

INFORMATIVO JURÍDICO

NÚMERO 5, ANO I

JUNHO DE 2009

I

Não Há Incidência do ICMS sobre Demanda de Energia Elétrica Contratada e Não Consumida

Decisão do STJ deverá ser seguida pelos demais Tribunais. Leia mais na [página 2](#).

2

Redução da Base de Cálculo do Pis e da Cofins

Nova lei define que tributos só incidem sobre receitas operacionais. O artigo completo segue na [página 3](#).

3

Empresa Pode Abater Juros Sobre o Capital Próprio do IR e CSLL

Decisão do STJ contraria postura da Receita Federal. Confira maiores detalhes sobre esse assunto na [página 4](#).

4

Novas Formas de Responsabilização de Sócios e Diretores por Débitos Tributários

Novo entendimento do STJ põe em risco patrimônio de administradores de pessoas jurídicas. Leia mais na página na [página 5](#).

5

A Substituição Tributária para Optantes do Simples Nacional e a Decisão Normativa CAT – 09/09

Norma esclarece regras de substituição tributária para empresas do Simples. Confira na [página 7](#).

6

**SP e MG Celebram Acordo de
Cooperação na Área Tributária**

Acordo de substituição tributária inclui 14 setores e amplia rol de Estados que mantêm acordo com SP. Leia mais na [página 7](#).

**Não Há Incidência do ICMS sobre Demanda de Energia Elétrica
Contratada e Não Consumida**

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça colocou um ponto final na controvérsia sobre o limite de incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência de energia elétrica.

Os grandes consumidores de energia elétrica podem comemorar. A Primeira Seção do Tribunal decidiu, por maioria, que é legítima a cobrança do imposto somente sobre a parcela efetivamente consumida da demanda reservada de potência.

O recurso foi julgado pelo rito da Lei n. 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos). Isto significa, que a partir de agora, os processos em tramite nos Tribunais de Justiça dos Estados que versem sobre questão idêntica, podem seguir a mesma interpretação. Outrossim, os demais recursos sobre o tema, que aguardam apreciação do Superior Tribunal de Justiça, terão o mesmo entendimento aplicado.

A tarifa de energia elétrica dos grandes consumidores, como as indústrias, diferentemente da tarifa cobrada dos consumidores comuns, é formada por dois elementos, sendo, portanto, chamada de binômia. Tal tarifa é composta por: consumo e demanda de potência.

Por consumo, temos a parcela efetivamente consumida que é medida em kw/h (kilowatts/hora). A demanda de potência, também conhecida como demanda contratada, por sua vez, é aquela obrigatoriamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em kilowatts (kW).

Para o Ministro relator do caso, o fundamento da não incidência do ICMS sobre a parcela não consumida da demanda contratada é que a legislação do tributo considera a energia elétrica uma mercadoria, e não um serviço. Desta forma, o contrato de compra e fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

Por fim esclarecemos que os contribuintes que tiverem pago a exação considerada ilegal, podem pleitear a repetição dos valores pagos indevidamente, observando o prazo prescricional de 05 (cinco) anos.

Redução da Base de Cálculo do PIS e da COFINS para Empresas Tributadas pelo Lucro Presumido

Seguindo decisão do STF, governo reduz base de cálculo que indicia sobre quaisquer receitas das pessoas jurídicas

Desde o dia 28 de maio, as empresas que recolhem o PIS e a COFINS pelo sistema cumulativo ou não-cumulativo, podem fazer o recolhimento das contribuições considerando como base de cálculo apenas as receitas operacionais, ou seja, as provenientes da venda de bens e prestação de serviços.

Isto sucedeu porque o art. 79 da Lei nº 11.941/09, revogou disposição da lei nº 9.718/98, pela qual a base de cálculo do PIS e da COFINS era a totalidade das receitas da pessoa jurídica, um conceito ampliado de receita bruta.

Desde 2005, o Supremo Tribunal Federal, mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil, já havia se pronunciado pela inconstitucionalidade do dispositivo. Ocorre que, a manifestação do Supremo se deu no julgamento de um Recurso Extraordinário, que só gera efeitos entre as partes do processo.

Desta forma, as empresas que quisessem se beneficiar da redução da base de cálculo, só podiam fazê-lo por meio de uma medida judicial.

Com a revogação da norma, todas as receitas que não são fruto da atividade fim da empresa passaram a não ser tributadas pelo PIS e pela COFINS.

Informamos que a alteração em comento valerá apenas em relação às empresas citadas no art. 10º, da lei nº 10.833/03 e no art. 8º, da Lei nº 10.637/02. Essas empresas são as tributadas pelo lucro presumido ou arbitrado; as optantes do Simples; as cooperativas; as do setor de telecomunicações e do setor jornalístico; as receitas decorrentes da execução por administração, empreitada ou subempreitada de obras de construção civil, até 31 de dezembro de 2010; as receitas auferidas por empresas de serviços de informática, decorrentes das atividades de desenvolvimento de software e o seu licenciamento ou cessão de direito de uso, bem como de análise, programação, instalação, configuração, assessoria, consultoria, suporte técnico e manutenção ou atualização de software, compreendidas ainda como softwares as páginas eletrônicas; as receitas decorrentes de serviços: prestados por hospital, pronto-socorro, clínica médica, odontológica, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e laboratório de anatomia

patológica, citológica ou de análises clínicas; e de diálise, raios X, radiodiagnóstico e radioterapia, quimioterapia e de banco de sangue, entre outras, que continuam a pagar o PIS e a COFINS com base na Lei nº 9.718/98.

