

Huberto Otto Mählmann – OAB/PR n° 26.615-A
Carlos José Dal Piva – OAB/PR n° 20.693
Alexandre Maurios 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 – OAB/PR n° 44.422
Carla R. dos Santos Belém – OAB/PR n° 44.442
Marcelo Palácio

MÄHLMANN & DAL PIVA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Direito Empresarial - Tributário e Cível/Comercial - OAB/PR 967

Rua Souza Naves, 3983-10° and. Cascavel-PR CEP 85.810-900 Tel/Fax (45)3037-2650
Rua Antônio Raposo, 406-7° and. sala 704, Foz do Iguaçu-PR CEP 85.851-090 Tel/Fax (45)3523-4006

INFORMATIVO

Nov.Dez/2007
N° 043

madp@madp.adv.br

1. *Certezas.*¹

Mais um ano se finda. Mais um período onde “nunca na história deste país tanto se arrecadou”, onde a carga tributária que recai sobre o setor produtivo nunca esteve tão alta. Escreve-se estas breves linhas logo após o julgamento no Senado Federal da prorrogação da malfadada CPMF. A única ponderação que se faz é a de que esta contribuição não pode ser analisada isoladamente dentro de um contexto fiscal global. É um grande mal que se extirpou, dentre outras razões, para termos a certeza de que a tão sonhada reforma tributária seja forçada a ser debatida no ano vindouro. Devemos forçar nossos representantes a questionar todas as setenta e seis exações que recaem nos bolsos dos contribuintes. Isto mesmo, setenta e seis impostos, taxas e contribuições que compõem o arsenal do exército dos entes fiscais.

Não bastasse isto, as certezas de um ano de medidas governamentais muito mais negativas do que facilitadoras aos contribuintes. Não tivemos a aprovação da Lei de Transações, a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas padece de ajustes e regulamentação, a Emenda 3, o fortalecimento da penhora “on-line” e do bloqueio das contas de empresas e seus sócios em processos onde é credor o fisco, várias derrotas dos contribuintes no Judiciário em matérias manifestamente inconstitucionais, projetos de leis cerceando o direito do contribuinte a ter liminares concedidas sem o depósito integral dos valores cobrados pelo fisco, não regulamentação da questão envolvendo a liberação dos precatórios, liderança incontestada do Brasil no ranking dos países mais burocráticos tanto no que se refere a constituição, abertura e fechamento de empresas, como no tempo gasto com a administração das questões tributárias, sucessivas quebras de sigilo fiscal e bancário dos contribuintes embasados nos mais frágeis argumentos, engessamento de leis trabalhistas como a lei dos estagiários e a interpretação pela fiscalização dos contratos temporários de trabalho, o advento da Receita Federal do Brasil onde para compensar créditos do contribuinte (INSS x Receita Federal) tudo pode, mas o contrário existem todas as dificuldades, tentativas de revitalização de conquistas dos contribuintes como a não exigência de depósito recursal em procedimentos administrativos, envio de lista de devedores fiscais ao SERASA a partir de janeiro, dificuldades e entraves para obtenção de Certidões negativas gerando perda de oportunidades e negócios aos empresários, e por aí vai.

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

Veja-se que se está citando somente questões jurídicas sem falar das questões de infraestrutura, política industrial, refinanciamento de dívidas do setor agrícola, corrupção, aumento paquidêmico dos gastos públicos, os juros e custos de captação de recursos ao capital produtivo, etc, etc, etc. Não é só ver o lado ruim das coisas, mas os fatos citados são incontestes, certezas.

A contraposição disto tudo é a esperança que, pela atuação daqueles que querem efetivamente ver nosso país crescendo ou talvez por um raio luminoso que recaia sobre a cabeça daqueles que momentaneamente nos governam (ou a junção de ambos) tenhamos um 2008 mais promissor.

Pena é termos a convicção que hoje o contrário de certeza é a esperança.

Muita saúde, realizações e esperança a todos.

2. Extinção da CPMF²

Criada em 1996, a CPMF (Contribuição Provisória sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira), fora imposta pelo governo federal, com data para acabar.

