

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
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
Marcelle G. da Mata – OAB/RJ n° 115.625
Marcelo Palácio

MÄHLMANN & DAL PIVA ADVOGADOS ASSOCIADOS

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

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

INFORMATIVO

Mar/Abr/2008

Nº 046

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

Sétima Turma do TRF da 1ª Região em Brasília Muda Posicionamento Sobre a Base de Cálculo da COFINS.¹

Em recente decisão proferida no mês de fevereiro do corrente ano, quando do julgamento da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2006.38.09.004659-8/MG, a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu, admitir a exclusão do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

Ressalta-se que esta decisão segue tendência do Supremo Tribunal Federal, que, no dia 24 de agosto do ano passado, deu continuidade ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 240.785, no qual questiona se na base de cálculo da Cofins deve ser incluído o ICMS. Esta tese proporciona às empresas a possibilidade de recuperar o que fora pago nos últimos dez anos (em que se incluiu o ICMS na base cálculo), bem como obstar que tal tributo seja incluso na base de cálculo das referidas contribuições federais no futuro.

Este entendimento já vinha sendo reiterado pela Oitava Turma do TRF da 1ª Região desde outubro de 2006 e, com a mudança de entendimento da Sétima Turma, visualiza-se uma possível uniformidade no posicionamento do Tribunal em relação ao assunto.

Destaca-se ainda, que com este entendimento, o TRF da 1ª Região passa a ser o primeiro tribunal federal do país a ter entendimento uniforme, quanto à questão, em suas duas turmas de direito tributário seguindo o atual posicionamento do STF.

Em declaração quando do julgamento, o Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, relator dos processos levados à pauta no dia 19/02/08, salientou que os votos até agora colhidos no recurso extraordinário que trata da tese em andamento no STF indicam a prevalência da tese defendida pelo relator do recurso o Min. Marco Aurélio.

¹ Cinara do Carmo Prichula, advogada.

O relator Min. Marco Aurélio entende que se faz necessária a exclusão *"fundamentalmente porque o ICMS, tributo estadual à luz do art. 155, II, da CF/88, não constitui, sob nenhum prisma, receita do contribuinte de direito, mas, sim, do respectivo Estado-membro ao qual pertence, não podendo estar compreendido, então, no conceito de "faturamento" ou de "receita bruta": O ICMS é, portanto, "ônus" do sujeito passivo, não recurso que lhe pertença adveniente de operações de venda ou de prestação de serviços (esse, sim, quando o caso, riqueza tributável - fato gerador)"*.

Explica ainda o ilustre relator que "incluir a arrecadação do ICMS na base de cálculo da Cofins/PIS significa sujeitar receita tributária do estado à tributação federal, o que não tem guarida no art. 195, I,"b", CF, que cuida da "receita ou faturamento" de "empresa".

Ainda não há decisão definitiva do STF sobre o assunto, pois o julgamento está suspenso por força de pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes. No momento, seis dos onze Ministros entendem que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da Cofins.

Por fim, insta salientar mais uma vez que a decisão ainda não tem caráter definitivo, tanto nos Tribunais Regionais Federais, quanto no próprio STF. Contudo presente-se, enfim, um sucesso aos contribuintes.

Exclusão do ISS da Base de Cálculo do PIS e da COFINS Vem Ganhando Espaço nos Tribunais Brasileiros.²

Seguindo o raciocínio similar da tese da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a exclusão do ISS vem ganhando espaço nos tribunais.

Com os primeiros posicionamentos a favor do contribuinte, a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS desperta interesse dos empresários do ramo de prestação de serviços.

O entrave jurídico gira em torno de que a legislação que instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e o Programa de Integração Social – PIS, implicitamente determinou a inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições.

Contudo, a nossa Carta Magna veda tal procedimento, permitindo apenas que a tributação recaia sobre o faturamento ou receita do contribuinte.

² Elisângela Neumann, advogada.

Diante de tal premissa abstrai-se a ilegalidade, pois em momento algum pode-se considerar que os valores concernentes ao ISS destacados na documentação fiscal sejam faturamento ou receita própria da empresa e sobre eles recaia nova tributação.

Como se vê, o fundamento é o mesmo aplicado ao caso da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições citadas, e que se encontra em julgamento no STF, já contando com seis votos decretando a inconstitucionalidade da matéria e apenas um voto contrário.

A primeira decisão favorável à exclusão do ISS da base de cálculo da COFINS e do PIS, foi prolatada ainda no ano passado pela Desembargadora Maria do Carmo Cardoso, do TRF da 1ª. Região, com sede em Brasília/DF, onde foi decidido pela ilegalidade da cobrança, reportando-se, inclusive, ao julgamento em andamento do STF acerca do ICMS.

