

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FABIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Os efeitos jurídicos da morte do usufrutuário de ações no tocante aos dividendos e bonificações (Da interpretação do art. 205 da Lei das Sociedades Anônimas) — Arnaldo Wald 5
- A representação na conclusão dos contratos mercantis — Elisabeth Kasznar Fekete 16
- As cláusulas gerais do contrato na República Federal da Alemanha — Gabriel F. Leonardos 31
- As Bolsas de Valores no Brasil — Luiz Eduardo Martins Ferreira 45
- O anteprojeto da CVM para a reforma da Lei de Sociedades por Ações Brasileira — Waldírio Bulgarelli 58
- A atividade de resseguros à luz da Constituição — Fábio Konder Comparato 63

JURISPRUDÊNCIA

- Sociedade Anônima — Direito de retirada — Recesso de dissidente — Lei Lobão: Um precedente judicial — Paulo Salvador Frontini 71

ATUALIDADES

- A contribuição ao Finsocial e a Lei Complementar 70/91 — João Luiz Coelho da Rocha 79
- Comentários sobre o novo Código do Consumidor — Lei 8.078/91 — Maria Clara V. A. Maudonnet 83
- A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor — Newton de Lucca 89

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 101

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTA NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

ELISABETH KASZNAR FEKETE

Advogada em São Paulo, ganhadora do Prêmio Tullio Ascarelli de Monografias, primeiro lugar, concedido pelo Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli, em 1987.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito da Universidade de Paris.

GABRIEL F. LEONARDOS

Advogado em São Paulo.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

LUIZ EDUARDO MARTINS FERREIRA

Consultor Jurídico da Bolsa de Valores de São Paulo.

MARIA CLARA V. A. MAUDONNET

Advogada no Rio de Janeiro.

NEWTON DE LUCCA

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PAULO SALVADOR FRONTINI

Doutor em Direito pela USP. Professor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo. Membro do Ministério Público em São Paulo, aposentado. Procurador-Geral da Justiça (1983-1987).

WALDIRIO BULGARELLI

Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Comercial da USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

ATUALIDADES

A CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL E A LEI COMPLEMENTAR 70/91

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Um dos grandes questionamentos de ordem jurídico-tributária procedentes à Carta Constitucional de 1988 se centrou na pertinência ou na impertinência da cobrança das contribuições para o FINSOCIAL previstas nas Leis 7.738 e 7.787 e seus desdobramentos.

Criado originalmente sob a ordem constitucional anterior, por meio de Dec.-lei 1.940/82, esse débito ao FINSOCIAL viu-se objeto de decantação jurisprudencial prevalente como tendo natureza de contribuição social.

A extensa consideração jurisprudencial e doutrinária sobre a real matriz jurídica desse tipo de ônus, viu-se resolvida, entre nós, a nível de ordenamento positivo, com a sua indisfarçável classificação como espécie tributária (qualificada no art. 149 da Carta Magna), um tipo particular de tributo inscrito no sistema tributário nacional (Cap. I, Tít. VI da Constituição).

Daí, dessa indesmentível submissão do novel tributo aos princípios constitucionais norteadores das imposições tributárias, é que derivou a extensa divergência entre a Fazenda Federal — o tributo é, nos termos do citado art. 149, exclusivo da União — e uma gama enorme de contribuintes, dimensão em que foi levada, em milhares de ações declaratórias, mandados de segurança, medidas cautelares, à cognição do Poder Judiciário.

Sim, porque — e estamos agora cuidando do ponto central de direito abordado nessas questões — se o dispositivo constitucional instituidor (art. 149) determinava expressamente, na origem das contribuições sociais, a observância do art. 146, III da Carta, e este último tratava da deferência exclusiva à Lei Complementar para a definição de tributos e suas espécies, e definição de fator gerador bases de cálculo e contribuintes dos impostos ali criados, o que se deveria concluir é que somente por lei complementar se poderia instituir contribuições sociais e tratar de seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Sempre se opondo ao cabimento jurídico da exação inscrita naquelas Leis 7.738 e 7.787 havia ainda quem entendesse a contribuição em tela — sob o quadro constitucional anterior — como um verdadeiro imposto na esteira do que capitulou a respeito o STF em acórdão prolatado no RE 103.778-DF. Na verdade, dita contribuição envolveria dois impostos, um novo, abrangido pela competência residual da União, incidente sobre a receita bruta, e outro enquadrável como adicional ao imposto de renda, em relação às empresas prestadoras de serviços.

Partindo-se então desse princípio, verificava-se que a contribuição — até ali um imposto, na verdade — não teria sido recebida na nova Carta, já

que esta fixou os impostos em espécie atribuídos a cada unidade política, nenhum assemelhado ao imposto FINSOCIAL.

Eis que por iniciativa do Executivo o Congresso Nacional promulga enfim em dezembro de 1991 a LC 70 onde se cria (art. 1.º) uma contribuição social à conta do FINSOCIAL, definindo ali contribuintes, fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo.

Atenta a especificidade constitucional do tributo, particularmente naquilo que se dispõe no art. 195, § 7.º da Lei Maior, a LC 70/91 já declara a sua entrada em vigor 90 dias após a sua promulgação.

Ainda procurando remediar o debilitado quadro jurídico até ali vigente quanto à constitucionalidade da cobrança daquela contribuição, a lei qualificada declara (art. 9.º) subsistentes — e pois por ela convalidadas — as disposições legais pretéritas sobre tal tributo, incorporadas na lei de custeio da Previdência Social (Lei 8.212/91).

