

Huberto Otto Mählmann – OAB/PR nº 26.615-A
Carlos José Dal Piva – OAB/PR nº 20.693
Alexandre Maurios Kuhn – OAB/PR nº 27.341
Cinara do Carmo Prichula – OAB/RS nº 66.207
Marcos Toshiro Ishida – OAB/PR nº 35.735
Ronelso de Oliveira – OAB/PR nº 40.450
Ana Paula Sabatoski – OAB/PR nº 36.038
João Henrique Pit Venzo – OAB/PR nº 42.360
Elisângela Neumann – OAB/PR nº 44.422
Carla R. dos Santos Belém – OAB/PR nº 44.442
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

Jan/2008
Nº 044

Disponível em nossa home-page (www.madp.adv.br)

1. Um Começo Conturbado.¹

Mal inicia-se o ano e já defronta-se com um novo pacote de aumento de carga fiscal. Sob a argumentação de ajustes de receitas orçamentárias perdidas com a não aprovação da CPMF o Governo Federal editou, entre outras, medidas elevando o IOF e a Contribuição Social incidente sobre o Lucro Líquido das instituições financeiras.

A questão não é a de entrar-se no mérito econômico ou de justiça fiscal, nem de avaliar-se o impacto de tais medidas no bolso do contribuinte ou dos consumidores. Isto, é evidente, recairá sobre as suas costas, seja na forma de elevação de financiamentos, de majoração dos juros ou, no mínimo e simplesmente, de repasse destes novos custos. Ninguém absorve sozinho novas despesas.

O pano de fundo desta atitude dissimulada governamental é, mais uma vez, sinalizar que reforma fiscal no Brasil é tão somente aumento de impostos. Politicamente a tão sonhada reforma tributária ficou mais difícil de acontecer. As relações entre base e oposição se tornaram mais ácidas. O clima mais acirrado. Um tema (reforma tributária) que por si só já traz inúmeras vicissitudes e interesses entre os entes arrecadadores diversos, agora carrega o peso da dúvida, da descrença e da falta de credibilidade do governo em cumprir “acordos”.

O Congresso Nacional derrubou a CPMF. Mais do que o valor desta desoneração vale mais a simbologia do fato: desoneração de carga tributária. Aí vem o grande felino e aumenta tudo de novo.

Este jogo, baseado em visão de curto prazo visando o mandato e os dividendos políticos imediatos, não leva a nada.

O conceito deve ser de longo prazo, de reformas que efetivamente tragam o nosso país a patamares fiscais mais competitivos, justos e participativos.

Com este começo, infelizmente, isto fica mais difícil. Oxalá, nossos representantes sejam iluminados pelos holofotes do bom senso e efetivem ao longo de 2008 a reforma tributária.

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

2. A Unificação da Receita Federal com a Receita Previdenciária e a Possibilidade de Compensação de Créditos.²

Algumas empresas no desenvolvimento de suas atividades sociais, em razão das operações de exportações e levando em conta a imunidade constitucional, acabam gerando saldo credor das contribuições para o PIS e COFINS. E, conforme prevê a legislação vigente, para que seja possível a restituição dos valores devidos pela União à empresa exportadora, é necessário fazer longos e demorados pedidos de ressarcimento junto a Delegacia da Receita Federal.

Não obstante estas empresas poderem compensar os créditos de PIS e COFINS com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, muitas vezes não conseguem esgotar todo o crédito acumulado.

No entanto, com a unificação da administração de tributos da União e da autarquia securitária – o INSS, por força da Lei nº 11.457/2007, foi dado um grande passo em direção à compensação de créditos que o sujeito passivo tem junto à Secretaria da Receita Federal, com débitos do mesmo contribuinte junto à Receita Previdenciária.

De se observar que as motivações para a decisão do Governo Federal de reorganizar a administração tributária da União criando a Receita Federal do Brasil, foram as seguintes: a) fortalecer a administração tributária; b) unificar o “caixa” tributário com significativas repercussões sobre o financiamento da seguridade social e a administração do superávit primário, ou a combinação dos dois motivos.

Dessa forma, a nova Secretaria, subordinada ao Ministro de Estado da Fazenda, além de continuar com as atribuições da anterior Secretaria da Receita Federal, recebeu a incumbência de planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, da Lei nº 8.212/91 (contribuições previdenciárias), e contribuições devidas a terceiros.

Não obstante essas motivações, certo é que a União passou a concentrar num só órgão a administração e recolhimento de todos os impostos e contribuições federais.

Assim, diante desta unificação abriu-se a possibilidade de compensação na área do INSS, cuja dificuldade residia exatamente na ausência de um outro tributo administrado pelo órgão securitário, que pudesse ser compensado.