Recentemente, pode-se destacar o caso do contribuinte que obteve ainda em primeira instância direito ao não pagamento dos valores referentes a COFINS incidentes sobre ISS, bem com a restituição dos valores pagos indevidamente durante os últimos dez anos.

Portanto, as empresas têm direito garantido pelo texto constitucional de obstar a inclusão do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS e, sendo assim, valores que foram recolhidos indevidamente podem ser recuperados, bem como discutidos judicialmente os valores incidentes relativos às contribuições futuras.

A Utilização de Meios Coercitivos Ilegais para a Cobrança de Créditos Tributários.³

O Fisco, em sua atividade diuturna de fiscalização e cobrança dos créditos tributários, possui meios legais próprios para exigir dos contribuintes o adimplemento de suas obrigações tributárias. Tal tarefa é regida por diversos diplomas legais, dentre os quais, destaca-se a Lei de Execução Fiscal.

Tal atividade, no entanto, deve seguir de maneira inarredável o princípio constitucional do devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal).

Nesta senda, ao ente arrecadador são conferidas diversas prerrogativas que não são conferidas ao cidadão, em nome do, nem sempre bem interpretado, interesse comum.

No entanto, as eventuais benesses conferidas ao Fisco estão expressamente previstas em Lei e não podem ser arbitrariamente ampliadas, sob pena de restar soterrada a garantia do cidadão ao respeito das normas processuais.

³ João Henrique Pit Venzo, advogado.

Atualmente, ao contrário do que preconiza a Constituição, a Fazenda Pública vem lançando mão de formas ilegais de coerção ao contribuinte como, por exemplo, impedindo o acesso a dados, exigindo, arbitrariamente, a apresentação de Certidão Negativa de Débito e inviabilizando a obtenção de documentos fiscais necessários à atividade econômica do contribuinte.

Tais medidas, visivelmente arbitrárias, representam um retrocesso no que tange a própria noção de Estado Democrático de Direito, na medida em que se verifica o soçobrar da ordem jurídica posta unicamente em prol do interesse pecuniário do Fisco.

Por atentar contra diversos postulados constitucionais, dentre os quais o já citado devido processo legal e também os princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de ofício é que os Tribunais pátrios têm rechaçado qualquer medida da Fazenda que impeça o contribuinte de exercer sua atividade em nome da solvência de eventuais débitos tributários.

Como paradigma desta postura do Poder Judiciário encontra-se o cediço posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do próprio STF.

Cabe, portanto, ao contribuinte atingido por ações repressivas do Fisco buscar o assessoramento correto para evitar que medidas ilegais venham a lhe trazer sensíveis prejuízos, os quais podem ser evitados com o manejo adequado das medidas judiciais cabíveis a cada caso.

Prisão Civil por Dívida: nova posição do STF.⁴

Juntamente com as mudanças que vêm ocorrendo nos últimos anos com as constantes renovações no quadro de Ministros, o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado determinados temas de forma nada conservadora. Aos pactos e convenções internacionais, máxime os que contêm regras sobre direitos humanos, dá-lhes interpretações que confirmam as expectativas de quem os criou e lhes conferiu validade.

Neste sentido, um dos temas mais polêmicos dos últimos anos está sendo destituído de conceitos e fórmulas, diluindo-se as controvérsias na aplicação do Pacto de São José da Costa Rica e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (de 1966). Aos olhos leigos podem parecer apenas nomes conferidos a outros dois dos diversos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, mas juridicamente são os mecanismos legais utilizados para fundamentar a impossibilidade da prisão por dívidas.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, em vigor no país desde 1990, em seu artigo 11 dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual”. Já o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, esclarece que “é proibida a prisão civil por dívida, salvo quando executado o devedor voluntário de pensão alimentícia”.

⁴ Marlon Assis Izolan, bacharel em Direito.

Em que pese os dois pactos acima citados, os Tribunais Superiores do país vinham mantendo o entendimento de que às normas internacionais somente se emprega validade quando confirmadas por 2/3 dos membros do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, a partir do que, conforme disposição expressa do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República, passam a ser equiparadas aos dispositivos constitucionais.

Contudo, a tendência, até pelo fato de que sete dos onze Ministros integrantes do STF expressaram manifestação favorável, é de que a prisão civil da pessoa que se ache na condição de depositário infiel seja considerada ilegítima. Tal posicionamento vem sendo adotado no julgamento do Recurso Extraordinário 466343, onde se esclarece que os tratados sobre direitos humanos, ao contrário dos demais acordos e tratados internacionais, têm sim *status* de norma constitucional, devendo ser aplicados de plano pelos Tribunais.

