

Boletim Jurídico

Nº. 9 – DEZEMBRO DE 2006 A JANEIRO DE 2007

ICMS – Aquisições de bens para uso e consumo, energia elétrica dos setores administrativo e comercial e de serviços de comunicação.

Foi publicada e, 13 de dezembro de 2006 a Lei complementar nº 122, que altera os artigos 22 e 33, incisos II e IV da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, adiando de 1º de janeiro de 2007 para 1º de janeiro de 2011 o prazo a partir do qual será permitida a utilização dos créditos de ICMS decorrentes da aquisição de bens de uso e consumo(como instalações e materiais de escritório, móveis, utensílios, etc.), energia elétrica não utilizada diretamente no processo produtivo e serviços de comunicação.

As empresas têm o respaldo da Constituição Federal para se creditarem do ICMS sobre as aquisições de bens para uso e consumo, energia elétrica dos setores administrativo e comercial e de serviços de comunicação no período de 13 de dezembro de 2006 até 12 de março de 2007.

Tais creditamentos do ICMS estavam legalmente vedados, e somente seriam permitidos a partir de 1.º de janeiro próximo.

Tal vedação entretanto, foi estendida por mais quatro anos, ou seja, para até dezembro de 2010, pela Lei Complementar n.º 122, publicada na última quarta-feira, dia 13.

Entretanto, a viabilidade do creditamento durante o período de noventa dias acima citado (13/12/06 – 12/03/07), decorre da determinação Constitucional que impede a cobrança de tributos, “antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (...)” (CF, artigo 150, III, “c”).

O Comitê Nacional de Política Fazendária (Confaz), já se manifestou entendimento de que a anterioridade nonagesimal não se aplica à situação em exame, com fundamento em precedente do STF no julgamento da ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.666, oportunidade em que se decidiu pela não aplicação desse princípio à prorrogação da cobrança da CPMF.

No entanto tais casos são extremamente diferentes, exigindo do poder Judiciário entendimento também diferente. Enquanto no caso da CPMF houve apenas a prorrogação de sua incidência, a alteração ora promovida pela LC nº 122/06 nada mais é senão a clara majoração do ICMS, pois ao negar a possibilidade já admitida em lei anterior de utilização imediata de créditos, a lei complementar acaba por promover aumento indireto da base de cálculo do tributo. Nesse sentido, o STF já decidiu que “toda modificação legislativa que,

de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita” (ADI-MC nº 2.325, rel. Min. Marco Aurélio).

Os valores dos créditos de ICMS a que as empresas fazem jus dentro deste intervalo de 90 dias certamente serão bastante representativos.

Nestas condições, devem as Empresas, tomar as medidas cabíveis no sentido de realizar a projeção e o respectivo aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes das aquisições de material de uso e consumo, energia elétrica consumida pelo setor administrativo e comercial e serviços de comunicação, inclusive, se for o caso, com a propositura da medida judicial adequada.

Erros do INSS aumentam dívidas.

Grandes Empresas podem estar sendo lesada financeiramente pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

Explicamos melhor. Ao fazer os cálculos, o INSS analisa a documentação dos últimos dez anos e soma todos os valores recolhidos nas folhas de pagamento dos funcionários. Em algumas dessas análises, o INSS joga a alíquota máxima em cima deles, ignorando o fato de que muitos empregados têm uma remuneração na qual a alíquota a ser aplicada deve ser a mínima. Fato que sempre gera grandes diferenças nos valores finais.

Nesse caso, devem as Empresas, questionar esses valores na Justiça, por meio de uma ação anulatória de débito.

No entanto, antes da ação propriamente dita, devem as mesmas contratar um perito especializado para refazer as contas, que se equivocadas poderão ser objetos de revisão, com base no cálculo correto. Com isso, a Justiça determinará uma perícia para constatar se realmente houve equívoco por parte do INSS na hora da elaboração do cálculo.

Sendo a resposta for afirmativa, automaticamente a dívida será considerada incorreta ou liquidada, e ficará suspensa até que seja feito um novo cálculo para se chegar ao valor correto.

Contribuições previdenciárias indevidas.

O artigo 195 da Constituição Federal prevê que a “seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei,

mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

A forma direta de custeio da seguridade social é realizada por meio das contribuições da empresa e dos trabalhadores.

Salário-de-contribuição é a base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelos trabalhadores, ou seja, é a base de cálculo sobre a qual irão incidir as alíquotas de contribuição previdenciária, prevista nos incisos la III do art. 28 da Lei nº. 8.212/91.

Calcula-se a contribuição dos segurados da Previdência Social aplicando-se a correspondente alíquota, de forma não cumulativa, sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de acordo com a seguinte tabela:

Por meio da [Portaria nº. 342](#), publicada no DOU 1 de 17.08.2006, retificada no de 21.08.2006, foi divulgada a nova tabela de contribuição dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, *para pagamento de remuneração a partir de 1º.08.2006*, conforme se segue:

Salário-de-contribuição (R\$)	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%)
até 840,55	7,65*
De 840,56 até 1.050,00	8,65*
De 1.050,01 até 1.400,91	9,00
De 1.400,92 até 2.801,82	11,00

*Alíquota reduzida para salários e remunerações no valor de até três salários mínimos, em razão do disposto no inciso II do art. 17 da Lei nº. 9.311, de 24.10.1996, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira (CPMF).