Outro argumento que reforça esta idéia reside numa instrução normativa expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal e Secretaria Previdenciária, a qual prevê a compensação de ofício dos tributos então administrados pela Receita Federal com débitos previdenciários.

² Alexandre Maurios Kuhn, advogado integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.

Ocorre que a Lei nº 11.457/2007 (que criou a Receita Federal do Brasil) vedou expressamente a compensação entre os créditos administrados pela Secretaria da Receita Federal com as contribuições sociais previdenciárias.

No entanto, a vedação acima descrita não está em harmonia com o texto constitucional, isto porque se a Secretaria da Receita Federal pode extinguir de ofício o débito do contribuinte junto ao INSS (por força de uma instrução normativa conjunta), nada mais lógico de que seja garantido o direito do contribuinte de ver compensado por iniciativa sua seus créditos perante o órgão securitário.

Dessa forma, não há razão justa para distinguir entre Administração Pública e Administrado no que concerne à compensação de créditos da Secretaria da Receita Federal com os débitos verificados na Secretaria da Receita Previdenciária.

Mais uma vez, de um lado a Administração Pública respaldada por uma instrução normativa efetua a compensação de ofício de créditos administrados pela SRF com débitos na SRP, ao passo que o Administrado se vê impedido de efetuar essa mesma compensação por sua iniciativa.

A Constituição Federal preocupada com situações como a trazida instituiu o princípio da igualdade. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza.

Assim, ainda que judicialmente, deve-se assegurar ao empresário contribuinte o mesmo direito deferido à Administração Pública no que diz respeito a possibilidade de compensar créditos da SRF com débitos apurados na SRP, em total atenção ao princípio da igualdade.

3. Prazo para Aproveitamento dos Créditos Oriundos do Sistema Não – Cumulativo do PIS.³

A lei instituidora do denominado sistema não – cumulativo da contribuição destinada ao Programa de Integração Social estabeleceu a possibilidade dos contribuintes aproveitarem os créditos apurados em determinado mês, nos meses subsequentes.

Como pode se observar, o legislador, no entanto, não fixou um prazo limite para o aproveitamento deste crédito, o que gera dificuldades para o contribuinte.

Há que se observar, no entanto, que a possibilidade de utilização destes créditos pelo contribuinte não é indefinida e se submete ao prazo prescricional estabelecido pelo CTN.

Tem-se, observado o que dispõe o Código Tributário Nacional, que o prazo limite para o aproveitamento do crédito é de 5 (cinco) anos contados a partir da data do fato que originou crédito a ser compensado.

³ João Henrique Pit Venzo, advogado integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

Exemplificando, constata-se que o crédito obtido em determinada operação realizada em 10/01/2003 somente poderá ser utilizado até 10/01/2008.

Apesar de ainda persistir a discussão jurisprudencial quanto ao prazo para a restituição de créditos tributários por parte do contribuinte (que, de acordo com a interpretação que mais de coaduna com os postulados constitucionais, é de 10 anos), em face das alterações promovidas pela Lei Complementar 118 de 2005 e de algumas decisões do STJ, tem-se mais conveniente a utilização quinquenal.

Esclarece-se ainda, que o aproveitamento dos créditos deve respeitar o quinquênio legal mesmo que, porventura, exista eventual procedimento de consulta pendente junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, sob pena de perda do direito à utilização do crédito.

Conclui-se que, face às divergências suscitadas pelo regime não – cumulativo de apuração do PIS, eventuais dúvidas quanto à possibilidade de aproveitamento de certos créditos devem ser avaliadas de forma pormenorizada, respeitando-se às peculiaridades do caso concreto.

4. A Proteção Constitucional do Sigilo Bancário em Face do Poder de Fiscalização do Fisco.⁴

O presente informativo tem levado ao conhecimento de seus leitores diversas medidas promovidas pelo Estado no sentido de aumentar seu poderio de fiscalização e intimidação sobre o contribuinte.

E, na primeira edição deste novo ano, por mais que desejasse que fosse diferente, não o é, sendo que se impõe, mais uma vez, que se traga à baila mais uma disposição normativa profundamente discutível sob o prisma constitucional promovida pelo Fisco.

Observa-se.

Conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional, uma das medidas para tentar diminuir o impacto do fim da CPMF sobre o poder de fiscalização da Receita Federal foi a determinação imposta às instituições financeiras de informar ao Fisco Federal todas as movimentações financeiras realizadas por pessoas físicas, cujo valor seja superior a R\$ 5 mil e superior a R\$ 10 mil para as pessoas jurídicas.

Tal medida, criada ainda no final de 2007, sob a forma de Instrução Normativa, afronta de forma direta o que dispõe o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e importa em flagrante violação à garantia constitucional da inviolabilidade da vida privada.