Assim, após várias tentativas de negociações a fim de ampliar o imposto até 2011, o governo Lula, finaliza derrotado em primeiro turno no Senado Federal. Temos o fim da CPMF à partir de 1º de Janeiro de 2008, encerrando-se uma das mais controversas e polêmicas mordidas do governo no bolso do contribuinte brasileiro.

Defensores citam a fácil cobrança, a baixa sonegação e o alto poder arrecadatório como pontos favoráveis para sua manutenção. Alegando em seus discursos que a CPMF, há pouco, passou a ser utilizada na fiscalização tributária. Sendo extinta, o governo alega ser obrigado a substituir a receita perdida com o aumento da alíquota de outro imposto, ou adotar outra medida ainda a ser estudada.

Opositores, entendem que a CPMF, além de elevar preços de produtos e aumentar juros na concessão de crédito, retirando dos cidadãos recursos que poderiam ser destinados a poupança ou ao consumo, incidem em cascata (ou cumulatividade), que seria o fato do tributo ser cobrado diversas vezes sobre o mesmo produto (que faz com que aqueles 0,38% seja, na verdade, muito maior).

Sendo derrotado pelo Senado, o governo aduz que deixará de arrecadar R\$ 40 bilhões todo ano, o que implicará na sugestão de um novo imposto totalmente vinculado à saúde em 2008. Pergunta-se: será que essa verba arrecadada pela CPMF é aplicada efetivamente na saúde, na seguridade social e no combate a fome? A resposta é não. Sabemos, contudo, que o desvio de parte dos recursos da CPMF ocorre devido a Desvinculação de Receitas da União (DRU), o que permite ao governo deslocar 20% do Orçamento (com exceção do Fundo de Combate a Pobreza), conforme sua conveniência.

² Antonella Marques Neves, integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

A efetividade de um país democrata comprovado em 13 de dezembro de 2007, marca a nossa época com o sepultamento da CPMF. Sem dúvidas ponto positivo ao contribuinte brasileiro.

Espera-se há tempos por uma reforma tributária, com o intuito de ver ampliado o crescimento econômico do nosso país, talvez seja esse o maior impulso dado na história do nosso governo para as grandes e novas mudanças a serem tomadas no decorrer do próximo ano.

3. Breves Comentários Sobre a Contribuição Previdenciária Incidente Sobre a Comercialização de Produtos Rurais - FUNRURAL³

A Lei Geral de Custeio da previdência social, dentre as diversas espécies de contribuições para a manutenção da seguridade social, estabeleceu uma nova espécie tributária incidente sobre a comercialização de produtos agrícolas exigida de pessoas físicas e jurídicas.

Tal contribuição, conhecida por FUNRURAL, é um resquício do sistema tributário anterior à Carta Constitucional de 1988 e representa mais uma tentativa do legislador tributário de ampliar a gama de espécies tributárias, ainda que em desacordo com mandamentos constitucionais.

Fruto de um emaranhado legislativo e alvo de constantes alterações, a referida exigência tributária apresenta diversas ilegalidades e inconstitucionalidades que tornam questionável a sua exigência.

O Código Tributário Nacional fixa requisitos indispensáveis para a existência de quaisquer tributos em solo brasileiro e o desrespeito aos mesmos implica em inviabilidade da exação.

Além disso, verifica-se que a contribuição para o FUNRURAL não encontra resguardo nas “bases econômicas” passíveis de tributação e, ademais, sua instituição desrespeitou as normas constitucionais pertinentes e o princípio da legalidade estrita.

A constatação da inconstitucionalidade da cobrança do FUNRURAL não é meramente acadêmica e encontra respaldo no próprio STF onde se observam posicionamentos contemporâneos reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança, seja em provimentos monocráticos ou até em manifestações de plenário.

No entanto, para que o contribuinte consiga obter o direito ao não recolhimento da contribuição faz-se necessário o ingresso de medidas judiciais competentes para que seja, declarada a inconstitucionalidade do FUNRURAL e ainda garantido o direito ao ressarcimento dos valores até então recolhidos.

