

Huberto Otto Mählmann – OAB/PR n° 26.615-A
Carlos José Dal Piva – OAB/PR n° 20.693
Alexandre Maurius Kuhn – OAB/PR n° 27.341
Cinara do Carmo Prichula – OAB/RS n° 66.207
Marcos Toshiro Ishida – OAB/PR n° 35.735
Ronelso de Oliveira – OAB/PR n° 40.450
Ana Paula Sabatoski – OAB/PR n° 36.038
João Henrique Pit Venzo – OAB/PR n° 42.360
Elisângela Neumann
Marcelo Palácio

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. sala 704, Foz do Iguaçu-PR CEP 85.851-090-Tel/Fax (45)3523-4006

INFORMATIVO

Jul.Ago/2007
Nº 041

madp@madp.adv.br

1. Mais Entraves.¹

Não bastassem os inúmeros recursos de fiscalização tributária existentes postos a disposição dos poderes arrecadadores, alguns outros começam a tomar força.

Além da estrutura humana e tecnológica, das incontáveis declarações que os contribuintes são obrigados a elaborar e fornecer (assumindo todos os riscos sob as informações prestadas), dos tributos arrecadados que também servem como instrumento de prova contra si (ex. CPMF), de todas as ferramentas jurídicas e processuais, surgem outras no sentido de, cada vez mais e de maneira coercitiva, intimidatória e até humilhante, submeter eventuais devedores do leão ao pagamento de tributos que, no mais das vezes, sequer passou pelo crivo do Judiciário. Trataremos rapidamente de dois destes mecanismos:

O primeiro diz respeito a penhora *on-line*. Ocorre quando, por solicitação do credor (seja o fisco, ações trabalhistas, etc) o juiz determina que se bloqueie as contas bancárias das empresas, seus sócios ou mesmo o faturamento sob a alegação de ser imprescindível tal ato para satisfação do crédito *sub judice*. Ora, ao efetuar o bloqueio das contas ou do faturamento, tira do empresário a possibilidade de captação de recursos e compromete seu capital de giro, tornando-se cada vez mais inviável sua recuperação para quitação dos débitos existentes, inclusive aquele questionado em ação judicial. Imaginem que há decisões singulares que determinam a penhora de 20% do faturamento bruto da empresa. Como pode alguém dar consecução a sua atividade negocial com a supressão desta receita? É sacramentar a falência, privilegiando-se um credor em detrimento de toda uma estrutura geradora de outros empregos e renda.

O outro é a determinação da inscrição de devedores tributários junto ao SERASA. Este então padece de bom senso. Sob o argumento de estar-se protegendo o setor creditício de maus pagadores a Procuradoria tenciona enviar ao SERASA a relação de devedores que não tenham seus débitos garantidos em executivos fiscais ou que não estejam parcelados. Mais uma vez uma medida restritiva ao crédito, inibindo negócios e possibilidades de soerguimentos das atividades empresariais. Quem de nós, ao menos um dia, não se viu na obrigação em optar pelo pagamento de um débito em relação a outro. Quem nunca atrasou uma conta. Isto passou a ser visto como um pecado de lesa pátria. Uma calhordagem (se me permitem a expressão) aos olhos do grande felino.

Cumpre-nos, neste nosso informativo, eis que tais temas serão objeto de aprofundamento, lembrar que tais medidas estão eivadas de vício legais e constitucionais, cabendo aqueles que por elas forem atingidos, procurar seus orientadores jurídicos para sua legítima defesa.

¹ Huberto Otto Mählmann, advogado sócio da Mählmann e Dal Piva Advogados Associados.

2. Clínicas Médicas e a Cobrança do ISS – Sociedades Uniprofissionais, do IRPJ e CSLL – Lucro Presumido e da COFINS – Sociedade Civil de Profissão Regulamentada.²

A legislação que rege o ISSQN (Constituição Federal, Decreto-Lei 406/68 e suas alterações e, mais recentemente, a Lei Complementar 116/2003), garante às **Sociedades** tidas como **uniprofissionais**, dentre elas aquelas constituídas por **médicos** (clínicas, centros de especialização médica, etc.), o direito ao recolhimento do imposto pelo regime de alíquota fixa anual (valor fixo anual por profissional).