Por salário-de-contribuição mensal entende-se a remuneração percebida pelo empregado, que é o conjunto de prestações recebidas habitualmente, em decorrência da prestação de serviços. Essa prestação pode ser paga em dinheiro ou por meio de concessão de utilidades pelo empregador ou por terceiros.

Nesse sentido, importante ressaltar que as utilidades fornecidas aos empregados pela prestação de serviços, de forma habitual, caracterizam-se

como verbas de natureza salarial e, portanto, integram o salário-de-contribuição.

O parágrafo 1º artigo 457 e 458 “caput”, da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõem acerca das verbas que, concedidas pelo empregador, incidem no salário-de-contribuição.

Por outro lado, determinadas utilidades fornecidas aos trabalhadores não integram a remuneração percebida, tais como uniformes e equipamentos fornecidos para a prestação do serviço, educação, assistência médica, seguro de vida e etc. As parcelas não-integrantes do salário-de-contribuição são aquelas descritas no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91.

Um exemplo claro disso é a recente decisão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu que a contribuição destinada ao custeio da Previdência Social não incide sobre o aviso prévio indenizado.

De fato, a natureza jurídica do aviso prévio indenizado, como o próprio nome diz, é indenizatória, tendo em vista que não possui caráter de contraprestação de serviços. Diante disso, não há incidência no salário de contribuição, com previsão expressa de exclusão da base de cálculo no Decreto 3.048/99, que regula a Previdência Social.

Assim, a contribuição previdenciária incidirá sobre as verbas de natureza salarial ou sobre remuneração.

Portanto, as empresas devem ficar atentas às parcelas concedidas aos seus empregados, principalmente se referidas verbas incidirão ou não no salário-de-contribuição, evitando-se dessa forma autuações freqüentemente realizadas pelos fiscais do INSS, em decorrência da falta de recolhimento previdenciário, ou até mesmo recolhimento indevido de valores que não devem incidir na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Taxa de Água (progressividade ilegal) e Taxa de Esgoto (exigibilidade indevida) no Estado de São Paulo.

O processo de estabilização econômica em andamento em nosso país reflete nas empresas a necessidade premente de se adequarem quase que diariamente tendo em vista às diversas mudanças efetuadas na legislação, sendo que o principal foco de interesse, tanto do Governo quanto das empresas, se traduz na carga tributária.

Através da análise deste ônus, em consonância com uma profunda análise da legislação e as determinações constitucionais, harmonizando estes fatores com

a jurisprudência atual, principalmente dos tribunais superiores, identificamos diversos aspectos inconstitucionais e ilegais nas incidências tributárias, sendo possível, desta forma, reduzir custos, questionando judicialmente diversos tributos.

Entre o rol de matérias questionáveis, e em determinados setores de atividades, destacamos a problemática existente atualmente na cobrança da Taxa de Esgoto no Estado de São Paulo, a qual passamos a discorrer.

□ **Lei n.º 119, de 29 de junho de 1973.**

Criou a SABESP

Art. 3º - determina que será tarifário o regime de cobrança e que poderão ser diferenciadas.

Obs.1: = não instituiu nenhuma exigência, apenas traçou formas de como seriam cobrados os serviços prestados.

Obs. 2: = diferenciadas não é sinônimo de progressivo.

□ **Decreto 41.446, de 16 de dezembro de 1996**

Regulamenta sistema tarifário dos serviços prestados pela SABESP

Art. 2º - diversas particularidades na composição do valor

Obs. : a lei não previu estas situações – decreto extrapolou

Art. 3º - diferenças de cobrança (categoria) – residencial, comercial, industrial etc...

Obs.: diferenciação prevista na lei.

Art. 5º - paridade no valor entre esgoto e água fornecida

Obs.: artigo comprova que a legislação considera que toda água fornecida será revertida em esgoto, possibilitando a realização prova técnica para afastar a paridade legal – caso do ar-condicionado dos shoppings e edifícios com ar-central.

Diante destas normas legais, segue abaixo uma síntese do questionamento judicial envolvendo a taxa de água - tendo em vista a impossibilidade de

progressão de valores-, bem como a possível redução da tarifa de esgoto - considerando o consumo de água pelo sistema de resfriamento (ar condicionado), bem como a sua impossibilidade de cobrança tendo em vista a ofensa ao princípio da Legalidade.

Conforme se depreende da análise da legislação acima mencionada, a cobrança é efetuada considerando que toda a água fornecida transforma-se em esgoto, apresentando o valor atinente à água fornecida e, a partir desta, calcula o valor atinente ao tratamento do esgoto resultante do uso da água correspondente.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, já assentou o entendimento que o serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando se verifica a compulsoriedade.