Com relação aos valores a título de PIS e COFINS que foram pagos no passado, antes da entrada em vigor da Lei nº 11.941/09, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional entende que o benefício só incide sobre as contribuições recolhidas a partir da data de publicação da nova norma e só uma súmula no sentido da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS poderia produzir efeitos retroativos.

Não obstante o entendimento da Fazenda Nacional, esclarecemos que as empresas que tiverem recolhido PIS e COFINS sobre receitas não operacionais podem recorrer à Justiça para conseguir que o benefício se aplique ao passado.

Empresa Pode Abater Juros Sobre o Capital Próprio do IR e CSLL

As empresas podem deduzir o valor de juros sobre o capital próprio pago aos seus associados do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido a pagar, mesmo quando esses juros tenham sido acumulados em períodos anteriores. Recente entendimento nesse sentido por parte da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça interessa, principalmente, às multinacionais, empresas que comumente pagam juros sobre o capital próprio em substituição à distribuição de dividendos.

A Receita Federal, com base na Instrução Normativa nº 11/96, entende que as empresas só podem usar os juros sobre capital próprio como despesa dedutível da base de cálculo do IR e da CSLL no mesmo ano em que tais juros foram registrados. Ocorre que, o STJ acolheu a tese da empresa, baseada na Lei das S.A que permite o pagamento dos juros a qualquer momento, ainda que anos depois de registrados.

No pagamento de juros sobre o capital próprio aos associados, a empresa está sujeita a uma alíquota de 15% de IR retido na fonte, mas deixa de pagar uma alíquota de 34% de IR e CSLL incidentes sobre o valor total dos juros pagos. Assim, se a empresa paga R\$ 1 milhão de juros, por exemplo, deverá recolher R\$ 150 mil de IR retido na fonte. Por outro lado, essa empresa poderá diminuir seu lucro tributável em R\$ 1 milhão e economizar R\$ 340 mil de IR e CSLL.

Nos termos do art. 347, § 1º do Regulamento do Imposto de Renda, o montante dos juros remuneratórios do capital passível de dedução como despesa operacional limita-se ao maior dos seguintes valores: (i) 50% do lucro líquido do período de apuração a que corresponder o pagamento ou crédito dos juros, após a dedução da contribuição social sobre o lucro líquido e antes da provisão para o imposto de renda e da dedução dos referidos juros; ou (ii) 50% dos saldos de lucros acumulados e reservas de lucros

de períodos anteriores (as reservas de lucros somente foram incluídas para efeito do limite da dedutibilidade dos juros a partir de 1º/01/1997, pela Lei nº 9.430, de 1996, art. 78).

Com a decisão do STJ, o pagamento de juros sobre capital próprio pode ser vista como uma forma segura de planejamento tributário.

Novas Formas de Responsabilização de Sócios e Diretores por Débitos Tributários

Novo entendimento do STJ põe em risco patrimônio de administradores de pessoas jurídicas

No Brasil, a atividade empresarial é mesmo atividade de risco. Aqui, a pessoa que se dedica a explorar atividade econômica se sujeita não somente aos riscos inerentes ao negócio, que são bem conhecidos, mas também a diversos riscos jurídicos. E muitos só descobrem estes quando já é tarde.

Esse artigo se presta a informar acerca de nova posição que foi tomada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, e que traz mais motivo de preocupação, pois aumenta as chances de responsabilização de sócios e diretores por débitos tributários de suas empresas.

Antes de mais nada, um breve histórico.

Uma das principais conquistas na esfera do direito comercial foi a distinção da pessoa jurídica de seus membros, pessoas físicas. Isso permitiu, historicamente, um certo nível de “proteção” a quem assume os riscos da atividade. Tal proteção, porém, não é e nem poderia ser ilimitada, não se aplicando aos que utilizem a empresa como “fachada” para atos ilícitos.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 135, dispõe que são pessoalmente responsáveis os diretores ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, por atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos.

Isso significa que podem assumir pessoalmente os débitos de suas empresas os diretores que tenham agido com má-fé ou mediante fraude. Seria o caso de quem age acima dos poderes que lhe foram conferidos pelo cargo, ou pratica crime de evasão fiscal (sonegação). Nesses casos a lei permite a responsabilização da pessoa que pratica o ato.

Infelizmente, a Receita Federal, as Estaduais, e mais notadamente o INSS nunca “entenderam” a lei da forma acima exposta, e tinham por prática, em muitos casos, a inclusão de sócios e diretores no pólo passivo de execuções fiscais, sem maiores questionamentos. O INSS o fazia por conta de determinação que constava de Instrução Normativa, e que previa a solidariedade em casos de débitos das pessoas jurídicas. Bom lembrar que atos normativos não podem criar obrigações, o que só pode ocorrer por meio de lei.

