

RETROSPECTIVA JURÍDICA 2019

Coordenação:

Daniela Silveira Lara

Fábio Appendino

Marciano Seabra de Godoi

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

APRESENTAÇÃO

Em textos sucintos, objetivos e multidisciplinares, os profissionais do Escritório Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados vêm oferecer a seus clientes um resumo do que ocorreu de mais relevante e impactante no meio jurídico empresarial em 2019.

Na construção desta Retrospectiva, ora se analisam normas legislativas (como a Lei da Liberdade Econômica), ora se comentam decisões do STF, do STJ, do CARF e outros órgãos administrativos, ora se avaliam atos editados pelo Poder Executivo no ano passado, como a Portaria da PGFN que regulamentou a transação na cobrança da dívida ativa da União. Há também estudos e análises voltados para temas ainda em discussão no Congresso Nacional e que terão, provavelmente em 2020, desdobramentos de grande impacto, tais como a nova Lei Geral das Concessões, o novo Marco Legal do Saneamento Básico e a tão esperada (e sucessivamente adiada) Reforma Constitucional Tributária.

Tal como se espera de um escritório com atuação global, diversos artigos são voltados a questões internacionais, como a análise dos principais avanços do compliance internacional em 2019 e as consequências jurídicas da recente interrupção da fabricação da aeronave Boeing 737-800 Max.

Que esta Retrospectiva possa contribuir para um início de ano bem-informado, proativo e promissor para todos os nossos clientes – eis o principal objetivo do Escritório Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados com a presente publicação.

Marciano Seabra de Godoi

SUMÁRIO

4 | **AERONÁUTICO**

8 | **AMBIENTAL**

16 | **COMÉRCIO INTERNACIONAL
E ADUANEIRO**

23 | **COMPLIANCE**

30 | **CONSUMIDOR**

34 | **CONTRATUAL**

44 | **IMOBILIÁRIO**

48 | **PREVIDENCIÁRIO**

62 | **PROPRIEDADE
INTELLECTUAL**

66 | **REGULATÓRIO E
INFRAESTRUTURA**

92 | **SOCIETÁRIO**

109 | **TECNOLOGIA E
INOVAÇÃO**

116 | **TRIBUTÁRIO
INTERNACIONAL**

129 | **TRIBUTÁRIO
NACIONAL**

181 | **PROCESSO
TRIBUTÁRIO**

197 | **TENDÊNCIAS
2020**



4 | AERONÁUTICO

7

**PERSPECTIVAS JURÍDICAS RELATIVAS
À INTERRUÇÃO DA FABRICAÇÃO DA
AERONAVE BOEING 737-800 MAX**

01 ■

Perspectivas jurídicas relativas à interrupção da fabricação da aeronave Boeing 737-800 Max

Os anos de 2018 e 2019, para o setor aeronáutico brasileiro, foram de grandes mudanças, principalmente com a abertura para o capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras e a intensificação das privatizações aeroportuárias. Entretanto, mesmo com as mudanças positivas ocorridas, o que mais atraiu os holofotes da mídia foram os acidentes com as aeronaves Boeing 737-800 Max, fabricadas pela empresa norte-americana Boeing.

O primeiro acidente ocorreu em 29 de outubro de 2018, na Indonésia, quando um avião da Companhia Lion Air caiu e deixou 189 mortos. Em menos de 5 meses do primeiro acidente, a cena se repetiu, no dia 10 de março de 2019, na Etiópia, desta vez com a Companhia Ethiopian Airlines, deixando 157 mortos.

Segundo informações divulgadas pela imprensa brasileira e estrangeira, após as investigações ainda inconclusivas, os dois acidentes ocorreram em situações semelhantes, quando as aeronaves estavam em voos de baixa altitude, tendo os pilotos tentado levantar a proa do avião, supondo-se um travamento do sistema operacional automático.

Neste modelo de aeronave, considerado uma versão avançada do Boeing 737, foi instalado um Software de Controle (MCAS) que deveria corrigir os erros detectados durante os voos para evitar que o avião perdesse sustentação e ocorressem acidentes. Entretanto, o software que foi instalado para melhorar o desempenho das aeronaves nos voos teve uma atuação negativa, sendo inclusive impossível que os pilotos o desativassem durante a ocorrência dos erros, pelo que indicaram as investigações.

Diante dos resultados inconclusivos em se apontarem as reais causas dos acidentes, diversos países paralisaram a utilização do Boeing 737-800 Max desde março de 2019, tendo ainda a Agência de Aviação dos Estados Unidos (FAA), órgão semelhante à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), se manifestado sobre o

MCAS, informando acerca da falta de clareza da segurança nos voos realizados com o Boeing 737-800. Com a manifestação do FAA, a indústria aeronáutica se mostrou receosa, impondo-se a proibição das operações aéreas de todas as aeronaves do referido modelo. Cerca de 400 equipamentos em todo o mundo, sendo 7 deles no Brasil (operados pela Gol Linhas Aéreas), foram forçosamente aterrados.

