o art. 153, §1º, por não enquadrar-se as exceções ao princípio da legalidade tributária (II, IE, IPI, IOF e CIDE); o art. 150, inc. II, que prevê o princípio da isonomia visto tratar de maneira diferenciada empresas pelo seu regime de tributação (esta majoração atinge apenas empresas sujeitas ao regime de lucro real, excluindo-se as empresas no Simples Nacional e as do lucro presumido); bem como o princípio da segurança jurídica.

Assim, as empresas que apuram impostos pelo regime de Lucro Real, que não querem se sujeitar a mais este novo ônus tributário, devem analisar este impacto perante seus resultados e, se for o caso, através de seu corpo jurídico intentar medida judicial visando estancar de imediato tal exigência, ou garantir o depósito judicial. Em caso de êxito, o saldo dos depósitos serão disponibilizados ao contribuinte. Estes valores deverão ser bastante expressivos, pois a incidência de 0,65% de PIS e 4% de Cofins incidirá sobre tudo que possa caracterizar receita financeira, como aplicações em instituições bancárias, juros incidentes sobre débitos em atraso, entre outros.

---

\* Carlos José Dal Piva - advogado

## ***11 – Discussões hodiernas relevantes\****

### ***Inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição Previdenciária Patronal Sobre a Receita Bruta***

A Medida Provisória nº 563, convertida na Lei 12.546/2011, que tem por intuito desonerar a folha de salários, alterou a base de cálculo da Contribuição Previdenciária Patronal de diversos setores, a qual anteriormente era de 20 % sobre a folha de salários e a partir da vigência da mencionada norma passou a ser de 1% ou 2% sobre a receita bruta.

Ocorre que a respectiva lei foi omissa e se referiu genericamente a receita bruta, sem fazer menção de qualquer outro tributo ou estabelecer especificidades, razão pelo qual a Receita Federal do Brasil editou o Parecer Normativo nº 3/2012 orientando que os contribuintes incluíssem o ICMS na nova base de cálculo da Contribuição Previdenciária Patronal, entendendo que o citado tributo estadual integra o conceito de faturamento, tomando como fundamento a legislação concernente às contribuições ao PIS e a COFINS.

Não obstante o posicionamento do Fisco, o ICMS é um tributo indireto e não pode ser incluído no conceito de faturamento por não ser uma receita da empresa, eis que embora seja arrecadado pelo contribuinte da Contribuição Previdenciária Patronal, apenas transita pelo caixa da empresa e é repassado ao Estado (sujeito ativo da relação tributária), restando evidente a ofensa ao artigo 195, I, da Constituição Federal.

Veja-se que a presente discussão em muito se assemelha ao embate acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, no qual já se obteve decisão favorável aos contribuintes no Supremo Tribunal Federal por maioria de votos (sete favoráveis e dois contrários), quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, ficando consignado que o mencionado tributo estadual não integra o conceito de receita bruta.

### ***Supremo Tribunal Federal reconhece a repercussão geral do adicional de 10% da multa do FGTS***

O artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, instituiu nova contribuição social devida pelos empregadores na hipótese de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de 10% sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS durante a vigência do contrato de trabalho.

A respectiva contribuição foi criada com o objetivo específico de custear o rombo bilionário no FGTS, ocasionado pelo pagamento dos expurgos inflacionários atinentes aos planos Verão e Collor I.

No entanto, a exigência do recolhimento da contribuição adicional de 10% da multa do FGTS é indevida, uma vez que a situação que ensejou a sua criação já cessou no ano de 2007, oportunidade em que fora liquidada a última parcela dos complementos da atualização monetária, conforme disciplinou o Decreto nº 3.913/01.

\*Edson Natan Limanski de Quadros - advogado

Desta feita, foram ajuizadas diversas ações discutindo a constitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu a Repercussão Geral da Temática, tomando por paradigma o Recurso Extraordinário nº 878.313 – SC.

