

INFORMATIVO

Mai./Jun/2007
Nº 040

madp@madp.adv.br

1. Faz de Conta.¹

Debatendo em simpósios, com colegas, com clientes empresários e mesmo internamente em nosso escritório, ficamos nos perguntando porque nunca se imaginou uma medida para estancar-se a roda viva existente entre a violenta cobrança tributária por parte do fisco e a recorrente inadimplência dos contribuintes. De maneira singela sempre argumentei que, de um lado deveria haver uma melhor inteligência no nosso sistema tributário através de uma efetiva diminuição dos tributos e seu impacto financeiro (notadamente nas atividades produtivas) e a geração de possibilidades reais de saneamento fiscal dos contribuintes inadimplentes, trazendo uma redução da carga e aumentando a base de contribuintes, medidas estas necessariamente tomadas de maneira conjunta. É aquela história de um fingindo que cobra e o outro fingindo que paga.

Talvez seja razoável o argumento que o poder tributante não possa de um momento para o outro simplesmente renunciar a arrecadação, comprometendo contratos e orçamentos públicos. Mas é mais verdade que o contribuinte não suporta mais seu sócio majoritário (o Estado) cada vez mais guloso e voraz. É evidente que existem aqueles mais gananciosos que simplesmente sonham e disto imaginam (erroneamente) estar tirando algum tipo de vantagem. Porém, a esmagadora maioria dos empresários vêem-se na situação de optar entre pagar tributos ou fornecedores, folha de salários, ou investir no seu próprio negócio. Vale dizer tributo X sobrevivência da empresa.

Inúmeras foram as tentativas, sempre partindo do Governo, de possibilitar a estes contribuintes a quitação dos seus passivos tributários (REFIS, PAES, PAEX, Programas de refinanciamento estadual, municipal, etc). Ocorre que sempre foi de cima para baixo. Meramente uma adesão do contribuinte que vê num primeiro momento uma esperança, mas depois percebe que tais programas não geraram a solução esperada.

Pois bem, sempre defendemos o contrário. A criação de mecanismos onde possibilitasse ao devedor a apresentação de propostas de pagamentos compatíveis com sua realidade específica. De nada adianta propor-se um pagamento sobre percentual do faturamento, parcelas alongadas, reduções de multa e juros, sem perguntar ao devedor se isto lhe é possível de cumprir. Da mesma forma que nada adianta buscar-se solucionar um passivo acumulado se a carga fiscal permanecerá comprometendo seu fluxo financeiro no futuro.

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

Há, mercê do bom senso, em trâmite um projeto de lei versando sobre alternativas do contribuinte negociar seus passivos com o Poder Público, que está sendo chamada da Lei Geral de Transação.

Comum em alguns países, variando de um para outro em seus detalhes e procedimentos, tal prática invariavelmente surte efeitos positivos tanto para o contribuinte (que têm a possibilidade de apresentar um plano de quitação factível) como para o credor (sócio/Estado) que vê a real possibilidade de recebimento de algo difícil (ou mesmo impossível) e demorado tecnicamente falando, aumentando a sua arrecadação.

Obviamente a gestação desta Lei passará ainda por inúmeras análises e discussões antes da sua entrada em vigor e, por óbvio, nas negociações terá sempre a participação dos agentes envolvidos, além do credor e contribuinte, o Ministério Público, o Tribunal de Contas, Câmaras de Transação e Conciliação, Árbitros, entre outros.

Entendemos que por ora cumpre-nos noticiar este fato para que a sociedade organizada possa, através de seus organismos e representantes efetuar um acompanhamento sobre a evolução do assunto. Ao menos uma ponta do faz de conta poderá vir a se tornar realidade. Estaremos acompanhando e voltaremos ao assunto.

2. Reconhecimento de Vínculo Trabalhista - Competência da Justiça do Trabalho.²

Em ação de fiscalização em uma empresa o auditor fiscal acabou por considerar como empregados as pessoas que prestavam serviços por meio de uma cooperativa de trabalho. Esta ação resultou numa multa a empresa e determinou ainda que os trabalhadores fossem registrados em carteira. Em recurso ao TRT-2ª Região com o fim de anular a multa, a empresa foi surpreendida com decisão que rechaçou a ação fiscal. O relatório da juíza Maria Aparecida Duenhas, acompanhado pelos demais integrantes da SDI-1, consignou que o fiscal exorbitou suas atribuições pois procurou alterar “a natureza do vínculo jurídico existente entre as partes envolvidas e, neste aspecto, envolveu evidente atividade jurisdicional, afeta exclusivamente ao Poder Judiciário (TRT-2ª Região - P. 01096200601702008).