Além disso, afastando discussões existentes no passado, destacou que não tem amparo jurídico a tese de que a diferença entre taxa e preço público decorre da natureza da relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade prestadora ou fornecedora do bem do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre ambos de direito público; ao contrário, sendo o prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço público/tarifa, fazendo incidir o sentido de que a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço.

Nesta moldura, não se pode olvidar que Código Nacional de Saúde torna obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente, demonstrando que há compulsoriedade, revelando, desta forma, que a natureza jurídica do valor cobrado pela SABESP é taxa.

Ocorre que, conforme nosso entendimento, existe ilegalidade na sistemática da cobrança efetuada no fornecimento da água – progressividade - e a impossibilidade da conclusão de que toda água fornecida, posto que se deve considerar a evaporação da água que ocorre no sistema de ar condicionado central existente nos shoppings e edifícios com sistema de ar condicionado central, sendo que esta questão deverá ser robustecida através de laudo técnico a ser elaborado por assistente técnico.

Outrossim, mesmo que se alegue que o valor cobrado é tarifa e não taxa, e se aquela se reveste como a remuneração auferida pelo Estado, ou quem lhe faça às vezes, em razão da efetiva prestação de serviços públicos aos particulares, sendo esta inexistente, não há que se falar então em pagamento da mesma, qualificando-o, caso tenha ocorrido, como indevido, permanecendo a possibilidade de questionamento.

DO CONSUMO DE ÁGUA NO SISTEMA DE RESFRIAMENTO DO AR CONDICIONADO CENTRAL.

A água é o meio mais freqüentemente empregado para remover calor indesejado. Como resultado deste procedimento, grandes quantidades de água são utilizadas para fins de refrigeração.

Após detalhada análise do sistema de resfriamento, poder-se-á verificar e aferir o percentual da perda de água (consumo efetuado pelo resfriamento – evaporação) que não se transforma em esgoto sanitário.

Nossa experiência indica que o volume de água consumido no processo de resfriamento é elevado, afetando de forma significativa os valores cobrados pela empresa e passíveis de recuperação.

Significa dizer que a premissa utilizada pela legislação, que toda água fornecida será revertida em esgoto sanitário, será documentalmente elidida.

PROGRESSIVIDADE DA ÁGUA.

Quanto ao valor da água, infere-se que é legítima a cobrança diferenciada tendo em vista a utilização do imóvel, porém, há ilegalidade na cobrança de faixas progressivas dentro desta segregação de consumo.

Após simplória análise das contas de fornecimento de água e tratamento de esgoto, deduz-se que a progressividade aplicada gera uma evidente vantagem, porém, não há no regulamento acima mencionado qualquer previsão legal que possibilite a aplicação da progressividade.

Ademais os decretos não podem inovar e extrapolar seus limites, indo além do que a lei previu, posto que é cediço o entendimento pátrio no sentido de que o Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar não pode dizer mais do que a lei diz, devendo explicitá-la para, na palavra autorizada de VICENTE RAO, *“propiciar a sua mais fácil e fiel execução.”*

Quanto a taxa de água e sua progressividade a sua aplicação é indevida, posto que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já assentou, no azo do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 2.010-DF, que é vedada a progressividade de alíquotas sem que haja expressa previsão constitucional:

“ (...) estrutura progressiva das alíquotas: a progressividade em matéria tributária supõe expressa autorização constitucional. relevo jurídico da tese – relevo jurídico da tese segundo o qual o legislador comum fora das hipóteses taxativamente

*indicadas no texto da carta política não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas...
...tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional... inexistente espaço de liberdade decisória para o congresso nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da constituição.
(ADI 2010-DF – RELATOR MIN. CELSO DE MELLO, pleno dj 12.04.2002.*

Em suma:

- ❑ os valores cobrados possuem a natureza jurídica de taxa;
- ❑ sendo taxa devem se submeter aos princípios tributários;
- ❑ taxa de esgoto – não foi instituída por lei (ofensa ao princípio da legalidade);
- ❑ progressividade da taxa de água – não há previsão legal e nem constitucional para a mesma;
- ❑ paridade de valores entre água e esgoto pode ser elidida por prova técnica demonstrando o elevado consumo de água nos diversos sistemas de resfriamento;
- ❑ paridade de valores revela um progressividade na taxa de esgoto sem amparo legal.

Neste passo, infere-se que o questionamento mencionado resultará em uma redução legal da sobredita carga, podendo-se inclusive, efetuar a recuperação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos.

Decisão em Processo de Consulta:

Contribuição para o Pis/Pasep. Incidência Não cumulativa – Direito de Crédito – Insumos Utilizados na prestação de Serviços – Para efeito de apuração de créditos da Contribuição para o Pis/Pasep não se configuram como insumos utilizados na prestação de serviços de transporte rodoviário de cargas, os seguros de cargas e os serviços de rastreamento por satélite e de escolta de cargas. Por outro lado, considera-se insumos, para esse mesmo fim, o pedágio relativo a utilização de rodovias pelos veículos de carga, desde que não reembolsado pelo tomador do serviço.