Os votos até aqui proferidos demonstram claramente a tendência já adotada em outros países, no sentido de que nos Estados democráticos, dentro os quais o Brasil, devem ser adotadas posturas de respeito aos direitos da pessoa humana, não permitindo que se responda com a liberdade por dívidas patrimoniais contraídas, considerando-se que tal medida em nada contribui para a finalidade a que se destina o processo em tais casos.

O Seguro de Vida Vinculado aos Contratos Bancários.⁵

De acordo com definição da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, órgão responsável pela fiscalização e regulação do setor, o seguro denominado prestamista é o seguro de vida em grupo, “*onde os segurados convencionam pagar prestações ao estipulante para amortizar dívida contraída ou para atender a compromisso assumido*”.

Na dinâmica dessa modalidade de seguro, o primeiro beneficiário indicado ao recebimento da indenização paga pela seguradora é o próprio estipulante, ou seja, pessoa física ou jurídica credora da dívida, pelo valor do saldo da dívida ou do compromisso. A diferença que ultrapassar o saldo será paga ao segundo beneficiário, indicado pelo segurado para receber a indenização securitária. Sendo o segurado representante legal de uma pessoa jurídica, o segundo beneficiário será sempre a própria empresa, a qual receberá o valor da diferença da indenização, após o pagamento da indenização no valor da dívida.

Trata-se, assim, de um seguro que o consumidor adquire quando contrata um financiamento, um empréstimo bancário, participa de um consórcio, ou até mesmo quando realiza uma simples compra a prazo. Então, no caso da impossibilidade de pagar as parcelas, seja por desemprego, doença, morte ou acidente, a seguradora honra com as prestações restantes.

Segundo a SUSEP, conforme site oficial da Superintendência de Seguros Privados (www.susep.org.br) a comercialização dessa modalidade de seguro pelas seguradoras apresentou um grande crescimento, a partir do fortalecimento da economia e do fácil acesso ao crédito. Atribui-se, também, ao crescimento às investidas em apólices voltadas

⁵ Marcelle G. da Mata, advogada.

principalmente para as classes C e D e às parcerias com instituições financeiras, redes de varejo, drogarias e lojas de eletrodomésticos.

O problema, no entanto, é que muitas vezes a comercialização do seguro de vida é realizada sem a comunicação ao cliente. O segurado/cliente deve ser informado da contratação do seguro quando da realização de um financiamento, por exemplo, bem como sobre o procedimento que deverá seguir para pleitear o pagamento da indenização securitária, além do valor referente ao prêmio do seguro. Importante ressaltar que o segurado não é obrigado a contratar o seguro em questão, podendo caracterizar uma **venda casada**, o que é proibido pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 39, inciso I).

Assim, de acordo com os entendimentos mantidos e já pacificados pelo Superior Tribunal de Justiça, caracterizada a venda casada, caberá ao contratante a restituição em dobro dos valores referentes aos seguros pagos indevidamente.

Outra questão que merece atenção é o fato de que nesses seguros, a contratação é realizada mediante simples *adesão*, sendo que no momento da operação o segurado apenas assina a proposta e uma declaração pessoal de saúde pré-impressa pela seguradora, através da qual o segurado declara reunir perfeitas condições de saúde, quando, em muitos dos casos, encontra-se sob cuidados médicos.

Assim, recomenda-se às empresas que comercializem o seguro de vida juntamente com os contratos à prazo, que exija dos clientes uma declaração, até mesmo de próprio punho, através da qual o mesmo ateste suas reais condições de saúde, apontando eventuais tratamentos médicos ou cirurgias a que foi submetido.

Com tal medida, evita-se, na ocasião do pagamento da indenização pela seguradora, qualquer impasse desta, como uma eventual negativa de pagamento, sob a alegação que o segurado, no momento da contratação, não reunia condições de saúde para participar do grupo segurado.

O importante é ter em mente, quando da contratação de qualquer seguro, que o princípio primordial que rege a relação entre o segurado e o segurador, à luz do que dispõe o Código Civil, é o da *boa-fé*, pelo qual “*o segurador e o segurado são obrigados a guardar, no contrato de seguro, a mais estrita boa-fé e veracidade a respeito do objeto segurado e das declarações a ele concernentes*”.

Decisões Recentes⁶

Não incidência da contribuição social sobre o lucro/Ato Cooperativo.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão prolatada em sede de Recurso Especial, impetrado por Cooperativa, julgou que o resultado positivo decorrente dos atos cooperados, que beneficiem a sociedade, não pode ser considerado faturamento ou receita, não havendo, portanto, incidência do PIS e da COFINS. Em sua fundamentação, o Relator do Recurso defendeu que, mantendo-se o fim societário e tratando-se do exercício e do

⁶ Carla R. dos Santos Belém, advogada.

objetivo da cooperativa, não há obtenção de lucro e, em relação a tais atos cooperativos, não há incidência de tais tributos (REsp 812948).

