

## INFORMATIVO JURÍDICO

NÚMERO 6, ANO I

JULHO DE 2009

### I

#### **Rosenthal Ganha na Justiça Direito de Não Recolher o ICMS-ST Sobre o Levantamento do Estoque**

Escritório, que já havia obtido a suspensão da ST por 90 dias, obtém mais essa importante vitória contra essa sistemática de arrecadação. Leia mais na [página 2](#).

### 2

#### **RESTITUIÇÃO DO ICMS-ST PAGO A MAIS**

STJ autoriza restituição do ICMS-ST pago a mais por empresa paulista. O artigo completo segue na [página 3](#).

### 4

#### **CRÉDITOS ACUMULADOS DEVERÃO SER JULGADOS EM ATÉ 30 DIAS**

Decisão promete agilizar o julgamento de processos administrativos sobre o tema. Leia mais na [página 6](#).

### 3

#### **EMPRESAS EM DÉBITO COM O FISCO ESTÃO SENDO EXCLUÍDAS DO SIMPLES NACIONAL**

Exclusão é inconstitucional e tem sido rejeitada pelos Tribunais. Confira maiores detalhes sobre esse assunto na [página 4](#).

### 5

#### **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL DIVULGA LISTA DE DEVEDORES**

Atenção para eventuais inscrições indevidas. Confira na [página 7](#).

## 6 A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS E O INSS

STJ decide que incide INSS sobre distribuição de lucros em desacordo com a Lei nº 10.101/00. Leia mais na [página 8](#).

---

---

## ROSENTHAL GANHA NA JUSTIÇA DIREITO DE NÃO RECOLHER O ICMS-ST SOBRE O LEVANTAMENTO DO ESTOQUE

A Justiça paulista concedeu liminar garantindo a uma empresa do ramo de telecomunicações o direito de não recolher o ICMS na modalidade de Substituição Tributária (ST) devido sobre o levantamento do estoque.

Em 19 de maio de 2009, sob pretexto de criar uma regra de transitoriedade, o Governo Paulista publicou o Decreto nº 54.352, disciplinando o procedimento para recolhimento do ICMS-ST relativo ao estoque das mercadorias inseridas na substituição tributária pelo Decreto nº 54.338/09, existente em 31 de maio de 2009.

O escritório Rosenthal, Rosenthal e Sarfatis Metta Advogados, por meio dos advogados Paulo Rosenthal, Victor Sarfatis Metta e Julia Wanner impetraram Mandado de Segurança, contestando a obrigação de recolher o tributo sobre fato gerador ocorrido antes da sua instituição.

A liminar foi concedida pela Juíza da 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, Dra. Simone Gomes Rodrigues Casoretti, que entendeu que a legislação tributária somente aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e pendentes, situação que não ocorre com o estoque de mercadorias. Desta forma, o Estado de São Paulo ao instituir a substituição tributária para frente, com a pretensão de tributar os estoques de mercadorias, acabou infringindo o art. 150, II, “a”, da Constituição Federal que veda a retroatividade da norma tributária para alcançar fatos geradores ocorridos em período anterior a sua instituição.

A decisão representa mais uma vitória dos contribuintes contra a avidez arrecadatória do Fisco Paulista.

---

---

## RESTITUIÇÃO DO ICMS-ST PAGO A MAIS

### *STJ autoriza restituição do ICMS-ST pago a mais por empresa Paulista*

Com é sabido, na sistemática da substituição tributária para frente, o contribuinte paga, na origem dos produtos, o ICMS referente a toda a carga que seria paga ao longo da cadeia de vendas. Desta forma, na primeira operação, o vendedor paga todo o imposto que o governo calcula que chegaria aos seus cofres pelas operações subseqüentes. Isso certamente evita a sonegação ao longo do percurso, mas também pode significar recolhimentos a maior.

O valor final dos produtos é estimado pela Fazenda, através da aplicação da MVA – Margem de Valor Agregado no cálculo do tributo devido. Ocorre que, nem sempre, o valor final do produto corresponde ao valor arbitrado pelo Fisco, gerando para a empresa um crédito de ICMS.

A restituição destes créditos, entretanto, foi proibida pelo Convênio CONFAZ ICMS 13/97, a não ser quando o fato gerador não ocorre (mercadoria extraviada, p.ex.), sendo irrelevante se o preço da venda foi inferior à base de cálculo presumida. Importante salientar, porém, que São Paulo não é signatário do referido convênio. Sendo assim, suas disposições não se aplicam aos contribuintes paulistas. Em sentido contrário, entende-se que é possível a restituição. Além de São Paulo, também não assinaram o convênio Pernambuco, Santa Catarina e Paraná.