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

A referida norma infralegal traz em seu bojo uma violação incontestável ao Direito Fundamental de proteção ao sigilo bancário, significando mais uma invasão indevida do Estado na vida privada dos cidadãos.

Inconformado com a nova regra, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressará com Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a validade da citada instrução.

Indagado sobre o tema, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, que analisará eventual Ação questionando a constitucionalidade da medida, já afirmou ser “flagrantemente inconstitucional” a citada norma, o que traz um certo alento para aqueles que se esforçam pra ver respeitada a Lei Maior de nosso país.

Assim, observa-se mais uma medida estatal extremamente agressiva aos Direitos Fundamentais dos brasileiros e constata-se que a vigilância dos cidadãos na proteção de seus Direitos e Garantias Fundamentais deve ser incessante e perseverante, sob pena de restarem comprometidas ou até solapadas prerrogativas obtidas durante séculos de resistência às pretensões, muitas vezes, desproporcionais e até certo ponto tirânicas do Estado.

5. Recuperar a Empresa Não é Impossível.⁵

A legislação que antecedeu a Lei 11.101/2005 não possibilitava que o processo econômico e a geração de empregos continuassem quando houvesse a decretação da falência, ou quando fosse pedida a concordata. É que o crédito era cada vez mais escasso àqueles que se viam envolvidos nestes verdadeiros processos de execução coletiva onde os credores recebiam em sistema de rateio (falência), ou o devedor negociava suas dívidas e se preparava para a falência (concordata).

Como todas as novidades surgidas em nosso país, a Lei de Falências, que vigora desde 09 de fevereiro de 2005, parece apenas estar emergindo para o cenário empresarial nacional. Quiçá a falta de utilização do instituto como verdadeira possibilidade de recuperação da empresa seja o motivo pelo qual pouco se vê a efetividade que com ele se pode alcançar.

Contudo, esta nova regulamentação visa, dentre outras coisas, manter a saúde da empresa e os recursos produtivos que possua. Essa nova visão cria a possibilidade de o empresário encarar as dificuldades econômicas e financeiras que esteja enfrentando, utilizando-se dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial.

No procedimento judicial, diferentemente do que ocorria com a concordata, o devedor não apenas terá prazos dilatados para pagamentos de credores, mas todos eles estarão abrangidos pela supervisão judicial, bem como pela fiscalização dos maiores interessados, eis que deverá ser criada a Assembléia Geral de Credores e o Comitê de Credores.

⁵ Marlon Assis Izolan, integrante da Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.

Não obstante, é de se destacar que durante o período de negociação e aprovação do plano de recuperação, suspender-se-ão todas as ações contra o devedor, o que durará por período de 180 dias, prorrogável por mais 90 dias, possibilitando-lhe, ainda, que renegocie dívidas com os credores.

Entretanto, terminadas as rodadas de negociação e ainda não expirados os prazos acima, nada justifica que os credores não possam se socorrer do judiciário para defender seus direitos. É de se considerar, ainda, que o plano de recuperação homologado pode ser um elemento novo na solução do litígio.

Se o procedimento extrajudicial for utilizado, maior proteção se dará aos acordos informais firmados, cada vez mais comuns entre empresas e instituições financeiras. Por certo que não haveria necessidade de que houvesse previsão legal para as “simples” convenções, mas se assim não fosse haveria o risco de que se pudesse os interpretar como atos falimentares. Ademais, a expressa previsão legal trouxe a necessidade de que antes de ser levado à homologação judicial o ajuste seja aprovado pela maioria dos credores, dando-lhes maior possibilidade de participação e garantindo ao devedor que todos cumpram o pactuado.

Por fim, não menos importante do que se expôs, temos que as micro e pequenas empresas não foram olvidadas pela nova lei. Muito pelo contrário. Para elas há procedimento simplificado de recuperação, sendo desnecessária sua aprovação pela assembléia de credores, bastando que apresentem ao juiz a proposta de pagamento de seus débitos, e que o próprio magistrado a homologue.

6. Decisões Recentes.⁶

Reserva Ambiental e Direito à indenização

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão prolatada em sede de Recurso Especial, impetrado por empresa que pretendia indenização por ter adquirido imóvel dentro de reserva ecológica, julgou improcedente tal pedido por considerar que quando o imóvel foi adquirido, a reserva ecológica, bem como as limitações que decorrem de sua criação já estavam em vigor. Seguindo esse entendimento, se o imóvel é adquirido em reserva ecológica existente antes de sua aquisição, não existe o direito à indenização (REsp 765872).