Esta manifestação do judiciário vem em encontro com as recentes manifestações nacionais de entidades empresariais ao veto do Presidente da República à Emenda 3 da Super Receita. É que com o veto procura-se garantir plenos poderes aos fiscais da Receita Federal do Brasil que podem com isso fiscalizar vínculos trabalhistas, sobrepondo-se ao Poder Judiciário, ferindo sobremaneira o princípio constitucional da repartição dos poderes, fundamental para assegurar o estado democrático de direito. Manifestações como esta da Justiça do Trabalho de São Paulo nos transmitem a esperança de prevalecer no judiciário o princípio do bom senso e de respeito ao cidadão fazendo prevalecer seus direitos “garantidos” pela Constituição da República.

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

3. As Compensações de Créditos Tributários Decorrentes de Ações Judiciais.³

Inúmeros contribuintes ingressaram no passado com ações judiciais objetivando a restituição ou a compensação dos impostos e contribuições sociais cobradas pelo fisco federal ao arrepio do ordenamento jurídico, citando como exemplo a discussão do PIS, da COFINS, a exigência do INSS sobre pró-labore e autônomos, bem como a majoração da alíquota do extinto FINSOCIAL.

Não obstante o sucesso das ações judiciais manejadas pelos contribuintes, muitos deles têm recebido intimações da Secretaria da Receita Federal do Brasil noticiando a glosa de seus créditos porque, segundo eles, a compensação mediante o aproveitamento dos tributos objeto de contestação judicial se deu antes do “trânsito em julgado” da respectiva ação. Por trânsito em julgado pode-se entender a sentença judicial definitiva que não é mais passível de recurso.

Os agentes fiscais da Secretaria da Receita Federal do Brasil fazem a exigência do trânsito em julgado da decisão forte no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Diz ele: **“É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado antes da respectiva decisão judicial.”**

Não se pode olvidar que o artigo 170-A foi acrescentado ao Código Tributário Nacional por meio da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, publicada no Diário Oficial da União do dia seguinte.

No entanto, a exigência do trânsito em julgado da ação judicial, como querem os agentes fiscais, só será válida para os pagamentos indevidos ou a maior (que são objeto de discussão judicial) realizados após a entrada em vigor da referida Lei Complementar, o que ocorreu em 11 de janeiro de 2001.

Assim, se à época da propositura da demanda e dos pagamentos indevidos, não estava em vigor a Lei Complementar 104/2001, que introduziu no CTN o artigo 170-A, constitui requisito inexigível o trânsito em julgado da ação judicial para fins de compensação tributária.

Corroboram esses argumentos os precedentes emanados pelo Superior Tribunal de Justiça. Para este Tribunal em matéria de compensação tributária deve ser observada a legislação vigente quando do ajuizamento da ação e dos pagamentos indevidos, não podendo ser julgada a causa à luz de um direito superveniente.

4. Lei nº 11.441/2006 – Divórcios e Inventários Extrajudiciais.⁴

No final do ano de 2006, foi editada a lei nº 11.441/2006 visando desafogar o judiciário, possibilitando a realização de separação, divórcios e inventários extrajudiciais, pelos quais o rito determina que alguns destes procedimentos sejam realizados através de escritura pública, com posterior registro nos órgãos competentes.

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

⁴ Marcos Toshiro Ishida, advogado integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

Mas nem todos os casos podem ser incluídos na lei, pois a mesma traz um rol taxativo de hipóteses de cabimentos destes procedimentos extrajudiciais.

No caso da separação e do divórcio extrajudiciais, somente serão possíveis se forem consensuais, obedecidos os prazos legais e se os divorciandos não tiverem filhos menores, de modo que somente poderá ser tratado sobre a partilha de bens do casal.

No caso do inventário e partilha amigáveis somente poderão ser realizados se não houver testamento ou herdeiros incapazes.

Em todos os casos é obrigatório que as partes sejam assistidas por advogado, de modo que o escrivão não pode lavrar a escritura sem que no ato não haja um advogado presente.

Outra exigência da lei é que as partes obrigatoriamente devem ser assistidas por advogado, sob pena de nulidade, já que o tabelião informará na escritura a qualificação dos profissionais que as assistirem.

Estas modificações, apesar de simplificar e baratear estes processos, os tornam mais ágeis e efetivos sob um ponto de vista mais prático. Mas em razão desta suposta simplicidade os órgãos judiciais, em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil têm debatido o assunto visando evitar a capacitação ilegal de clientes ou “associações” de tabeliães com advogados, bem como evitar a possibilidade de fraudes.

Tendo em vista tal situação, o Poder Judiciário, a OAB e os tabeliães estão prevendo que inicialmente o número de procedimentos extrajudiciais seja menor que o esperado. Mas o importante é que as partes poderão optar por qual forma elas realizarão tais atos, podendo agilizá-los e ter solucionado a situação com maior eficiência.

5. Algumas considerações sobre o verdadeiro sentido da CPMF.⁵

“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”. Tal assertiva é extraída do julgamento do STF no Mandado de Segurança 23.452 – RJ de lavra do Min. Celso de Mello e apresenta-se como fundamento em inúmeros julgados dos demais tribunais do país para justificar o uso de dados bancários dos contribuintes, obtidos pelo fisco junto às instituições financeiras em função das movimentações que dão azo à cobrança da CPMF, na apuração de fatos geradores de outras espécies tributárias, mormente, o Imposto de Renda.