### ***Abrangência da isenção da Cofins para as escolas sem fins lucrativos***

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento do Recurso Especial nº 1.353.111 – RS, submetido ao regime dos repetitivos, entendeu que os valores arrecadados com o recebimento das mensalidades pagas pelos alunos das instituições educacionais sem fins lucrativos fazem jus a isenção da Cofins, tal qual preconiza a Medida Provisória nº 2.158-35/01.

Na respectiva decisão, restou consignado que a Instrução Normativa nº 247/02 da Receita Federal do Brasil está em dissonância com a legislação instituidora da benesse, pois excluiu as mensalidades pagas pelos alunos do conceito de receitas provenientes das atividades próprias das instituições supramencionadas, o que não procede ao passo que as mensalidades nada mais são que contraprestações pelos serviços educacionais prestados.

### ***Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho afasta a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias***

A Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Recurso de Revista nº 388-81.2012.5.06.0003, entendeu que não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional das férias usufruídas.

Segundo consta na decisão, o terço de férias “*não detém natureza salarial, mas sim natureza indenizatória, já que não se destina a retribuir serviços prestados nem configura tempo à disposição do empregador*”.

Cumprе ressaltar, que encontra-se sedimentado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não incide contribuição previdenciária sobre verba indenizatória ou que não integre a remuneração habitual do empregado.

### ***Medidas Cabíveis***

Frente a grave crise econômica que tanto afeta o setor empresarial, seja pela majoração da alíquota de tributos ou pela revogação de benesses fiscais, faz-se cada vez mais necessário que o contribuinte busque alternativas para reduzir a alta carga tributária que assola o desenvolvimento da atividade de seu empreendimento.

Neste íterim, as discussões judiciais acima retratadas revelam-se como uma ótima oportunidade para que o contribuinte possa reduzir o valor dos tributos mensais, bem como restituir valores que foram indevidamente exigidos pelo ente tributante.

A título exemplificativo tem-se a discussão concernente a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição Previdenciária Patronal Sobre a Receita Bruta que, em caso de procedência, pode gerar uma economia de até 20% no valor da exação.

Destarte, o contribuinte poderá ingressar em juízo, através de sua assessoria jurídica, visando garantir o seu direito ao não recolhimento do tributo indevidamente exigido, bem como a restituição dos valores despendidos com o pagamento da respectiva exação, observando o prazo prescricional de cinco anos e a data de vigência da lei ou ato normativo que deu azo à discussão.

## ***12 – Jurisprudência\****

### ***Da extinção das obrigações do falido sem prova de quitação de tributos***

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime, recentemente firmou entendimento de que o pedido de extinção das obrigações do falido não exige a apresentação de certidões de quitação fiscal. Contudo, a referida quitação não terá repercussão no campo tributário de acordo com o artigo 191 do Código Tributário Nacional(REspn° 834932).

### ***É legítima a incidência de IPI na saída do produto importado para revenda***

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser legítima a incidência de IPI no desembaraço aduaneiro de produtos importados e, novamente, na saída da mercadoria do estabelecimento, quando for comercializado. O Ministro Campbell citou as normas que regem o IPI e demonstrou que os estabelecimentos que revendem produtos importados se equiparam, para fins de incidência do imposto, a estabelecimentos industriais. Concluiu então que, não se trata de bitributação (bis in idem), pois a lei elenca dois fatos geradores distintos: o desembaraço aduaneiro, proveniente da operação de compra do produto do exterior, e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor(EREspn° 1403532).

### ***Impossibilidade de exigência concomitante de multa isolada e multa de ofício***

A Segunda Turma do Tribunal Superior de Justiça proferiu recente decisão consignando que não podem ser cobradas concomitantemente a multa isolada e a multa de ofício, previstas no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996. Na hipótese, fora utilizado o princípio penal da consunção para findar a controvérsia, tendo em vista que os incisos I e II do artigo supramencionado não trouxeram nova hipótese de cabimento de multa, apenas disciplinaram formas distintas de sua aplicação, não havendo que se falar na cobrança de multa isolada, pois esta será absorvida pela multa de ofício na eventualidade da ocorrência de infração que implique, ao final do ano calendário, em recolhimento a menor dos tributos (REsp nº 1.496.354).

---

\* Ivonete Nunes - advogada