Assim, tem-se mais uma invasão do legislador tributário sobre os direitos constitucionalmente assegurados aos contribuintes que deve ser combatida pelos contribuintes e que merece ser questionada judicialmente para que se obtenha, tanto o direito ao não recolhimento, como o ressarcimento dos valores já recolhidos aos cofres da Previdência Social Brasileira a título do denominado FUNRURAL.

³ Carlos José Dal Piva, advogado sócio da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

4. A Contribuição Previdenciária Sobre a Prestação de Serviços das Cooperativas de Trabalho.⁴

A partir da edição da Lei 9.876/1999 passou-se a exigir das pessoas jurídicas o recolhimento do valor equivalente a 15% do total da nota fiscal ou fatura cobrado pelas denominadas cooperativas de trabalho em função dos serviços prestados. Tem-se uma nova contribuição previdenciária no ordenamento jurídico pátrio.

A exação descrita foi inserida na Lei Geral de Custeio da Previdência Social e a partir de sua regulamentação tornou-se mais uma fonte de recursos para os cofres da Seguridade Social.

Para o agente arrecadador a nova contribuição constitui-se em um importante veículo de tributação, uma vez que facilita o acesso ao “fato signo presuntivo de riqueza” que lastreia a cobrança.

No entanto, ao intérprete do Direito cabe a ininterrupta tarefa de questionar todas as novas formas de tributação em face do Sistema Constitucional Tributário, para que, de forma vigilante, se faça o cotejo das leis infraconstitucionais com as disposições da Carta Magna.

Nesta senda, observa-se que a novel contribuição apresenta diversos vícios de ordem constitucional que tornam inviável sua exigência.

A discussão judicial desta nova espécie tributária possui grande relevância, pois é cada vez maior o número de empresas e associações que contratam os serviços das cooperativas de trabalho, especialmente relacionados à área da saúde.

Hodiernamente, verifica-se um número cada vez maior de empresas que contratam os serviços de atendimento à saúde para seu corpo funcional deste tipo de instituição. Sendo que, sobre a contraprestação pecuniária paga às cooperativas é devida a referida contribuição.

Tal espécie tributária gera, portanto, um ônus substancial às empresas contratantes que podem levar ao judiciário sua inconformidade tendo por base sólida argumentação doutrinária e jurisprudencial.

Assim, convém lembrar que toda e qualquer nova contribuição deve obedecer aos parâmetros constitucionais vigentes e eventuais vícios importam em nulidade das mesmas, impossibilitando sua cobrança.

Logo, calar e consentir com os abusos do Fisco jamais será a opção mais adequada para os contribuintes.

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

5. Poder Judiciário Reconhece Direito de Empregadores a Exclusão do Auxílio-Doença da Base de Cálculo das Contribuições Previdenciárias.⁵

Seguindo entendimento dominante no STJ, recentemente a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu o direito às empresas litigantes, a exclusão do auxílio-doença da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Alicerçado na Constituição Federal (art. 201, inciso), o auxílio-doença é um benefício previdenciário, pago ao empregado que, devido a doença, seja ela comum ou acidentária, fique incapacitado por mais de quinze dias para desenvolver atividade laborativa. Ressalte-se que, antes que este prazo se complete, o “salário” pago neste ínterim é de responsabilidade do empregador, e tem natureza indenizatória e não remuneratória.

A natureza indenizatória deriva da premissa de que inexistente qualquer prestação de serviços por parte do trabalhador no período de afastamento. Sendo assim, sobre o valor pago ao empregado a título de salário pelos primeiros quinze dias de afastamento incabível é a incidência de contribuição previdenciária. As contribuições somente podem incidir sobre a remuneração que tem caráter salarial.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp 748193/SC consignou que **“o empregado afastado do trabalho por motivo de doença não presta serviços e, por isso, não recebe salário, mas apenas uma verba de caráter indenizatório durante os primeiros quinze dias de afastamento. Por conseguinte, resta afastada a incidência da contribuição previdenciária, que tem por base de cálculo a remuneração percebida habitualmente”**.