Naturalmente que a barreira constitucional à retroação das leis — mesmo, é claro, leis complementares — consagrada nos paradigmas do art. 5.º, XXXVI da Lei Maior, impede que haja efeitos “en arriére” das novas regras, daí por que até a edição dessa Lei Complementar não há que se cogitar de legalidade na cobrança do FINSOCIAL do modo como queria a Fazenda, sendo de se observar, com muita propriedade, que o argumento até ali usado, pela inconstitucionalidade da cobrança à falta então de Lei Complementar, fica reforçado, a nosso ver, a nível mesmo de inevitável acolhimento no Judiciário, pelo eloqüente reconhecimento do Poder Tributante de que havia precisão de lei qualificada no tratamento do tributo.

Contudo, agora convalidada a matéria sob a forma constitucionalmente hierarquizada da lei complementar, o tributo a rigor passará a ser exigível legitimamente. Estamos em que, existindo a carência temporal — substituta específica da anualidade nessa hipótese, conforme art. 195, § 7.º da Carta — de 90 dias, as regras da LC 70 que tratam do tributo somente a contar daquele termo ganham vigor, motivo pelo qual nesse interregno após a edição da Lei, sequer a declarada (art. 9.º) consolidação das regras anteriores, terá eficácia.

Ou seja, de nada adianta a nova lei declarar que as regras pretéritas sobre o FINSOCIAL são válidas e assim continuam até a entrada em exigência da contribuição por si criada, simplesmente porque quanto a eventos pretéritos a ela a Lei Complementar não se aplica e quanto aos futuros, tratando-se, como é o caso, de contribuição social, somente após 90 dias ela adquire exigibilidade.

De toda maneira, passados tais 90 dias da edição da LC 70 a nova contribuição do FINSOCIAL teria enfim vigência tranqüila, e exigibilidade certa, supridos que terão sido os defeitos matriciais que até ali embargavam a juridicidade do tributo tal como então tratado.

No entanto, a recorrência à raiz constitucional do tributo não nos deixa convencidos quanto à sua efetiva legalidade mesmo que envolva a sua criação na forma qualificada da Lei Complementar.

Dispõe o art. 195 da Constituição de 1988: “Art. 195 — a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro

.....

Bem, aí está a previsão constitucional para a existência de contribuições chamadas sociais, que se destinam a prover a seguridade social no país.

Outros itens desse art. 195 cuidam de contribuições de igual natureza impostas aos trabalhadores, incidindo sobre seus salários, honorários e outros recebimentos e ainda incidindo sobre a receita de concursos de prognósticos.

No tocante aos empregadores, contudo, as contribuições sociais previdenciárias são de três ordens:

— uma incidindo sobre a folha de salários, e aqui nos reportamos àquela que as empresas recolhem ao IAPAS em contrapartida aos valores descontados das massas salariais.

— outra incidindo sobre o lucro e aí encontramos aquela contribuição criada pela Lei 7.689/88.

— outra enfim, incidindo sobre o faturamento, e nesta hipótese temos a contribuição para o PIS/PASEP objeto de trato legislativo específico.

Não nos parece hoje haver dúvida quanto à natureza de contribuição social desse ônus do recolhimento à conta do PIS/PASEP, e a própria LC 70/91, pelos termos inequívocos de seu art. 1.º, demonstra reconhecer tal fato.

Pois se já existe uma contribuição social sobre o faturamento das empresas, não entendemos que haja autorização constitucional para que outra seja criada atendendo à mesma base de cálculo. Muito ao contrário, a simples leitura do texto do art. 195, I nos leva a crer que os constituintes

ali estão falando de três contribuições sociais onerando os empregadores, uma sobre a folha de salários, uma sobre o faturamento e uma sobre o lucro.

Aliás se concedesse a Carta a criação de duas contribuições sociais sobre o faturamento das empresas estaria ela se contradizendo, afrontando a sua própria norma do art. 195, § 4.º.

Sim, dita esse último dispositivo que a lei pode criar outras fontes de custeio da previdência social, outras contribuições sociais, “obedecido o disposto no art. 154, I”. Ora, o art. 154, I, da Constituição, é o seguinte:

“A União poderá instituir: I — Mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos disciplinados nesta Constituição”.

O que a Lei Maior quer portanto é que as contribuições sociais ou outras fontes de custeio previdenciário sejam criados por Lei Complementar e não tenham identidade com fato gerador ou base de cálculo de outras já existentes.

Não há como se admitir portanto que a mesma Constituição, tão ciosa em proibir a incidência de contribuições sociais distintas sobre a mesma base de cálculo ou fato gerador criasse ela mesma na origem tributos padecendo desse vício.

Não há como negar pois a existência do tributo devido à conta do PIS/PASEP. Não se pode desmentir que a própria LC 70 o reconheceu, pelos termos de seu art. 1.º, como uma verdadeira contribuição social. Se há quem argúa que o produto do recolhimento à conta do PIS/PASEP representa um pecúlio atribuído aos trabalhadores, não propriamente um aporte à caixa dos órgãos da previdência,

tal circunstância não elide a inegável natureza previdenciária da prestação, já que se cuida de provisões para futuras necessidades — aposentadoria e outras eventualidades — do interessado, de modo chancelado pelo Estado, caracteres básicos da instituição da Previdência nas sociedades modernas.

A conclusão a que chegamos assim é a de que no seu afã tributante, nessa sofreguidão interminável de buscar fontes de custeio da sua tão vilipen-

diada tessitura previdenciária a União Federal continua atropelando os limites constitucionais.

Mesmo essa LC 70, nascida de iniciativa sua, ela não consegue criar uma fonte tributária legítima para custear o almejado FINSOCIAL, no que está instituindo, contra as barreiras da Lei Magna, uma contribuição incidente sobre o faturamento das empresas, sem embargo de já existir outra legalmente exigível.