O americano The Wall Street Journal publicou uma reportagem divulgando a informação de que a Agência de Aviação dos Estados Unidos (FAA) já havia feito um estudo sobre a aeronave e concluído que ocorreriam 2 acidentes a cada 3 anos, semelhantes aos da Indonésia e Etiópia. Essa informação divulgada pelo jornal americano deixou claro que teria havido uma falta de atuação efetiva do órgão regulador junto à fabricante Boeing, gerando discussões inclusive no Congresso Americano, onde um deputado chegou a imputar conduta negligente ao órgão regulador.

Com toda repercussão negativa após a ocorrência dos acidentes, a fabricante norte-americana decidiu, recentemente, interromper a fabricação da aeronave, emitindo um comunicado formal no dia 16 de dezembro de 2019, informando ainda que faria a entrega dos aviões que já estariam estocados, visto que a produção não havia sido interrompida até aquele momento, tendo sido produzidas 42 aeronaves por mês até então. Diante da interrupção na fabricação do Boeing 737-800 Max, estima-se um prejuízo anual de US\$ 9 bilhões, tendo ainda as ações da fabricante norte-americana perdido 25% do seu valor.

Em razão da paralisação na fabricação do Boeing 737-800 Max, prevê-se que haverá um impacto negativo no setor aeronáutico mundial, visto que a entrega de cerca de 4000 pedidos ficará prejudicada no ano de 2020 e subsequentes. No Brasil, o impacto será nas operações da empresa Gol Linhas Aéreas, que teve de aterrar 7 aeronaves da sua frota e reformular sua malha e itinerários para atender as demandas do mercado.

Diante de tal situação, possivelmente haverá diversas demandas judiciais e até mesmo procedimentos arbitrais movidos em desfavor da fabricante norte-americana Boeing, visto que a empresa é a maior fornecedora de aeronaves do mundo e, diante deste cenário, o mercado, que seria fomentado com pelo menos mais 4.000 aeronaves do modelo Boeing 737-800 Max terá que ser suprido por outros modelos de aeronave, abrindo-se um leque para a concorrência.

Em contrapartida à crise que afetará a fabricante Boeing, a europeia Airbus possivelmente terá um crescimento exponencial nas vendas e fabricação de equipamentos semelhantes em performance ao modelo descontinuado pela empresa norte-americana.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Ricardo Alvarenga e Henrique Pieroni.



8 | AMBIENTAL

1

**2019: UM ANO DESAFIADOR PARA A
PROTEÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL**

2

RAISING AMBITION FOR CLIMATE ACTION

01.

2019: um ano desafiador para a proteção ambiental no Brasil

As questões ambientais no Brasil ganharam, durante o ano de 2019, uma grande relevância na mídia em razão de diversos eventos de grande magnitude.

Em janeiro de 2019, houve o rompimento de uma barragem de mineração em Brumadinho/MG, que causou severos impactos na região, e acabou por fomentar grandes discussões sobre a segurança dessas estruturas, culminado na edição de diversas leis e normas com o objetivo de aprimorar o arcabouço regulatório.

Com a divulgação pelo Instituto Nacional de Pesquisas (INPE) dos dados de desmatamento na Amazônia, no final de julho, que apontaram um aumento significativo do desmatamento e das queimadas na região, o País se viu em meio a uma grande polêmica, inclusive no cenário internacional.

Já em setembro, foi a vez das praias de parte do litoral do país serem atingidas por manchas de petróleo cru, caso ainda sob investigação. Pelo menos 900 praias foram atingidas, tanto na região do Nordeste, quanto no Espírito Santo e Rio de Janeiro, afetando a biodiversidade marinha, a economia local, o turismo, a saúde e o bem-estar da população.

O ano de 2019 também trouxe algumas novidades legislativas que são relevantes na esfera ambiental. O Decreto Federal nº 9.760/2019, editado em 11 de abril, trouxe alterações a alguns dispositivos do Decreto Federal nº 6.514/2008, que é a norma que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

As alterações são relativas à conversão das multas ambientais em serviços de preservação e melhoria ao meio ambiente e estabelece a conciliação nos referidos processos administrativos.

A finalização do marco regulatório da Política Nacional de Biocombustíveis, com

a publicação de diversas normas, representa um grande avanço no ano que passou, permitindo que o Programa Renovabio pudesse entrar em operação em 24 de dezembro. Foram regulamentadas as metas compulsórias anuais de redução de gases causadores de efeito estufa para a comercialização de combustíveis (Decreto Federal nº 9.888/2019 e Resolução CNPE nº 15/2019), com a individualização das referidas metas (Resolução ANP nº 791/2019). Também foram estabelecidos os procedimentos para escrituração, registro, negociação e aposentadoria dos Créditos de Descarbonização – CBIOs, através da Portaria MME nº 419/2019, e, por fim, a edição da Portaria ANP nº 802/2019, que estabelece os procedimentos para geração do lastro necessário para emissão primária de CBIOs. Com a entrada no ambiente de produção da Plataforma CBIO, há grande expectativa para o mercado de negociação desses ativos, que tem previsão de movimentar uma quantia de R\$ 2,6 bilhões por ano.