Em que pese o direito garantido em Lei, alguns Municípios tem tentado o reenquadramento de tais sociedades, impondo a tributação com base em seu faturamento, gerando severa elevação na carga tributária destes contribuintes, em flagrante violação de seus direitos.

Já relativamente ao IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido a Lei 9.249/95 garante às Pessoas Jurídicas prestadoras de “**Serviços Hospitalares**”, a utilização de base de cálculo reduzida.

Com isso, a determinação do Lucro Presumido (base de cálculo do IRPJ e da CSLL) deixa de ser obtida pela alíquota de 32%, e passa derivar da aplicação dos percentuais de 8% e 12%, respectivamente. Isto gera economia considerável nos recolhimentos mensais obrigatórios.

Os Tribunais brasileiros tem pacificado entendimento de que os serviços prestados pelas Clínicas Médicas ou Centros de Especialização Médica, se enquadram no conceito de “Serviços Hospitalares” previsto na citada Lei. Assim, fazem jus à aplicação da “base de cálculo reduzida” para tais tributos.

Por fim, artigo 6º da Lei Complementar 70/91, concedeu isenção de **COFINS** - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, para as **Sociedades Cívis** constituídas para a prestação de serviços de Profissão Regulamentada. Posteriormente, a Lei 9.430/96 **revogou esta isenção**.

O STF veio a decidir que tal revogação, instituída por Lei Ordinária em relação à Lei Complementar, é Constitucional, por entender que a LC 70/91 é materialmente ordinária. Com isso **manteve-se a tributação**.

Entretanto, em tal julgamento não se analisou a questão da ilegalidade e/ou inconstitucionalidade de uma Lei Geral revogar dispositivo de Lei Especial (vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro). Gerando a possibilidade de buscar-se o “**revigoramento**” da citada **isenção**, via judicial.

Assim, abrem-se para as clínicas médicas a possibilidade legítima de ingressar com medida judicial visando ver reconhecido seu direito ao recolhimento dos encargos tributários, mormente do ISS, do IRPJ, da CSLL e da Cofins, da forma legal, mas a mais favorável.

² Carlos José Dal Piva, advogado sócio da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados

3. Pagamento de ICMS facilitado no Estado de Rondônia – REFAZ III.³

O Governo do Estado de Rondônia, autorizado pelo CONFAZ, editou o Decreto n^o 12.897, de 31 de maio de 2007, possibilitando o pagamento ou o parcelamento de débito de ICMS, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizados ou não, vencidos até 31 de dezembro de 2006, cuja adesão deverá ser formalizada até 28 de setembro de 2007.

Como atrativo do REFAZ III pode-se mencionar a redução de 60% para os juros de mora e correção monetária e de 75% para as multas punitivas, isso tudo para o caso de pagamento dos débitos de ICMS numa única parcela.

É possível também efetuar o parcelamento dos débitos em até 180 vezes sendo que neste caso a redução para juros e correção monetária será de 40% e a redução das multas punitivas de 50%.

Se o contribuinte efetuar o parcelamento em até 12 vezes, as parcelas serão corrigidas aplicando juros de mora de 1% ao mês de acordo com a tabela price.

Agora, optando em parcelar entre 13 e 180 vezes, o valor da parcela será corrigida pela taxa SELIC acumulada mensalmente, mais 1% relativamente ao mês que o pagamento estiver sendo efetuado.

O valor da parcela não poderá ser menor que R\$ 100,00 para os parcelamentos celebrados em até 120 vezes. Havendo opção pelo parcelamento em 180 vezes, o valor da parcela não poderá ser inferior a 1% da média da receita bruta mensal auferida pelo contribuinte optante no ano de 2006, nem menor que R\$ 100,00.

Deve-se se observar que parcelado o débito em 180 vezes será necessário a constituição de garantia hipotecária, fiança bancária ou seguro garantia.

Constitui causa de exclusão do REFAZ III o atraso superior a 90 dias de qualquer parcela, a desconstituição da garantia quando exigida e o inadimplemento relativo a obrigações tributárias ocorridas após a data da homologação do ingresso no programa.

Assim, não restam dúvidas que o referido programa trás vantagens ao contribuinte que poderá aproveitar esta oportunidade para regularizar seus débitos de ICMS. Uma vez posta em ordem a situação tributária o contribuinte conseguirá extrair certidão negativa de débitos, necessária para a contratação com órgãos públicos.