A análise jurídica da questão passa, inevitavelmente, pelo enfrentamento de alguns dispositivos legais, cita-se: os art. 144 §1º, 197 e 198 do Código Tributário; a Lei Complementar 105 e a lei 10.174, ambas publicadas em 10 de janeiro de 2001, dentre outros.

⁵ João Henrique Pit Venzo, advogado integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

Quando o intérprete debruça-se com maior afinco sobre a questão passa a entender a preocupação do poder executivo em garantir a prorrogação da cobrança da CPMF (de acordo com o art. 90 do ADCT, redação dada pela EC 42, a CPMF pode ser exigida até 31/12/2007).

Como se depreende dos dispositivos legais supra e da interpretação que lhes é dada pela Receita Federal e por parte do poder judiciário percebe-se que a referida contribuição, além da vultosa quantia que garante aos cofres da União, serve também para garantir aos agentes fiscalizadores uma importante “arma” voltada à persecução da ocorrência de outras hipóteses tributárias.

Garante-se à União uma forma eficaz de atingir, ainda com mais furor, o patrimônio dos contribuintes, mesmo que à revelia de diversos postulados constitucionais.

A utilização que é dada à CPMF já apresentava seus primeiros contornos na edição da lei 9.311 em 24 de outubro de 2006, pois as entidades bancárias passaram a ser compelidas a repassar à Receita as informações necessárias à identificação dos contribuintes desta espécie tributária, bem como noticiar o valor do montante global das operações realizadas pelos mesmos. Com a edição da Lei complementar 105 e seu sucedâneo, a lei 10.174, além do que já era permitido, o fisco federal passou a ter a possibilidade de utilizar os dados obtidos com a cobrança da CPMF para a aferição e cobrança de outras espécies tributárias.

Neste complexo legal restou deturpada a regra de que somente ordem emanada de autoridade judicial competente (o STF já possui precedentes no sentido de que as CPIs, por deliberação da maioria absoluta de seus membros, também podem realizar a quebra de sigilo) é permitida a quebra do sigilo bancário dos cidadãos.

Por ora, o que se observa é que a autoridade administrativa, ainda que tenha de guardar sigilo sobre tais informações, pode, sem a interferência do judiciário e sequer a ciência do contribuinte, imiscuir-se em sua esfera patrimonial privada, violando o direito constitucional à privacidade.

Ainda, neste contexto, em face da regra esculpida no parágrafo primeiro do art. 144 do CTN parte da jurisprudência, inclusive com decisões do STJ (pela retroatividade: STJ 1ª Turma: MC 7.513, relator Ministro Luiz Fux), tem permitido o uso das informações colhidas em virtude da incidência da CPMF a fatos anteriores a edição da lei 10.174, entendendo que a mesma tem “caráter procedimental”, portanto aplicável de plano e com efeitos retroativos.

O que permite à Receita vasculhar fatos geradores, principalmente do Imposto de Renda, nascidos antes de 2001, o que, apresenta-se sem qualquer respaldo constitucional (pela irretroatividade: TRF 4ª Turma AI 2003.04.01.011059-9-SC, rel. Des. Fed. Wellington M. de Almeida. E a interpretação da súmula 227 do extinto TFR: “A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento”).

Por fim, vê-se que a “arma” representada pela CPMF auxiliada pelos dispositivos legais que a cercam, permite ao fisco alvejar e atingir o espectro de direitos mais sagrados de todo o cidadão, os direitos e garantias fundamentais.

6. Exclusão do ICMS da Base de Cálculo da COFINS e do PIS.⁶

A Lei Complementar nº 70/91, a qual instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, determina, implicitamente, a inclusão do ICMS na base de cálculo dessa contribuição, bem como na da contribuição ao Programa de Integração Social – PIS.

De conformidade com o disposto no artigo 195 inciso I (com redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98) da Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar nº 70/91, apenas teria a faculdade de reconhecer como base de cálculo para a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e para o programa de integração Social – PIS, o faturamento, não possuindo autorização para incluir na sua base de cálculo o valor pago a título de ICMS, visto que tal valor não compõe o conceito de Faturamento, já determinado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esse mesmo Tribunal em sessão plenária, no voto do Ministro Marco Aurélio, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 240.785-2/MG, manifestou-se pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

E mesmo com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98, ampliando a base de cálculo da COFINS e do PIS, para receita ou faturamento, a legislação ordinária exclui o ICMS da base de cálculo dessas contribuições.

Ante tais razões, as empresas têm direito garantido pelo texto constitucional de obstar a inclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS através do pedido judicial.

Para tanto, devem as empresas ingressar com a ação judicial, visando ver declarado seu direito pelo judiciário, possibilitando a restituição/compensação dos valores pagos à maior e/ou indevidamente.

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