Em novembro, às vésperas do início da Conferência das Partes do Acordo do Clima da Organização das Nações Unidas (COP25), o Governo Federal publicou uma série de decretos, relacionados à governança ambiental de questões ambientais e climáticas (Decretos Federais de nº 10.140 a 10.145/2019). O Decreto Federal nº 10.140/2019 instituiu o Programa para Áreas Protegidas da Amazônia, e o Decreto nº 10.141/2019 instituiu o Comitê Nacional das Zonas Úmidas. Os demais decretos regulam: i) comissão executiva para formulação de políticas estratégicas de controle do desmatamento ilegal (Decreto nº 10.142), ii) Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Decreto nº 10.143), iii) Comissão Nacional do Programa para Redução de Emissões de gases de efeito estufa provenientes do desmatamento e da degradação florestal (REDD+) (Decreto nº 10.144), e iv) Comitê Interministerial sobre a Mudança do Clima (Decreto nº 10.145).

Para o ano de 2020, a grande expectativa é a votação do PL nº 379/2004, que cria a Lei Geral de Licenciamento Ambiental, hoje em sua 4ª versão tramitando na Câmara dos Deputados. A promessa do referido projeto de lei é a desburocratização do processo de licenciamento ambiental, e o estabelecimento de regras que trariam segurança jurídica, tanto para as empresas quanto para

os administradores públicos.

Entretanto, a proposta em discussão ainda divide os deputados, principalmente no que tange à criação de uma licença ambiental por adesão, chamada de Licença por Adesão e Compromisso (LAC), em que o empreendedor preenche apenas uma autodeclaração, e da utilização do Cadastro Ambiental Rural (CAR) válido como licença ambiental.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Thiago Pastor Alves Pereira e Ana Paula Chagas.

02. ■

Raising Ambition for Climate Action

The Special Report on Global Warming released by the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) on October 2018 put a lot of pressure in the year of 2019. The IPCC accepted the invitation in 2016, deciding to prepare this report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to end poverty.

The report was considered a major source of tension. Parties had agreed to develop and finalize the Paris Rulebook at COP24, in December 2018. Whilst the Paris Agreement had provided the framework for international action, the Rulebook would set this Agreement in motion by laying out the tools and processes to enable its full, fair, and effective implementation. Despite settling on large parts of the Paris Rulebook, Parties failed to agree all the rules, pushing part of the process onto COP25.

The year of 2019 began with great pressure in the Parties of UN Framework of Climate Change, as well as the growth of a resilient youth movement willing to fight against climate change. With global emissions reaching record levels, leaders met in New York during September for the Climate Action Summit with concrete, realistic plans to enhance their nationally determined contributions by this year of 2020, not only to reduce emissions by 45 percent over this decade, but also to net zero emissions by 2050. The Climate Action Summit and the Climate Youth Summit succeeded in focusing the attention of world leaders, from government, the private sector and civil society, on the urgency for action to address the climate emergency.

This movement became a great place for people from civil society who have similar environmental ideals. By recalling this summit in NYC and bringing to light some important decisions of prior Conferences of Parties, the 2019 UN Climate Change Conference, held in Spain in December 2019 under the

presidency of Chile, ask for more ambition. Considering IPCC reports on climate scenarios (including report on climate change and land and the report on ocean and cryosphere), it was clear that the 1.5 degree scenario could not be achieved without raising ambition at various levels of development. The message was very clear, this is the time for action. Raising ambition was about joining forces and building consensus at strategic and operational levels, from international to local communities.

Important issues were on the table, as the complex rules for carbon markets (on which Brazil strongly held its position); a common timeframe for Parties to communicate national climate pledges; the real meaning of collective goal to provide climate change financing by 2020; and, finally, the hesitation into the global stocktake procedures to set a long-term pledge-and-review cycle related to national ambition. Raising ambition in climate action became more than essential.

During COP25, following the youth movement, five hundred thousand people protested for climate change justice in the streets of Madrid. Despite climate change deniers, protests have shown that science may have good chance of prevailing.

According to independent analyses by NASA and the National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA) released few days ago, Earth's global surface temperatures in 2019 were the second warmest since modern recordkeeping began in 1880. Globally, 2019 temperatures were second only to those of 2016 and continued the planet's long-term warming trend: the past five years have been the warmest of the last 140 years.

Carbon dioxide levels in the air are at the highest point since the last 800,000 years. To avoid 1.5°C according to Paris Agreement, emissions would need to fall by 15 percent a year every year, starting in 2020, until they hit net zero. If not, carbon budget will overload before 2030 and limits will be exceeded.