Imposto de Renda Retido na Fonte

Em relação à identificação de sujeito passivo de imposto de renda, quando este for retido na fonte, no que diz respeito aos juros gerados quando da internação desses valores no BACEN, anteriormente à remessa ao exterior desses valores, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em virtude de entendimento de que a Lei 4.595/1964, em seu art. 4º, inc. V não determina que o BACEN assumira a responsabilidade de encargos quando o Imposto de Renda for retido na fonte, e,

⁶ Carla R. dos Santos Belém, advogada integrante da Máhlmann & Dal Piva Advogados Associados.

fundamentado no princípio da legalidade, que norteia o Estado Democrático de Direito, que não cabe à Autarquia Federal alterar o sujeito passivo da obrigação tributária através de ato administrativo (Ag. No Resp 460.439-SP).

Comprovação de Feriado Forense para Atestar Tempestividade de Recurso

Em recente decisão proferida em Embargos de Declaração que visava afastar a intempestividade de Recurso Especial, já que dentro do prazo não havia expediente forense, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não é necessária a juntada do inteiro teor da resolução que determina o feriado/recesso, sendo que a cópia de calendário judiciário extraído da Internet supre a ausência da referida norma e é suficiente para comprovar a elasticidade do prazo recursal (EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 856.148-MG).

Quebra de Sigilo Bancário

Seguindo entendimento jurisprudencial majoritário, e amparada na Constituição Federal, que não permite a intromissão na privacidade do cidadão, posicionou-se mais uma Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, nas execuções fiscais, apenas em casos extraordinários é que se admite o envio de ofício às instituições que possuem informações sobre os bens do devedor. Tal medida só se configura legítima depois de encerrados todos os meios ordinários capazes de trazer à tona tais informações. Assim, cumpre manter o sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente ao patrimônio do cidadão, em não havendo motivo absolutamente relevante (AgRg no Ag 932.843-MG).

Não incidência de ICMS na Importação de Aeronaves e Equipamentos Sob o Regime de Leasing

Em resposta ao Recurso Especial impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, citando também decisões do Supremo Tribunal Federal, após análise da Lei nº 87/1996, art. 3º, inc. VIII, a colenda corte posicionou-se no sentido de que não há incidência do ICMS na importação de aeronaves, suas peças e equipamentos sob o regime do leasing. Isto, porque as operações de leasing só se enquadram no conceito de 'circulação de mercadorias' quando a propriedade do bem arrendado é adquirida pelo arrendatário. Enquanto estiver pagando o preço do arrendamento, não há que se falar em circulação de mercadoria, pois não existe movimentação em direção ao consumo, já que a mercadoria arrendada, a menos que seja adquirida, voltará à posse de seu proprietário (Resp 908.913-SP).

Utilização da Taxa SELIC na Aplicação de Juros de Mora

O art. 406 do Código Civil de 2002, em consonância com o art. 161, §1º do Código Tributário nacional, determina o percentual de 1% ao mês, no que diz respeito à aplicação de juros de mora. Já a utilização da taxa SELIC, que está relacionada com as condições de Liquidação e Custódia de títulos Públicos Federais, deve se restringir aos casos previstos em lei. Por conseguinte, do ponto de

vista exclusivamente da legislação tributária, analisada no contexto do Sistema Tributário Nacional previsto na Constituição Federal, afigura-se inaplicável o índice Selic para fins de cálculo dos juros de mora tributários (AgRg no Resp 727.842-SP).

7. CSLL – Não Incidência nas Receitas Decorrentes de Exportação.⁷

Desde 11 de dezembro de 2001, em decorrência da Emenda Constitucional nº 33, que complementou o artigo 149, ficou excluída pela Constituição Federal a cobrança das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre receitas de exportações.

No que se refere a CSLL, não obstante este tributo ter como base de cálculo o lucro, e não a receita, ainda assim se faz possível o entendimento de que o que foi expresso no art. 149 vem no sentido de imunizar as receitas (plural) provenientes de operações de exportação da incidência das contribuições sociais.

Ainda que assim não fosse, sabendo-se que o lucro é decorrente da receita, e que o objetivo do legislador ao editar a norma era o de incentivar as exportações, não cabe a interpretação restritiva que favoreça apenas algumas das contribuições sociais.

Com efeito, faz-se possível o entendimento de que a partir da entrada em vigor da nova redação do art. 149 da Constituição Federal (11 de dezembro de 2001), o resultado final das receitas de uma pessoa jurídica decorrente das exportações realizadas no Brasil tornou-se imune, assim, também, a CSLL.

Sendo assim, cabe às empresas que obtiveram lucro decorrente das operações de exportação ingressar com medida judicial visando a recuperação da CSLL recolhida indevidamente a partir de dezembro de 2001, bem como a discussão da legitimidade de sua exigência pelo Fisco Federal.

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 Mählmann & Dal Piva Advogados Associados.