³ Alexandre Maurios Kuhn, advogado integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

4. Contribuição Provisória “?” Sobre Movimentação Financeira.⁴

A atual Contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, vulgarmente conhecida por CPMF, nasceu sob a denominação de imposto, através da Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993.

Julgado inconstitucional pelo STF, o então IPMF foi recriado como contribuição em 15 de agosto de 2006, através da Emenda Constitucional nº 12, a partir deste momento o então imposto passou a ter a natureza jurídica de contribuição sendo que o produto de sua arrecadação destinar-se-ia integralmente à saúde, conforme dispõe a emenda constitucional nº 12.

A CPMF nasceu para ser cobrada por dois anos, mas foi sucessivamente prorrogada pelas emendas constitucionais: 21, 37 e 42, sendo que sua cobrança tem validade até 31 de dezembro de 2007.

A referida contribuição garantirá aos cofres da união uma arrecadação estimada em R\$ 36 bilhões, apenas este ano, o que justifica a pressa da base governista no congresso em estender a validade deste tributo até 2010.

Neste desiderato, algumas dezenas de cargos de confiança já foram criados para abrigarem políticos da base aliada não eleitos nas últimas eleições e assim garantir a aprovação da emenda constitucional que prorroga a CPMF.

No entanto, a manutenção da prorrogação retira-lhe o caráter de provisoriedade que lhe fora dado quando de sua criação e permite ao fisco federal o manejo de um tributo de fácil arrecadação, que não respeita a capacidade contributiva do contribuinte e ainda outorga à fazenda facilidades quando da atividade fiscalizatória.

Convém lembrar ainda que a CPMF, por ser uma contribuição social, possui sua receita vinculada a uma determinada atividade, no caso, a saúde, mas dados do próprio governo dão conta que menos de 1 % do que é arrecadado com a contribuição é direcionado, de fato, à saúde pública.

Em face desta realidade, já há parlamentares sustentando que parte da receita da CPMF deva ser destinada também à segurança pública, enquanto, os municípios, por sua vez, querem para si uma parcela da arrecadação.

A disputa por uma “fatia do bolo” demonstra que a voracidade da arrecadação da CPMF garante aos cofres públicos uma fonte segura de obtenção de recursos.

De outro lado, o crescente aumento da carga tributária (que segundo a FIESP ultrapassará R\$ 60 bilhões neste ano) leva, inevitavelmente, a pergunta de se a contribuição ainda é, de fato, tão necessária? E, se a resposta for positiva, como se explicar mais de 10 anos de arrecadação sem a correspondente contraprestação, ao menos digna, do serviço de saúde pública cuja precariedade justificou a criação do tributo e ainda hoje é argumento para sua manutenção.

Assim, pergunta-se: a CPMF serve à saúde pública, ou à saúde das finanças do governo federal tão castigada pelo aumento inconstitucional dos gastos públicos?

⁴ João Henrique Pit Venzo, advogado integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.

5. Penhora On Line.⁵

Hoje, dado ao avanço dos meios de informatização por computadores é possível, através de uma ordem judicial, realizar a penhora de dinheiro da conta do correntista, pessoa jurídica ou física de forma direta.

O Poder Judiciário firmou um convênio com o Banco Central chamado “BACEN JUD”, que consiste em uma ordem judicial, emitida pelo Juiz ao Banco Central, visando o bloqueio de saldo para satisfação de um crédito. Ou seja, uma solicitação eletrônica do magistrado determina o bloqueio e conseqüente indisponibilização dos valores.

Em princípio, o procedimento de penhora *on line* parece trazer uma evolução jurídica que seria mais eficaz no cumprimento das decisões judiciais, dando maior agilidade e eficácia à satisfação do direito do credor. Porém, o procedimento tem sido alvo de críticas por não atender ao princípio da proporcionalidade e apresentar problemas de operacionalidade.

Não há dúvida que o sistema representa um avanço para a efetividade nos processos de execução, todavia, deve ser utilizado com alguns critérios e ressalvas, pois a ausência destes fatores pode resultar em dificuldades financeiras ao devedor.

A problemática está na operacionalidade do sistema que ao receber uma ordem judicial de bloqueio, a executa em todas as contas do devedor, não se limitando ao valor da dívida buscada na execução.