Unfortunately, despite the leadership shown by vulnerable countries and part of the European Union, COP25 did result in a further increase to political polarization. For instance, Brazil insisted that any emissions reductions from its forests or other projects could be used both for its own Paris targets, as well as by the countries that pay it. Opponents called that double counting and refused to go along.

This does not mean the negotiation is over. Parties are aware that the outcome of COP25 is totally unacceptable in the light of climate emergency. In the halls, people admitted that the painful negotiations reflect broader geopolitical challenges, but that even incremental progress is worth the effort.

For instance, the European Commission announced a climate-neutral Europe by 2050. The strategy shows how Europe can lead the way to climate neutrality by investing into realistic technological solutions, empowering citizens, and aligning action. Admittedly, as it relates to green economy, Brazil may be one of the great beneficiaries of this policy.

During COP25, it was also announced that 73 nations have upgraded their intention to submit an enhanced climate action plan to boost ambition in their national plans by this year of 2020, as established in the Paris Agreement. These countries, plus 398 cities, 786 businesses and 16 investors (including from Brazil) agreed to engage towards achieving net-zero CO2 emissions by 2050. This demonstrates clearly that both state and non-state players recognize the urgent need to take ambitious action to address the climate change emergency.

In terms of climate change and environmental matters, Brazil faced several issues during the year of 2019, such as the forest fires in the Amazon, increase of the annual rate of deforestation and the disastrous oil spill on Brazil's northeast coast. It is still very difficult for people and the government to understand the relationship between extreme events and climate change.

Nonetheless, we have also made some progress. Companies, civil society and part of the governments acknowledge a state of climate emergency. Not only with private investment in the green economy such as urban mobility, sustainable agriculture, renewable energy and new technologies, but also with the active participation of civil society. Through the "Recife Declaration", public and private entities, NGO and academics invited everyone to join specific goals to prioritize compliance with the decarbonization agenda by 2030 and to zero emission by 2050. The signing took place during the Brazilian Climate Change Conference in November 2019, an event we attended.

It is crystal clear to scientists and great part of the international community that action must be taken now. Several local governments have already declared climate emergency. They are committed to drive down emissions at a faster pace. A better understanding of climate change is a matter of time and the events which occurred in 2019 highlight why we need to embrace climate action.

Our team has already adopted the mindset to increase ambition. Over the past year, we have participated in the climate agenda in many ways. We will continue to be part of the climate action community, maintaining efforts to identify challenges and opportunities for our clients.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Rodrigo Sluminsky



16 | COMÉRCIO INTERNACIONAL E ADUANEIRO

1

**A ILEGALIDADE DO ENTENDIMENTO
RESTRITIVO DA RECEITA FEDERAL
DO BRASIL QUANTO À APLICAÇÃO DA
ALÍQUOTA ZERO DE IOF-CÂMBIO NAS
RECEITAS DE EXPORTAÇÃO**

2

**EXCLUSÃO DA CAPATAZIA DO VALOR
ADUANEIRO E O ENTENDIMENTO DO STJ**

01 ■

A ilegalidade do entendimento restritivo da Receita Federal do Brasil quanto à aplicação da alíquota zero de IOF-Câmbio nas receitas de exportação.

Em dezembro de 2018 foi publicada pela COSIT (Coordenação do Sistema de Tributação vinculada à Receita Federal do Brasil – RFB) a Solução de Consulta n. 246, por meio da qual o referido órgão se pronunciou quanto à incidência do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) em operações de câmbio relativas a pagamentos de exportações, quando do recebimento e manutenção dos recursos em conta bancária aberta no Exterior.

Em suma, as conclusões constantes da Solução de Consulta foram no sentido de que (i) não incide IOF quando da manutenção de recursos em moeda estrangeira em instituição financeira fora do país, relativos aos recebimentos de exportações brasileiras, pois nesse caso não ocorre o fato gerador do IOF-câmbio; (ii) no caso de ingresso no país de receitas de exportação de bens e serviços, com operação de câmbio, há o fato gerador do imposto, mas sua alíquota fica reduzida à zero, conforme expressa previsão no art. 15-B, inciso I do Decreto nº 6.306/2007 e (iii) se os recursos inicialmente mantidos em conta no exterior forem, em data posterior à “conclusão do processo de exportação”, remetidos ao Brasil, haverá incidência de IOF-câmbio, à alíquota de 0,38%.

Em relação à não aplicação da alíquota zero quando o ingresso no País dos recursos de exportação recebidos no Exterior ocorrer posteriormente à conclusão do processo de exportação, o posicionamento adotado pela RFB foi alvo de diversas críticas, especialmente por ter inovado no estabelecimento de uma restrição para a aplicação da alíquota zero nestas operações, restrição que não estava prevista no Decreto nº 6.306/2007 que regulamentou o IOF-câmbio.

Na prática, a RFB tentou desmembrar o fato gerador do imposto em questão na hipótese de ingresso no País de recursos de exportação, a depender do momento que isso ocorrer.

