

INFORMATIVO

Set.Out/2007
Nº 042

madp@madp.adv.br

1. O Sorrateiro Leviatã.¹

Ao contrário da mitológica figura bíblica utilizada por Thomas Hobbes, o atual Leviatã não tem a forma de crocodilo que lhe é dada pelo antigo testamento, hodiernamente, o monstro, que para o filósofo inglês representa o Estado, vale-se de ardis mais sutis e eficientes para interferir na vida dos cidadãos.

Com o avanço da tecnologia e das comunicações, os mecanismos postos à disposição dos organismos estatais para a “invasão” da esfera privada ganharam amplitude e eficiência.

Neste sentido, noticia a última edição do jornal da ordem dos advogados de São Paulo a existência do “guardião”, ao contrário do que o nome possa parecer, não se trata de mais um instrumento de proteção, mas, por outro lado, tem-se mais um meio de publicização da esfera privada.

O “guardião” é um sofisticado sistema de computador capaz de cruzar dados e interceptar cerca de 3.600 ligações telefônicas simultaneamente valendo-se apenas de uma interceptação autorizada pelo judiciário.

No mesmo jaez, a revista Veja de 22 de agosto dá conta de que os ministros do STF encontram-se receosos e não mais conversam tranquilamente ao telefone.

A preocupação da Suprema Corte é devidamente fundamentada, pois o “guardião” está instalado na sede da polícia federal em Brasília e ainda, segundo o jornal da OAB paulista, possui “irmãos” em todas as superintendências da PF nos Estados da federação.

Escutas ilegais, segundo entrevistas dos ministros à citada revista, estariam monitorando as conversas destes, em uma forma velada de intimidar o exercício da jurisdição na sua mais alta esfera.

Tais notícias causam espécie, pois a própria Constituição Federal garante em seu artigo 5º, XII, que as interceptações telefônicas somente podem ocorrer para os fins de investigação ou instrução criminais e ainda somente sob ordem judicial, nas hipóteses que a lei determinar.

¹ João Henrique Pit Venzo, advogado integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

A lei reclamada pela Constituição surgiu em 1996 sob o nº 9.296/96 e estabeleceu os requisitos para o manejo desta forma de apuração criminal.

Dentre os requisitos estabelecidos pela lei destacam-se:

a) o caráter excepcional da medida, uma vez que a interceptação somente pode ser autorizada pelo judiciário nas hipóteses de não existirem outras formas de investigação;

b) a sua utilização para apuração de crimes punidos com, no mínimo, reclusão;

c) a necessidade de que existam indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; e por fim,

d) a precariedade da medida, ou seja, a interceptação somente pode perdurar por 15 dias, prazo este renovável por uma vez, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova, desde que, é claro, a prorrogação seja autorizada pela autoridade judiciária.

Convém lembrar ainda, que as gravações obtidas possuem um caráter absolutamente sigiloso, pois, afinal de contas, trata-se da violação de um direito fundamental do cidadão.

No entanto, causa estranheza a espantosa facilidade como os grandes veículos de mídia têm acesso ao conteúdo destas gravações, restando a frase: “nossa equipe teve acesso exclusivo às gravações feitas pela Polícia Federal com autorização da justiça”.

Nestes casos, cabe a indagação: como a imprensa tem acesso a tal meio de prova se o mesmo é sigiloso? E, mesmo sendo autorizada judicialmente, a medida deferida pelo judiciário foi a interceptação e não a divulgação do conteúdo das conversas.

E, ademais, nos casos em que os réus ou suspeitos restarem absolvidos ao cabo do processo criminal, quem responderá pelos eventuais danos causados à imagem destes pela indevida divulgação do conteúdo “sigiloso” das interceptações?

Se o temor atinge a mais alta corte pátria, o que se dirá tanto daquele que lê, quanto de quem escreve este humilde artigo?

O uso indiscriminado deste meio de prova põe “à prova” o direito fundamental à privacidade e o próprio Estado Democrático de Direito e provoca a sociedade a se manifestar pela proteção de suas prerrogativas constitucionais obtidas a alto custo, pois, o direito pelo qual não se luta sucumbirá à força da arbitrária gestão estatal. Neste sentido, o velho brocardo jurídico: *Dormientibus non succurrit ius*, ou seja, o Direito não assiste aos que dormem!

Assim, cuidemo-nos, pois à noite, no recôndito de nosso lar, ao deitarmos em berço esplêndido lá estará o Leviatã, há postos! Pois, se hoje permitimos que ele ouça nossas conversas, amanhã ele se julgará no Direito de adentrar nossos lares e ocupar o eventual espaço vago em nossas camas.