Clínicas médicas de cirurgia plástica equiparam-se às prestadoras de serviços hospitalares.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região equiparou as clínicas de cirurgia plástica às prestadoras de serviços hospitalares, nos termos do art. 15, III, e 20, caput, da Lei 9.249/1995. Desse modo, admitiu a compensação ou restituição dos valores anteriormente recolhidos a título de IRPJ, com a base de cálculo de 32%, incidente sobre a renda bruta (base esta recolhida pelos prestadores de serviço em geral) já que os prestadores de serviços hospitalares têm o direito à alíquota reduzida do imposto, ou seja, base de cálculo de 8% (ACi 2005.70.00.033962-3).

Inconstitucionalidade do IPTU progressivo.

O imposto progressivo é aquele cuja alíquota é estabelecida em percentagem variável ascendente, de acordo com os mais variados critérios, e é exatamente isso que o STF tem reiteradamente julgado inconstitucional. O Supremo proíbe qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no art. 156 § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º ambos da Constituição Federal. Nesse sentido, em resposta à Apelação Cível, interposta pelo município do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça desse estado decidiu que a Lei Municipal nº 691/1984 que estabelece a progressividade do IPTU em razão da área e localização do imóvel não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por considerar que tais circunstâncias estão diretamente relacionadas à capacidade contributiva do contribuinte. De igual modo, manifestou-se pela impossibilidade da cobrança de taxas de iluminação pública e coleta de lixo, por considerar que tais taxas remuneram serviços públicos executados em benefício da população em geral, inviabilizando a cobrança desses tributos, por força do art. 145, II, § 2º, da Constituição da República (ACi 2007.001.49053-RJ).

Boa-fé de adquirente de mercadoria importada impede pena de perdimento do bem em decorrência de sua irregular entrada no País.

Em recente decisão proferida em Embargos de Divergência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que se presume a boa-fé de adquirente de mercadoria importada, dentro do território nacional, desde que mediante nota fiscal emitida por empresa regularmente estabelecida do ramo do comércio de produtos importados. Segundo entendimento do Tribunal, não se pode exigir que o comprador de mercadoria estrangeira faça investigação acerca da legalidade ou não da importação, antes de efetuar a compra. Exige-se apenas que a compra tenha sido feita legalmente, mediante nota fiscal, emitida por firma regularmente estabelecida, o que por si só gera a boa-fé do adquirente, cabendo ao fisco prova em contrário (ED em REsp 535.536).

Desconsideração da personalidade jurídica em execução fiscal.

Em relação à desconsideração da personalidade jurídica, no que diz respeito às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que apenas o patrimônio da sociedade é que responde pelas dívidas contraídas, sendo que a responsabilização pessoal dos sócios constitui exceção, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional. Assim, a importância do princípio da autonomia patrimonial leva a aplicar a desconsideração com cautela, apenas em casos excepcionais, atendidos determinados requisitos. Vale dizer, a regra é que prevaleça o princípio. Tais requisitos são bem específicos referindo-se basicamente ao desvirtuamento no uso da pessoa jurídica (AI 565.301-5/3-00-SP).

Não-incidência de ICMS em produtos educacionais.

Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a importação de bens para uso e consumo próprio feito por Instituição de Assistência Social, não enseja incidência de ICMS. Fundamentou a decisão utilizando dois argumentos. O primeiro diz respeito ao art. 155, II, da Constituição da República, que determina que o ICMS incide apenas quando o bem for adquirido com a intenção de revenda, visando lucro. O segundo, também na Constituição Federal, no art. 150, VI, segundo o qual há imunidade sobre qualquer imposto relativo a patrimônio, renda e serviço das instituições educacionais e de assistência social, sem fins lucrativos. Razão pela qual, respeitados os requisitos do art. 14 do CTN, tais instituições estão imunes a tal imposto (AP 70015831969-RS).

Prescrição da execução fiscal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que, no caso específico da Contribuição de Melhoria, cujo lançamento se dá por ofício, a notificação do contribuinte ocorre com o recebimento do carnê. Caso não haja confirmação do recebimento, a contagem do prazo prescricional se inicia no dia seguinte ao vencimento da obrigação. Após cinco anos, sem que a fazenda pública execute o contribuinte, faz-se necessário o reconhecimento da prescrição, mesmo que a Lei de Execuções Fiscais, em seu art. 2º, §3º, suspenda o prazo prescricional por 180 dias, já que o CTN é norma que se sobrepõe a LEF (ACi 439.872-9-PR).