Ainda no início de 2019, vários contribuintes que atuam como exportadores foram noticiados por instituições financeiras (responsáveis pela retenção e repasse do imposto aos cofres públicos) de que, a partir de fevereiro, o IOF-Câmbio passaria a ser retido nas hipóteses determinadas pela RFB quando do ingresso de receitas de exportação.

Em razão do iminente risco de que fossem prejudicados em razão deste entendimento restritivo imposto pela RFB, diversos contribuintes ajuizaram ações para evitar a indevida oneração de suas atividades, demonstrando que a RFB teria ultrapassado a sua competência para a regulação da matéria, contrariando a lei e o decreto que regulamenta a exigência de IOF-câmbio nestes casos – na tentativa de tributar, a todo custo, uma operação de câmbio que foi concebida para não ser tributada, com base no próprio Decreto n. 6.306/2007 que dispõe no inciso I do seu art. 15-B que a alíquota do IOF fica reduzida a zero “nas operações de câmbio relativas ao ingresso no País de receitas de exportação de bens e serviços”.

Nesse cenário, foram proferidas diversas decisões favoráveis aos contribuintes para afastar este entendimento restritivo da RFB, não apenas para reconhecer que o referido decreto não abre margem à restrição imposta pela RFB, mas também por ser esta redução uma política constante adotada pelo Poder Executivo Federal nas últimas décadas – de forma que o entendimento da RFB ameaçava não apenas a assertividade da política cambial e monetária idealizada pelo Poder Executivo, mas também o crescimento da economia (pelo desestímulo de ingresso de capital no País) e a competitividade das empresas exportadoras brasileiras em âmbito internacional.

Em seguida, visando a encerrar a polêmica indevidamente iniciada pela RFB, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) emitiu o Parecer SEI nº 83/2019/CAT/PGA/PGFN/ME, em junho de 2019, manifestando-se favoravelmente à aplicação da alíquota zero desde que haja a observância das formalidades e prazos estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN) para a celebração, regularidade e liquidação dos contratos de câmbio atrelados a estas operações.

Com isso, a própria RFB publicou, em 24 de julho de 2019, a Solução de Consulta COSIT nº 231/2019, reformando o seu entendimento anterior (constante na Solução de Consulta COSIT nº 246/2018) e alinhando-se ao entendimento da PGFN, para reconhecer a aplicação da alíquota zero do IOF-câmbio nas

operações de ingresso de recursos decorrentes de exportação cujos contratos de câmbio tenham observado a legislação do CMN e do Banco Central (ou seja, cuja liquidação tenha se dado em no máximo 1.500 dias).

Com base neste novo entendimento, restou consolidado o direito dos contribuintes de não se sujeitarem à incidência do IOF-Câmbio à alíquota de 0,38% nas remessas ao Brasil de rendimentos provenientes de exportação, sendo importante que todos os contribuintes formulem requerimento da restituição dos valores que tenham sido indevidamente retidos durante a vigência da Solução de Consulta COSIT nº 246/2018.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira, Fernanda de Oliveira Silveira e Paula Luiza Germano Santos

02 ■

Exclusão da capatazia do valor aduaneiro e o entendimento do STJ

A Primeira Seção do STJ iniciou, em 12.12.2019, o julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.799.306, 1.799.308 e 1.799.309, afetados à sistemática dos recursos repetitivos, nos quais se definirá a legalidade ou não da inclusão de serviços de capatazia na composição do valor aduaneiro. Os recursos foram interpostos pela Fazenda Nacional com vistas à reforma de decisões do TRF da 4ª Região, que entenderam ser ilegal a exigência da inclusão das despesas com capatazia na base de cálculo dos tributos incidentes sobre o comércio exterior (valor aduaneiro).

O entendimento que será firmado no julgamento dos recursos repetitivos é de grande relevância, uma vez que os valores de capatazia são relevantes nas operações de comércio exterior e impactam a definição do valor aduaneiro, que é a base de cálculo do Imposto de Importação, das Contribuições ao PIS e à COFINS sobre importações, além de compor o cálculo do IPI e do ICMS incidentes em operações de importação.

Denomina-se capatazia a atividade portuária de movimentação das mercadorias dentro do porto, conforme inciso I do §1º do artigo 40 da atual Lei dos Portos (Lei nº 12.815/13). A controvérsia decorre da determinação constante do §3º do artigo 4º da Instrução Normativa SRF nº 327/03, no sentido de que “[...] os gastos relativos à descarga da mercadoria do veículo de transporte internacional no território nacional serão incluídos no valor aduaneiro, independentemente da responsabilidade pelo ônus financeiro e da denominação adotada”.