2. O ICMS e as Empresas Provedoras de VOIP.²

A inovadora sistemática da telefonia sobre Internet, VOIP (*Voice over Internet Protocol*), envolve o uso da rede mundial de computadores (Internet) para a transmissão em tempo real de sons (arquivos de áudio) de um computador para outro ou de um computador para um aparelho de telefonia fixa ou móvel.

Dentre as diversas hipóteses jurídicas tributárias previstas em sede constitucional para o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, encontramos a prestação de serviço de comunicação.

Durante muitos anos houve uma acirrada discussão quanto à incidência do ICMS sobre serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet. Dessa discussão o STJ editou a súmula nº 334: “*O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet*”.

A competência tributária representa uma autorização constitucional para a criação e exigibilidade de certo tributo, por isso, a Constituição Federal em seu art. 155, II, estabelece os requisitos principais do fato gerador do tributo em tela. Não podendo a lei instituidora do mesmo violar os conceitos utilizados pela Carta Magna para autorizar a criação da exação.

A Constituição permitiu que o ICMS incida sobre “*prestação de serviço de comunicação*”. Entretanto, o que sejam comunicação e serviço não são conceitos definidos pelo ente tributado no exercício da competência tributária, mas são noções pré-existentes e já definidas, seja pela ciência da comunicação ou pela economia. A jurisprudência e a doutrina já deixaram claro que para que haja comunicação são necessários, no mínimo, três elementos: “*fonte emissora, fonte receptora e mensagem transmitida por um prestador de serviço*”.

Neste contexto é que foi afastada a incidência do ICMS sobre o serviço de acesso à Internet, posto que os provedores, de fato não realizavam um serviço de comunicação, mas uma atividade de valor adicionado que não envolvia os elementos supra, pois se utiliza, na verdade, de uma rede de telecomunicações (STJ, 2ª Turma, Resp. 628.046/ MG, maio de 2006, Relator Min. Castro Meira).

Observado o conceito técnico do sistema VOIP, tem-se, na verdade, o uso da Internet para o envio de mensagens de voz, sendo que para sua realização há a interferência de um terceiro (o provedor). O fundamento do sistema é o uso do IP (*Internet protocol*), sendo que as conversações entre os interlocutores se dão de forma similar aos programas de mensagens instantâneas.

A tese apresentada parte de um raciocínio bem desenvolvido e proveniente de premissas já analisadas pelo judiciário pátrio em suas mais altas cortes. Há uma correspondência entre a tese vencedora usada pelos provedores de acesso à Internet e a que ora se apresenta, pois os conceitos a serem utilizados são similares.

² Marcelle Mello Rodrigues, integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.

Para que se vislumbre possibilidade de êxito na tese aventada há que se comprovar que a atividade desenvolvida pelos provedores de VOIP não se enquadra no conceito de “serviço de telecomunicação” e que, na verdade tais prestadoras de serviço apenas entregam a quem utiliza suas atividades uma nova forma de contato unicamente estabelecida através da Internet.

Assim, em face da inexistência de manifestações jurisprudenciais sobre o tema, conclui-se que são plausíveis os argumentos favoráveis à tese exposta.

Entende-se, por fim, que há fundamento suficiente para uma demanda judicial visando à declaração judicial da inconstitucionalidade / inexigibilidade do ICMS para as prestadoras do serviço de VOIP e o conseqüente ressarcimento dos valores pagos indevidamente.

3. Escritura Pública de Declaração de União Estável e Registro de Imóveis.³

Com a equiparação da união estável ao casamento feita pelo Código Civil de 2002, uma das formas de preservar os bens patrimoniais dos companheiros é a lavratura de escritura de declaração de união estável. Tendo em vista que a união estável, enquanto elo fático equipara-se ao casamento pelo regime de comunhão parcial de bens, enquanto a união não estiver formalizada, esta não terá efeitos patrimoniais contra terceiros de imediato, tendo que os companheiros provar em juízo a união de fato.

Uma das razões para a lavratura de escritura pública de união estável é a questão da proteção patrimonial dos companheiros no que se refira ao registro imobiliário, pois o ato de registrar a escritura pública torna pública a existência da união estável, e o documento válido perante terceiros.

A questão ficaria quanto à validade do registro de documentos particulares, pois há entendimento de que a legislação tornou equiparada a união estável ao casamento. A declaração de união estável, deve ser rodeada dos mesmos requisitos legais do pacto antenupcial, mas com o diferencial de que os companheiros poderem adotar regime de divisão de bens diverso aos dos regimes vigentes para o casamento.

Muito embora o Código Civil tenha amparado a união estável, a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) não prevê o registro deste tipo de escritura perante o Registro Imobiliário, por ser Lei anterior, mas tal fato não impede que os companheiros efetuem o seu registro, mas desde que a escritura seja confeccionada na forma solene, como se exige nos pactos antenupciais.