Sendo assim, os contribuintes paulistas podem solicitar a repetição do ICMS-ST pago a maior, através da compensação ou restituição. Sendo cabível, inclusive a utilização de medidas judiciais em caso de negativa do Fisco paulista. Para tanto, contam com esse importante precedente do STJ.

## **EMPRESAS EM DÉBITO COM O FISCO ESTÃO SENDO EXCLUÍDAS DO SIMPLES NACIONAL**

*Exclusão é inconstitucional e tem sido rejeitada pelos Tribunais*

As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ter tratamento favorecido, diferenciado e simplificado. Este é um princípio abarcado pela Constituição Federal, e que deve ser observado pelos legisladores federais, estaduais e municipais.

Ao prever estas garantias, o objetivo do legislador constituinte foi proteger as micro e pequenas empresas para que estas pudessem ter um lugar no mercado e competir com as empresas de médio e grande porte.

Para isso foi criado o chamado Simples Nacional. Um sistema unificado de recolhimento de tributos nas esferas federal, estadual e municipal, e que trouxesse facilidades e menor tributação aos pequenos empresários. Simplicidade, pois.

Não é exatamente o que tem ocorrido. O fato é que o Simples Nacional, que substituiu outra sistemática similar, chamada de Simples Federal, tornou-se razoavelmente complicado. Ao invés de ter suas regras ditadas somente pela lei de regência, a Lei Complementar 123/06, existem diversas normas do Comitê Gestor do Simples Nacional, que deveriam, mas acabam não facilitando a vida do pequeno empresário. Trata-se do conhecido e combatido costume dos órgãos públicos de exceder o limite que lhes foi imposto pela lei. Vamos aos fatos.

A Lei Complementar art. 17, V, trata da vedação de entrada no Simples de empresas com débitos tributários. Tanto que, quando foi aberto o prazo de adesão foi aberto também um parcelamento relacionado.

Ocorre que o Comitê Gestor, órgão criado para esclarecer as normas legais e auxiliar na sua aplicação prática, excedeu-se e criou norma efetivamente excluindo da sistemática qualquer empresa que incorresse em débitos fiscais. Em qualquer

momento. Em qualquer esfera. Assim, um eventual débito de IPTU poderia excluir uma empresa comercial que recolhe tributos ao município, p.ex. Essa norma consta da Resolução 15/07 do Comitê.

Assim, na contramão das garantias constitucionais, as empresas optantes do Simples Nacional, que possuam débitos com o INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, estão obrigadas a comunicar tal fato à Receita Federal para que esta proceda a exclusão da empresa do regime simplificado. Tal comunicação deverá ser feita até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência do débito.

A não comunicação do débito por parte da empresa sujeita esta a exclusão de ofício, além da aplicação de multa, correspondente a 10% (dez por cento) do total de impostos e contribuições devidos de conformidade com o Simples Nacional no mês que anteceder o início dos efeitos da exclusão, ou do impedimento, não inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Entendemos que a exclusão das empresas do Simples, como forma de coação para o pagamento de tributos é manifestamente inconstitucional, uma vez que fere o princípio do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado das micro e pequenas empresas, além do princípio da capacidade contributiva, pois pune o pequeno empresário com penalidade mais severa que os demais contribuintes.

A coação não é um instrumento de cobrança válido ou aceito, até porque as Fazendas Públicas possuem um instrumento próprio de cobrança, a Execução Fiscal, que já possui meio e forma extremamente privilegiados.

Outrossim, em momento algum a Constituição Federal condicionou a concessão ou a manutenção do tratamento diferenciado à inexistência de débitos tributários. A única condição imposta à empresa beneficiária do regime simplificado é o limite do faturamento e a atividade exercida.

A exclusão da micro ou pequena empresa do regime simplificado, na forma acima explicada, só tem o condão de agravar a situação de endividamento em que se encontra uma empresa em dificuldades, uma vez que, se já estava passando por dificuldades quando era beneficiária do regime simplificado, que dirá quando tiver que optar pela sistemática de tributação pelo lucro real ou presumido.

Por fim, informamos que este tem sido, inclusive, o entendimento dos Tribunais ao julgar demandas de empresas optantes do Simples Nacional que foram excluídas do regime em razão da existência de débitos tributários. Deve o contribuinte procurar o socorro do Poder Judiciário, evitando que normas inconstitucionais do Executivo prejudiquem ainda mais a sua atividade empresarial.