Para o cálculo do valor aduaneiro, devem ser observados o Acordo de Valoração Aduaneira (AVA), internalizado pelo Decreto nº 1.355/94, em conjunto com os artigos 77 e 79 do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/09). Os contribuintes argumentam que o conceito de valor aduaneiro delimitado pelo AVA e reproduzido pelo Regulamento Aduaneiro corresponde ao valor da transação de comércio internacional, observados os ajustes exclusivamente previstos no

artigo 8 do AVA e no art. 77 do Regulamento Aduaneiro, que somente admitem a inclusão das despesas incorridas no curso do transporte internacional (até o porto ou o aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado), nele não se incluindo as despesas realizadas em território nacional.

Os gastos incorridos já em território nacional, após a chegada da mercadoria no porto ou aeroporto, não se referem ao transporte internacional, mas sim ao transporte interno, sendo, portanto, dissociados do valor aduaneiro, uma vez que não se agregam ao montante pago pelo importador para viabilizar a chegada da mercadoria ao recinto alfandegário brasileiro.

No julgamento dos Recursos Repetitivos, o Ministro Relator Gurgel de Faria votou por negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, sob o fundamento de que a jurisprudência da 1ª e 2ª Turmas da Primeira Seção do STJ é pacífica no sentido de que a capatazia não compõe o valor aduaneiro, tendo a IN 327/03 extrapolado as previsões do Regulamento Aduaneiro, ao estabelecer a sua inclusão da valoração aduaneira. Isso porque o Regulamento Aduaneiro e o AVA somente autorizam a integração ao valor aduaneiro dos custos incorridos durante o transporte internacional, o que exclui as despesas de movimentação realizadas no território nacional. Haveria, dessa forma, afronta ao princípio da legalidade tributária estrita positivado pelos artigos 97 do CTN e 150, I, da CF/88.

O Relator finalizou seu voto consignando que não estariam presentes os requisitos exigidos para a eventual modulação dos efeitos da decisão a ser proferida pela Primeira Seção e propôs a fixação da seguinte tese: “as despesas de capatazia não se incluem no valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, porquanto se relaciona com a movimentação de mercadorias importadas e descarga de embarcações, após a sua chegada ao porto ou aeroporto alfandegário”.

O julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Francisco Falcão.

Destacamos que a discussão já foi analisada pela 1ª e 2ª Turmas do STJ, que, ora por maioria de votos, ora à unanimidade, tem entendido pela ilegalidade da inclusão das despesas com capatazia na valoração aduaneira .

Até 2017 percebia-se uma oscilação nos votos dos Ministros, não sendo possível falar em uniformização da jurisprudência do STJ sobre o tema. Contudo, após o

juízo do REsp nº 1.528.204 pela 2ª Turma do STJ, ocorrido em 09/03/17, a jurisprudência se consolidou no sentido da ilegalidade da inclusão da capatazia no valor aduaneiro, sendo os acórdãos favoráveis aos contribuintes proferidos de forma unânime por ambas as turmas que compõem a Primeira Seção.

Não obstante a aparente uniformização do entendimento acerca da matéria, não é possível afirmar, com certeza, que a discussão se encerrará de forma favorável aos contribuintes, uma vez que os Ministros podem, eventualmente, alterar o seu entendimento. Entretanto, temos a expectativa de que a Primeira Seção do STJ confirme o seu entendimento anterior, que exterioriza a melhor interpretação da legislação aplicável à hipótese.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso e Anthéia Aquino Melo



23 | COMPLIANCE

1

**ANTICORRUPÇÃO GLOBAL E PUNIÇÕES
EXTRATERRITORIAIS: O FOREIGN EXTORTION
PREVENTION ACT (FEPA) EM DEBATE NO
CONGRESSO NORTE-AMERICANO**

2

**OS AVANÇOS DO COMPLIANCE NO BRASIL E
NO EXTERIOR**

01.

Anticorrupção global e punições extraterritoriais: o Foreign Extortion Prevention Act (FEPA) em debate no Congresso norte-americano

“Currently, a [U.S.] business being extorted for a bribe can only say ‘I can’t pay you a bribe because it is illegal and I might get arrested,’” “This long-overdue bill would enable them to add, ‘and so will you.’” Rep. John Curtis (R-UT), one of the FEPA’s co-sponsors.

As regras antissuborno da **Foreign Corrupt Practices Act - FCPA** proíbem empresas e indivíduos norte-americanos e empresas internacionais listadas nas bolsas de valores dos EUA de pagarem propinas a funcionários públicos estrangeiros para promoção de seus negócios. Esta vedação da FCPA estende-se aos conselheiros, executivos, empregados, agentes, acionistas, entre outros, independentemente de sua nacionalidade ou residência. A jurisdição territorial norte-americana também alcança terceiros envolvidos em práticas de corrupção, se de alguma forma o crime ocorreu dentro dos EUA (viagens ou utilização de agentes, uso do sistema financeiro, de meios de comunicação ou de internet nos EUA etc.).