Ao tomarem esta medida, os companheiros darão publicidade ao ato, bem como garantem o reconhecimento da existência da união estável, pois embora o Direito Brasileiro recepcione a união estável como instituto, seu reconhecimento depende de prova. Desta forma, existindo a escritura pública registrada, torna-se pública a união entre os companheiros e gera a proteção patrimonial quanto a terceiros.

³ Marcos Toshio Ishida, advogado integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.

4. Revisar é preciso!!!⁴

Comissão de permanência... capitalização de juros... taxas... tabelas... multas contratuais... mora...

Em todos os contratos bancários alguma, ou algumas, destas expressões são empregadas como formas de se impor ao contratante ônus muitas vezes insuportáveis, mormente quando a inadimplência é a única saída para que se mantenham os pagamentos dos fornecedores, dos empregados e mesmo das despesas mensais fixas.

As reclamações e desculpas habituais, de que “as cláusulas estavam escritas em letras miúdas e apertados parágrafos” ou de que “fui assinar o contrato e já estava pronto”, são argumentos incapazes de convencer o julgador quando uma demanda judicial é utilizada pelo credor para receber seus haveres.

Por outro lado, os contratos não são passíveis de discussão apenas quando o consumidor é demandado. Ao contrário, entendendo que há lesão causada pela entidade devedora este pode, e deve, ingressar com ação revisional visando o equilíbrio do contrato, uma vez que o mesmo deve ser regido pela boa-fé, exigindo-se das partes que atuem com lealdade e confiança recíprocas.

A ação revisional, neste caso terá o condão de atacar as disposições abusivas e desleais impostas pelos credores. Neste sentido, devem ser analisadas cada uma das cláusulas do pacto firmado, buscando soluções para que sob o olhar legal e juridicamente possível, sobrevenham reduções nas importâncias cobradas.

Os caminhos que se vem percorrendo e sustentam o embasamento destes breves comentários, passam, dentre outros, pela limitação dos juros quando praticados fora dos índices de mercado; afastamento da exigência de juros capitalizados com períodos inferiores a um ano (prática conhecida por anatocismo); afastamento da cobrança de comissão de permanência, quando cumulada com juros moratórios e multa contratual; redução das multas contratuais impostas (quando não convencionadas ou convencionadas em certo patamar e exigidas em outro); readequação dos índices de correção monetária, quando pactuados em desacordo com as determinações regulamentares (p. ex. a exclusão da TR quando não contratada ou quando outro índice tiver sido inicialmente pactuado).

Não há como esgotar o assunto neste curto espaço, mas é certo que quando busca a revisão do pacto oneroso, ou mesmo que tenha contra si a execução do contrato não cumprido, o contratante ou o contratado têm instrumentos capazes o suficiente para a readequação de valores, seja com compensação, devolução ou, ainda, a repetição em seu favor de quantias indevidamente pagas.

⁴ Marlon Assis Izolan, integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

5. Solução para Dificuldades no Setor Agropecuário Brasileiro?⁵

Não é de hoje que a agricultura nacional encontra percalços a serem superados.

Recentemente, adotou-se algumas medidas para incentivar o setor agrícola do país.

Em 29 de agosto do presente ano, o Conselho Monetário Nacional aprovou descontos que podem variar de 10 (dez) a 15% (quinze por cento) no valor das parcelas de financiamentos de investimentos agropecuários.

Somente puderam fazer jus a tal benefício os financiamentos que estavam com as parcelas vencidas até 31 de dezembro de 2006 e em situação de inadimplência, segundo a Resolução nº 3.496 do Banco Central do Brasil.

Os rebates foram concedidos sobre os valores das parcelas com vencimento neste ano, contratados com recursos advindos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no âmbito do Programa de Modernização da Frota de Tratores Agrícolas e Implementos Associados e Colheitadeiras (Moderfrota), do Programa de Desenvolvimento Cooperativo para a Agregação de Valor à Produção Agropecuária (Prodecoop) e do Finame Agrícola Especial, desde que as parcelas fossem quitadas até a data de seu vencimento, considerando-se a dilação de prazo autorizada pelo CMN.

Além destes requisitos era necessário que o financiamento tivesse sido contratado até 30 de junho de 2006, ou em data posterior com encargos estabelecidos para a safra 2005/2006; e ainda, que as taxas de juros fossem superiores a 8,75% (oito inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) ao ano.

Aos mutuários que se enquadraram nessas condições foram concedidos descontos no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da prestação.

Já para os mutuários cuja renda principal é originária da produção de soja, sorgo, arroz, trigo, algodão e milho, o desconto concedido foi de 15% (quinze por cento).