Os Tribunais Regionais Federais vem corroborando tal vertente reconhecendo o direito a exclusão da base de cálculo das contribuições previdenciárias, dos valores referentes ao auxílio-doença pago pelo próprio empregador, nos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho. Tudo isso porque sobre verbas que não tem natureza salarial não incide contribuição à Previdência Social.

Por todos esses motivos, recomenda-se as empresas que se sentirem lesadas a buscar suas assessorias jurídicas a fim de pleitearem judicialmente a ilegalidade de tal exigência. Oportuno salientar que este é o único caminho para se ter os direitos resguardados, visto que a ilegalidade deverá ser reconhecida caso a caso pelo Poder Judiciário.

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

6. *Decisões Recentes.*⁶

Sigilo bancário só pode ser quebrado com autorização judicial.

Em recente decisão proferida em Recurso Extraordinário interposto pelo Banco Central contra decisão do STJ, que não autorizou o banco a quebrar o sigilo bancário de um ex-diretor de um banco estadual, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a quebra do sigilo somente pode acontecer por ordem judicial, visando a investigação criminal ou a instrução processual penal. Segundo o entendimento majoritário da decisão é preciso ter cautela com a autonomia que vem sendo dada a vários entes estatais, os quais muitas vezes acabam por desrespeitar as garantias individuais dos contribuintes e cidadãos (STF-RE 461.366).

A penhora realizada em execução fiscal pode ser substituída por crédito de precatório.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em recente decisão proferida em mandado de segurança impetrado por empresa que buscava a substituição da penhora em execução fiscal de imóvel indispensável às atividades da empresa, concedeu a segurança pleiteada autorizando a substituição do imóvel por crédito de precatório expedido e já vencido, visto que a nomeação à penhora do precatório não visa a extinção do débito, mas tão somente a garantia do juízo (TJ/RS-AI 70018566182).

Recursos administrativos e interposição pela via postal.

O Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida no julgamento de mandado de segurança, entendeu que se tratando de recurso administrativo interposto com fundamento no art. 18 da Lei nº 8.742/93, o exame de sua tempestividade deverá ser verificado levando-se em conta a data da respectiva postagem nos Correios, sendo irrelevante a data de protocolo na secretária do órgão julgador (STJ-MS 12.034/DF).

7. *As Mudanças no Código de Processo Civil e a Defesa em Execução de Título Extrajudicial*⁷

O Código de Processo Civil Brasileiro vem sofrendo várias alterações desde 2005, com o intuito de agilizar os procedimentos judiciais.

A lei nº 11.382, publicada em dezembro de 2006, trouxe grandes modificações ao regime de execução de títulos extrajudiciais, no que se refere ao contraditório e ampla defesa.

No sistema anterior, Código de 1973, a propositura dos embargos do executado suspendia o processo de execução. Sendo efeito intrínseco aos embargos. Com o advento da nova Lei, os embargos à execução de título extrajudicial não mais são recebidos no efeito suspensivo.

⁶Cinara do Carmo Prichula, advogada integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

⁷Ana Paula Sabatoski, advogada integrante da Mählmann e Dal Piva Advogados Associados.

Assim, tem-se que antes da Lei 11.382 a simples propositura dos embargos à execução, previamente garantido o Juízo, suspendia os atos executórios. Agora, a regra é que este instrumento de defesa do executado não suspenda tais atos, podendo resultar na expropriação do patrimônio do devedor. Todavia, o parágrafo 1º, do artigo 739-A, da referida Lei, trouxe exceção à regra, instituindo a possibilidade de aplicação do efeito suspensivo se demonstrado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação – *periculum in mora* - e o respaldo legal, também chamado de “*fumus boni iuris*”.

Deste modo, as discussões em torno da pretensão executiva com a demonstração do dano irreparável e o respaldo legal acabaram por antecipar o contraditório do executado e assim sendo, possibilitou ao Juízo uma melhor visão do processo, pois terá na defesa do executado toda a fundamentação legal e fática para formação de seu convencimento.