A FCPA não atinge diretamente agentes políticos ou funcionários públicos estrangeiros que exigiram ou receberam subornos exclusivamente em seu país de origem e sem qualquer conexão com a jurisdição dos EUA. No passado, tribunais dos EUA já haviam limitado a extensão da FCPA para abarcar tais práticas desonestas extraterritoriais (por ex., em U.S. v. Hoskins, 2d Cir., em 2018; e também U.S. v. Castle, 5th Cir., em 1991). Em face de tais vedações, o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ, equivalente ao Ministério Público no Brasil) buscou processar servidores públicos estrangeiros corruptos com base na legislação geral contra a lavagem de dinheiro ou antifraudes, mas nestes casos também é exigido algum nexos territorial entre o crime praticado no exterior e a jurisdição norte-americana.

Mas isto poderá mudar, conforme avance um novo projeto de lei antissuborno nos EUA.

A proposta concebida pela Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira (H.R.4140 - **Foreign Extortion Prevention Act - FEPA**, 116th Congress, 2019-2020), em debate no Parlamento norte-americano desde agosto de 2019, visa remover limitações fronteiriças no combate à corrupção global. Pretende estabelecer meios legais para permitir processar, nos EUA, funcionários públicos estrangeiros que recebam ou exijam suborno de empresas norte-americanas ou equiparadas no exterior, mesmo quando a ação desonesta não tenha umnexo territorial com aquela jurisdição. Em outras palavras, como informa o Center for the Advancement of Public Integrity (CAPI) da Universidade de Columbia, a FEPA destina-se a permitir e reforçar a aplicação, pelos EUA, de suas normas criminais domésticas sobre atos ilícitos ocorridos no exterior, punindo a extorsão e a corrupção praticadas por funcionários públicos estrangeiros, que exijam ou recebam subornos em troca de realizar ou influenciar ações governamentais em seu país de origem. Portanto, pela FEPA haveria expansão da competência extraterritorial dos EUA para investigar, processar e punir agentes políticos e servidores públicos estrangeiros por corrupção.

A proposta da FEPA nasceu da iniciativa bipartidária de um grupo de deputados Democratas e Republicanos, objetivando combater a corrupção no exterior não mais apenas do lado da “oferta” (ou seja, das empresas corruptoras, os “sujeitos ativos” no pagamento das propinas), mas também atacar o lado da “demanda” (dos funcionários públicos estrangeiros corruptos, os “sujeitos passivos” do suborno). Assim, diferentemente da FCPA e das legislações contra a lavagem de dinheiro e antifraudes, a FEPA não mais exigiria nexoterritorial da ação ilícita do servidor estrangeiro corrupto para ser investigado e processado nos EUA. A competência para punição pelas autoridades norte-americanas se daria pelo simples fato de se ter recebido ou exigido suborno de uma empresa norte-americana ou equiparada no exterior. Embora a eficácia da punição pela FEPA pudesse ser reduzida em razão de o funcionário público estrangeiro não ser, em várias situações, passível de extradição (como no caso de brasileiro nato, por vedação constitucional), a existência do processo e a punição do corrupto pelos EUA teriam efeito dissuasório sobre práticas ilícitas. Seria dificultada a gestão de recursos fraudulentos em praças internacionais e desestimuladas viagens do transgressor ao exterior pelo risco de sua prisão (inclusive preventiva, com base em possíveis investigações sigilosas nos EUA).

Por exemplo, no caso da operação Lava Jato, envolvendo políticos, dirigentes e funcionários de estatais como a Petrobras e a Eletrobras (companhias listadas nas bolsas norte-americanas e, portanto, sob o alcance da FCPA), a FEPA poderia facilitar, conforme o alcance que lhe dê o texto que viesse a ser sancionado, que corruptos não vinculados diretamente às empresas fossem também

processados nos EUA. Assim, além das investigações e processos no território brasileiro, terceiros relacionados à corrupção de empresas listadas nas bolsas norte-americanas correriam o risco de prisão se viajassem para aquele país ou de extradição pelas nações que possuam acordos bilaterais para a remoção forçada de investigados ou criminosos para os EUA.

A proposta da FEPA não alteraria a FCPA, mas sim o Código Penal dos EUA (Title 18 U.S. Code § 201. Bribery of public officials and witnesses), na parte que trata de extorsão e de atos de corrupção praticados por funcionários públicos norte-americanos. Visa, assim, atingir os agentes públicos estrangeiros corruptos não vinculados diretamente às empresas alcançadas pela FCPA. A definição de “funcionário público estrangeiro” na FEPA é ampla e segue aquela da FCPA, abarcando servidores em geral da administração pública direta e indireta, políticos, funcionários de estatais, agências e órgãos públicos dos diversos níveis governamentais etc. A alteração pretendida pela FEPA ampliaria significativamente as categorias de réus potencialmente alcançados pela FCPA, sob o ângulo da punição de extorsão ou de corrupção no exterior pela aplicação do Código Penal dos EUA. De se destacar que a FEPA trata de “ato oficial” praticado pelo funcionário público estrangeiro ou de violação ao seu “dever oficial” com base em corrupção. Isto exigiria a prova, em sentido estrito, de um “ato oficial” praticado (ou indevidamente omitido) em face do suborno por uma empresa norte-americana, conforme orientado pela jurisprudência da Suprema Corte (em *McDonnell v. U.S.*, julgado em 2016). Diferentemente da FCPA, como a FEPA não exigiria nexos territorial com os EUA para se investigar e processar um funcionário público estrangeiro envolvido com suborno de uma empresa norte-americana ou equiparada, o seu alcance extraterritorial seria um tormento a mais para os acusados.