Juntamente com os descontos, para quem não dispunha de 100% (cem por cento) dos valores da parcela foi possível prorrogar, para até um ano após o vencimento da última prestação, entre 70 (setenta) e 80% (oitenta por cento) do valor das parcelas com vencimento em 2007.

Com tal medida pretende-se incentivar o setor trazendo assim um “fôlego” maior para os agricultores adimplirem com as obrigações firmadas. Resta saber se a finalidade da medida será efetivamente atendida.

⁵Elisângela Neumann, advogada integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

6. *Nem Tão SIMPLES Assim.*⁶

Alardeada no país como a panacéia para todos os males das empresas de micro e pequeno porte, a Lei Complementar 123/2006 que instituiu o novo estatuto destas empresas, o vulgarmente conhecido SIMPLES NACIONAL ou ainda SUPER SIMPLES, traz em seu bojo algumas armadilhas a tais instituições.

Com a entrada em vigor da referida lei consagrou-se a idéia de que as empresas por ela atingidas estariam sendo beneficiadas por um verdadeiro propulsor rumo à prosperidade, o que, com o tempo, se mostrou ser mais uma falácia.

Todo o instrumento normativo que inova no ordenamento jurídico traz consigo boas e más conseqüências. De forma que não se deve repudiar o novo sistema, mas também seria mais razoável que a mídia, principalmente a oficial, não buscasse construir uma imagem quase que divina na nova Lei.

Um dos pontos que mais merecem atenção dos empresários na nova lei diz respeito à exclusão *ex officio* do programa, prevista no art. 29 da Lei Complementar 123/2006.

No referido artigo foram dispostas diversas condutas que levam à exclusão imediata do contribuinte do Simples Nacional, sem que esteja expressamente resguardado o “sacrosanto” direito à ampla defesa e ao contraditório.

Lembra-se ainda a todos os optantes do programa que a exclusão de ofício pela Receita pode se dar, inclusive com base em presunções, é o que reza o inciso IX, do famigerado art. 29.

Tal artigo exclui dos optantes pelo Simples Nacional o direito de trabalharem no vermelho, explica-se: o artigo impõe a exclusão imediata da empresa que durante um ano calendário registrar que o valor total das despesas ultrapassa em 20% o valor das receitas.

O legislador presumiu neste dispositivo que, “obviamente”, o empresário está omitindo receitas, pois jamais uma empresa pode sobreviver no prejuízo. Esqueceu-se, no entanto, o legislador que o empresário pode realizar investimentos e tantas outras despesas cuja rentabilidade somente pode ser obtida em longo prazo.

Junto com o dispositivo acima citado, atua o inciso X do mesmo artigo que não permite que o empresário adquira mercadorias para o comercializar ou industrializar em patamar superior a 80 % dos recursos que ingressaram na empresa.

As normas em cotejo trazem a denominada presunção de omissão de receitas, pois, entende a Lei que o empresário que investir ou adquirir mercadoria certamente está sonegando tributo.

Mais uma vez, contrariando a regra da presunção da boa-fé, no presente, a lei estabelece como premissa a má-fé.

⁶ João Henrique Pit Venzo, advogado integrante da Máhlmann e Dal Piva Advogados Associados.

Sendo que, ocorridas as hipóteses ora referidas, de plano o empresário será excluído do Simples podendo sofrer todas as penalidades de imediato, é o que reza o parágrafo primeiro do mesmo art. 29.

Vê-se, portanto, que de uma mera presunção legal se extrai uma severa consequência da qual não há defesa encontrável na Lei.

Estas disposições permitem a conclusão de que, no Direito Tributário pátrio, o empresário é de antemão culpado e somente será inocente se, depois de muita luta, cabalmente demonstrar o contrário.

Convém esclarecer, ao revés, que tal norma viola os princípios fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e que eventuais exclusões sumárias do Simples poderão ser contornadas com a utilização das medidas judiciais e administrativas adequadas.

Portanto, para que os direitos dos optantes sejam salvaguardados é necessária uma correta condução jurídica e contábil das atividades empresariais, pois, ao contrário do que se propaga, o Simples, não é tão simples assim, e encerra armadilhas que, eventualmente, podem causar sérios problemas a seus participantes.

7. Notícias do escritório.⁷

Pelo segundo ano consecutivo a Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados é agraciada com menção na publicação *Análise Advocacia* que divulga os maiores e mais admirados escritórios de advocacia do Brasil. A edição 2007 traça uma radiografia de 474 escritórios, tendo sido entrevistados diretores jurídicos de 900 das mil maiores empresas do país para saber quais são os escritórios mais admirados em doze especialidades do direito. O escritório recebeu cinco menções das doze áreas de atuação objeto da pesquisa.

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.

⁷ Carlos José Dal Piva, advogado sócio da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.