---

---

## **PLEITOS PARA RESSARCIMENTO DE CRÉDITOS ACUMULADOS DEVERÃO SER JULGADOS EM ATÉ 30 DIAS**

Muitas empresas com valores a receber do Fisco federal vem contestado o prazo de um ano fixado na Lei nº 11.457/2007 para o Órgão analisar e julgar os processos administrativos. Estas empresas, inconformadas com a espera do julgamento dos pleitos de ressarcimento de créditos acumulados ou pagos a maior, estão pleiteando na Justiça a aplicação do prazo de 30 dias previsto na Lei nº 9.784/1999.

A Lei nº 11.457/07, responsável pela criação da Super Receita estabeleceu no art. 24 que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional deverá proferir decisão administrativa no prazo máximo de 360 dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Sendo assim, entendemos que o prazo supra mencionado se destina somente à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em seus procedimentos internos, e não à apreciação das demandas administrativas pelo Fisco. Caso fosse esta a intenção do

legislador, teria revogado o artigo 49 da Lei nº 9.784/1999, que estabelece o tempo máximo de 30 dias para que a Receita julgar os processos administrativos.

A desembargadora Maria do Carmo Cardoso, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região concedeu liminar a uma empresa exportadora, determinando que fosse obedecido o prazo de até 30 dias pelo Fisco para julgar a demanda administrativa.

Trata-se de importante precedente a beneficiar os contribuintes e que não deve ser menosprezado em sua importância. Sabe-se o quanto se gasta em empresas por conta de questões ligadas a fluxo de caixa. Trata-se de problema que poderia ser minorado se houvesse mais agilidade da Receita na devolução dos créditos devidos aos contribuintes.

---

---

## **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL DIVULGA LISTA DE DEVEDORES**

Já está disponível, no *site* da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a lista das pessoas físicas e jurídicas que possuem débitos com a Fazenda Nacional inscritos em Dívida Ativa da União.

Nos termos da Portaria PGFN nº 642/09, a lista não contemplará as dívidas em que: I - tenha ocorrido qualquer hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito, nos termos da lei; ou, II - tenha sido ajuizada ação, com o objetivo de discutir a natureza da obrigação ou o seu valor, com o oferecimento de garantia idônea e suficiente ao Juízo, na forma da lei.

Os dados dos devedores divulgados na lista vão se restringir ao nome do devedor principal e dos corresponsáveis e respectivos números de inscrição no CPF ou no CNPJ.

Qualquer pessoa poderá realizar consultas na lista, através do número do CPF, ou

CNPJ, ou pela letra inicial da pessoa física ou jurídica. Segundo a PGFN, a relação de devedores será atualizada mensalmente.

Caso o devedor tenha quitado a dívida ele poderá requerer a sua exclusão da lista. O requerimento deverá ser apresentado pela Internet, no endereço eletrônico da PGFN, devendo o Órgão decidir sobre o pedido no prazo de cinco dias úteis.

Resta fica atento a inscrições indevidas, pois há notícia que as consultas ao site têm sido numerosas.

---

---

## **A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS E A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

*STJ decide que incide INSS sobre distribuição de lucros em desacordo com a Lei nº 10.101/00*

A participação nos lucros ou resultados, mais conhecida como PLR, é uma forma de partilhar uma parte dos lucros obtidos pela empresa com os seus funcionários.

Tal distribuição, que já estava prevista no art. 7º, XI da Constituição Federal, só foi regulamentada em 19 de dezembro de 2000 através da Lei nº 10.101/2000.

A implementação do Programa de Participação nos Lucros ou Resultados pelas empresas, quando feita nos termos da Lei 10.101/2000, traz vantagens fiscais, entre elas a isenção de encargos sociais e dedução com despesas no Imposto de Renda e ainda a não integralização ao salário.

Dentre os requisitos previstos na Lei supra mencionada, o Programa de Participação nos Lucros ou Resultados deverá ser objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos, a saber: I - comissão escolhida pelas



partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; II - convenção ou acordo coletivo. O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

Dos instrumentos resultantes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo.

Além do caráter variável, a lei determina que a PLR não poderá ser paga em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

Ocorre que a PLR vem sendo usada, indevidamente, por muitas empresas como forma de planejamento tributário, com vistas à redução de encargos trabalhistas.

Foi neste contexto que o STJ, recentemente, se manifestou pela incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de PLR sem atendimento às exigências impostas na Lei que regula a matéria. Até então, nos poucos casos que julgou, o STJ tinha um entendimento majoritário de que a contribuição não era devida.

A ministra relatora do processo, Eliana Calmon, manteve a decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, que determinou o pagamento da contribuição. A relatora entendeu que, para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deveria ter observado a legislação específica sobre a questão. De acordo com o acórdão, para a ministra, ao ocorrer esse descumprimento, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passaria a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.