Portanto, nos casos de execuções manifestamente ilegítimas o Juiz poderá, diante dos embargos à execução fundamentados de acordo com o § 1º do artigo 739-A, julgar extinta a ação e com isso evitar de antemão a constrição de bens do executado. No entanto, nos casos em que não se convencer da aplicabilidade do efeito suspensivo, a execução seguirá seu curso podendo ocorrer penhora e avaliação dos bens do executado.

Por fim, vislumbra-se que o novo instituto traz na sua essência uma coibição às execuções infundadas. Entretanto, se legítima, exige dos embargos à execução, que é o instrumento de defesa do executado, seja fundamentado no dano irreparável. Do contrário, não impedirá o curso da execução e, conseqüentemente, o comprometimento dos bens do executado.

8. O Novo Contrato Social – Um Convite ao Leviatã...⁸

Outrora se alertou sobre a possibilidade do Leviatã entrar a passos macios em nossos lares, como, aliás, já faz com as escutas telefônicas, e, infelizmente, não se passou ao largo da realidade.

Conforme as informações vindas de Brasília, tramita em adiantada fase projeto de lei que visará transferir à Fazenda Nacional, através de sua Procuradoria, a tarefa de localizar e efetuar a penhora de bens dos devedores de tributos federais.

O Projeto de Lei nº 10/2005 encontra fervorosos defensores que entendem ser a participação do poder judiciário dispensável para a realização da penhora de bens, sendo possível destinar esta incumbência, segundo estes, à Procuradoria da Fazenda.

A perspectiva de análise se resume em conferir ao credor a prerrogativa de avançar sobre o patrimônio de seus devedores e escolher dentre seus bens os que melhor lhe aprouverem para a garantia de solvência do suposto débito.

⁸ João Henrique Pit Venzo, advogado integrante da Mählmann e Dal Piva Advogados Associados.

Somente a partir deste momento é que o indefeso devedor poderia, através de uma ação própria, ir ao judiciário discutir o débito exigido e a penhora realizada.

Tal pretensão causa estranheza uma vez que a nossa Constituição garante que ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem que lhe seja assegurado o devido processo legal (art. 5º, LIV) e ainda, que a lei não impedirá a apreciação pelo judiciário da lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXV).

Tal regulamentação permitirá que o Estado avance sobre o patrimônio dos cidadãos ao seu alvitre, sendo que o controle jurisdicional será apenas posterior ao ato constitutivo. Pergunta-se, é este o “*due process of law*” em que primeiro se priva dos bens, para depois se garantir a ampla defesa?

A comentada cogitação legislativa é duramente combatida pela OAB em todas suas instâncias, pois traz consigo uma noção de Estado absolutamente absolutista e antidemocrático.

Ao cidadão cabe indagar também, as razões de um notório contra-senso que, caso venha a lume a nova lei, se efetivará, qual seja: se deveres ao Estado ele, por suas próprias forças tornará constrictos teus bens, mas, se fores credor do Estado, aguarde alguns anos pelo pagamento de seu precatório e, quem sabe ainda, de forma parcelada.

Ao saber de tais notícias lembra-se do que disse Rui Barbosa aos moços do Largo São Francisco:

“Ousai. Reagi. E segui, com o coração puro”.

Percebe-se, ao final, que todos os dias surgem notícias do furor do Leviatã e impõe-se à cidadania organizada que convide o milenar crocodilo à conversa para que lhe seja esclarecido definitivamente o seu papel.

Faz-se necessária uma releitura do contrato social, de forma a aclarar ao vestuto monstrengo quem, de fato, tem o poder. Informando-o que sua ação é limitada a princípios e direitos ditos fundamentais, erigidos a esta categoria através de séculos de resistência.

À cidadania cumpre sair da inércia ante seus disparates, sob pena de, como já se disse, dividir nossa intimidade com o “carinho” da escamada pata do, cada vez mais poderoso, tetrápodes.