Assim, se uma empresa possuir uma dívida de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e a mesma é correntista de três contas de saldo igual ou superior, uma ordem de penhora bloqueará automaticamente todas as contas do devedor até o limite da dívida. Deste modo, a adoção desta medida pelo Juiz pode extrapolar os limites e a extensão da execução, vez que não possibilita a individualização das contas e valores.

Por outro lado, verifica-se que o bloqueio é célere, sendo utilizado com mais frequência nas ações trabalhistas e execuções fiscais. Entretanto, a ordem de desbloqueio não acompanha com a mesma rapidez a que bloqueou os valores a maior e, sendo assim, o devedor fica à mercê das secretarias das Varas, levando semanas para liberação do dinheiro e por conseqüência coloca em risco a saúde financeira do devedor.

Portanto, o Magistrado não deve adotar esta medida de forma aleatória, devendo-se oportunizar ao devedor a manifestação no processo, exercendo o direito constitucional do contraditório e do devido processo legal.

Por isso, é importante ressaltar que a prestação jurisdicional não deve atender o interesse de uma das partes ocasionando prejuízos à outra, principalmente se considerada a atual conjuntura econômica brasileira.

Deste modo, se extrai que procedimento atual de penhora *on line* fere o princípio da proporcionalidade, devendo ser adotado de forma subsidiária para aqueles casos em que o devedor se escusa da obrigação ou quando não houver outro meio idôneo para o pagamento.

⁵ Ana Paula Sabatoski, advogada integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.

6. Empresas tem 10 anos para restituir PIS/COFINS e demais Tributos Federais.⁶

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do controle difuso de constitucionalidade, através da Corte Especial, em recente decisão, declarou inconstitucional a segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar 118/2005, na qual o presente disposto instituía o prazo de 5 anos para restituição de Tributos pagos indevidamente.

Tal decisão se deu por meio do julgado no Agravo de Instrumento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644.736-PE, na qual derrubou a redução do prazo de 5 anos, retornando o prazo de 10 anos, que anteriormente era disposto.

Desta forma, os contribuintes, passam novamente a dispor do prazo de 10 anos para requererem a restituição de tributos indevidamente recolhidos. Contudo, com a alteração do prazo, a previsão é que o poder judiciário passará a receber uma considerável quantia de processos, pois muitas teses estavam sendo baseadas no prazo de cinco anos, e com essa nova decisão surgirão novos posicionamentos sobre a restituição de tributos.

A grande questão, no entanto, é de que o contribuinte ampliou a margem de discussão, pois o prazo decadencial para requerer a restituição ou compensação dos tributos federais elevou para os dez anos, na espécie de lançamento por homologação. Ainda é relevante identificar as espécies tributárias sujeitas ao lançamento por homologação, como por exemplo o IRPJ, a CSLL, o PIS, a COFINS, o IRPF...

Sendo assim, com base no disposto do artigo 150 do CTN, os referidos tributos estão sujeitos a lançamento por homologação, cabendo ao contribuinte o dever de ocorrendo o fato gerador, efetuar o seu recolhimento. Em eventual pagamento a maior ou indevido ocorrido no passado, terá o prazo para requerer sua restituição em dez anos, neste caso beneficiando-se com 5 anos a mais do que anteriormente era permitido.

Aliás, a todos que ingressaram com ações judiciais até a data de 9 de junho de 2005, terão a garantia aos 10 anos, pois a redução dada pela LC não tem efeito retroativo. O STJ estabeleceu ainda o entendimento que a Lei Complementar 118/2005, só terá eficácia em seu artigo 4º daqui a três anos, ou seja, em 2010, e estabelece que terá validade em relação aos tributos que forem instituídos após a vigência da referida LC, considerando então, o prazo de cinco anos.

Por sua vez, com a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 4º da Lei Complementar 118/2005, foi assegurado o direito dos contribuintes em requerer a restituição dos valores pagos indevidamente, confirmando assim a tese dos cinco mais cinco.

As informações contidas nesta publicação não devem ser utilizadas isoladamente sem a assistência de um advogado. Quaisquer dúvidas e/ou sugestões podem ser encaminhadas para o e-mail: madp@madp.adv.br. Os artigos assinados são de responsabilidade dos autores.

⁶ Marcelo Palácio, integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.