Os contribuintes acabavam por levar a questão ao Poder Judiciário, que na maior parte dos casos determinava a exclusão dos sócios e diretores dessas ações, em respeito à lei. Isso até o STJ se pronunciar a respeito do assunto, pacificando a matéria em favor dos contribuintes.

Por um tempo, sócios e diretores respiraram aliviados, pois não mais constavam das Certidões de Dívida Ativa (“CDA”) lavradas pelos órgãos fazendários, ficando assim livres das execuções fiscais delas decorrentes.

Curiosamente, a mesma Primeira Seção do STJ decidiu recentemente que, caso a CDA contenha o nome de membros das pessoas jurídicas, a execução pode prosseguir em nome de todos. Nesse caso, restaria aos sócios e diretores fazer prova de que **não** agiram com excesso de poder ou infração à lei!

Trata-se de algo extremamente preocupante, pois só resta aos prejudicados fazer **prova negativa**, ou seja, provar que **não** fez algo, ao invés da regra geral do direito: a prova compete a quem alega. É chamada, desde o direito romano, de “prova diabólica”. E não é para menos. Alguém já se imaginou na incumbência de provar que **não** agiu de determinada forma na gestão de seus negócios? Quem guarda prova do que **não** fez?

Como se não bastasse, vale lembrar que, para poder sequer defender-se em execução fiscal, o suposto devedor deve nomear bens à penhora de forma garantir o juízo do valor do débito. Nesse caso, o direito de defesa é duplamente prejudicado se a pessoa em questão não tiver bens suficientes.

Bom seria se os órgãos fazendários somente inserissem o nome de sócios e diretores em CDAs onde o devido procedimento administrativo, com direito de defesa e recurso, tivesse concluído que houve violação da lei ou contrato social. Bem sabemos que isso não ocorre hoje, e nada nos leva a crer será diferente no futuro próximo.

Como se trata de decisão do STJ, a instância máxima na questão (o STF só se pronuncia em casos que envolvem questões constitucionais), restam poucos meios de defesa que possam contestar esse entendimento. O fato é que o direito brasileiro não prevê qualquer hipótese de presunção de prática de ato ilícito, já que a responsabilidade do administrador não é objetiva, mas depende comprovação por parte da Administração.

Nossa intenção foi informar desse novo risco jurídico que passaram a enfrentar, e lembrar que, até que seja expelido tal entendimento de nossa jurisprudência, deverão ficar atentos a meios que porventura tenham para fazer a tal prova negativa.

A Substituição Tributária para Optantes do Simples Nacional e a Decisão Normativa CAT – 09/09

As empresas enquadradas no Simples Nacional, dedicadas ao comércio varejista e prestadoras de serviços, não se sujeitam ao regime da substituição tributária quando adquirirem mercadorias para serem empregadas na prestação de serviços sujeitos ao ISS. Esse é o entendimento da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, exteriorizado através da publicação da Decisão Normativa CAT – 9, de 03 de junho de 2009.

A Decisão em comento fixa o entendimento de que quando uma empresa optante do Simples Nacional, contribuinte do ICMS e do ISS, adquire, em outra unidade da Federação, mercadorias para utilização na prestação de serviços não sujeitos ao ICMS, este contribuinte não está obrigado ao pagamento antecipado do imposto.

Neste caso, o contribuinte do ICMS está obrigado ao pagamento do imposto, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na entrada, em seu estabelecimento, das mercadorias oriundas de outro Estado ou do Distrito Federal.

Outrossim, na aquisição para revenda, de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, por estas empresas, aplica-se o regime de pagamento antecipado do imposto.

São Paulo e Minas Gerais Celebram Termo de Cooperação e Estreitam Relações Tributárias

Após ter firmado convênios de interesses relacionados à administração tributária com os Estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Ceará, Alagoas, Pernambuco, Paraná e Espírito Santo, o governador de São Paulo celebrou Termo de Cooperação com Minas Gerais.

Os governadores assinaram acordos de substituição tributária, envolvendo 14 setores: bicicletas, brinquedos, colchoaria, cosméticos, perfumaria, artigos de higiene pessoal e de toucador, produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano, ferramentas, instrumentos musicais, máquinas e aparelhos eletroeletrônico, máquinas e aparelhos mecânicos, elétricos, eletromecânicos e automáticos, materiais de construção,

Este informativo foi redigido meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerado uma opinião legal para qualquer operação ou negócio específico.

© 2009. Direitos autorais reservados a Rosenthal, Rosenthal e Sarfatis Metta Advogados.

acabamento, bricolagem ou adorno, material elétrico, material de limpeza, papelaria e produtos alimentícios.

Os Protocolos assinados, que elencam os produtos abrangidos pelo acordo, ainda não foram publicados.

Pelo acordo, os fabricantes de São Paulo que venderem mercadorias a empresas comerciais de Minas Gerais recolherão antecipadamente o ICMS devido na comercialização dos produtos naquele estado em benefício do fisco mineiro, evitando a sonegação nas vendas do comércio varejista.