Em suma, a aprovação da Foreign Extortion Prevention Act (FEPA) pelo Congresso norte-americano representaria um importante avanço na ação global antissuborno pelos EUA, aumentando o temor e a possível punição de agentes políticos e funcionários públicos estrangeiros corruptos, na esteira da revolução iniciada com a edição da FCPA, que é a referência mundial no combate à corrupção. *

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral

02 ■

Os Avanços do Compliance no Brasil e no Exterior

Em 2019, *Compliance* e Integridade continuam em rota de amadurecimento em vários aspectos. Reunimos, abaixo, os principais acontecimentos relativos a esses temas no ano de 2019.

Edição de normas regulamentadoras da Lei 12.846/2013 pelos Estados Brasileiros:

Cada vez é maior o número de Estados (20 das 27 Unidades Federativas do País) que editaram normas regulamentadoras da Lei 12.846/2013 (chamada Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção) em seus âmbitos de competência. A média de valor das multas aplicadas é de aproximadamente R\$ 350 mil e as infrações que mais geram Processo Administrativo de Responsabilização - PAR são referentes a violações de licitações e contratos (Art. 5º, IV) e a dissimulações (Art. 5º, III). Os Estados também avançaram na exigência de programas de integridade cada vez mais efetivos como requisitos para participação em licitações, bem como para manter contratos com a Administração Pública.

Novo Marco Legal para Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo (PLD/FT):

Em dezembro de 2019, a CVM publicou a sua Instrução 617/2019, pela qual estabelece um novo marco legal para PLD/FT aplicável às (i) as pessoas naturais ou jurídicas que prestem serviços relacionados à distribuição, custódia, intermediação, ou administração de carteiras no mercado de valores mobiliários, (ii) entidades administradoras de mercados organizados e as entidades operadoras de infraestrutura do mercado financeiro e (iii) as demais pessoas referidas em regulamentação específica que prestem serviços no mercado de valores mobiliários, incluindo escrituradores, consultores de valores mobiliários, agências de classificação de risco, representantes de investidores não residentes; companhias securitizadoras; e (iv) os auditores independentes no âmbito do mercado de valores mobiliários.

A nova Instrução estabelece a Abordagem Baseada em Risco (ABR) como principal instrumento de governança para PLD/FT, bem como introduz uma série de mudanças importantes em termos de *compliance*, quais sejam: (i) a necessidade de avaliação interna periódica de risco de lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo, (ii) maior detalhamento das rotinas relacionadas à política de conhecer o seu cliente (*Know your Client*), incluindo ações voltadas para a identificação do beneficiário final, (iii) atualização dos critérios para classificar investidor como pessoa politicamente exposta, (iv) atualização dos sinais de alerta de operações ou situações atípicas que devem ser objeto de monitoramento, e (v) regulamentação dos deveres derivados da Lei 13.810/2019, que dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. A responsabilidade de implementação e manutenção da política de PLDFT de tais mudanças é do diretor designado. Tal norma dita uma tendência de ampliação dos campos de atuação do *compliance* e integridade, tornando gradativamente obrigatório a todos os tipos de sociedade e abrangendo condutas que vão além dos atos de corrupção.

Proteção ao Whistleblower: Publicado em dezembro de 2019, o Decreto 10.153/2019 dispõe sobre salvaguardas de proteção à identidade daqueles que denunciarem ilícitos praticados contra a Administração Pública Federal. Com a edição do Decreto, todos os órgãos e entidades da Administração Pública deverão dispor de canal centralizado para o recebimento de denúncias, bem como tomar uma série de procedimentos que visem a pseudonimização de elementos de identificação referentes a esses denunciantes, preservando-os por 100 anos.

Departamento de Justiça dos EUA atualiza seus critérios para avaliação de programas de compliance: Em abril de 2019, a Divisão Criminal do Departamento de Justiça norte-americano publicou um documento intitulado “*Evaluation of Corporate Compliance Programs*” (Avaliação de Programas de *Compliance*). Por meio dele, o DoJ orienta, por meio de 12 tópicos, os detalhes, métricas e melhores ações para que os Promotores possam avaliar o nível de efetividade dos programas de *compliance* das empresas investigadas.

Criptomoedas – Maior Tecnologia, Maior Compliance: Publicada em maio de 2019, a Instrução Normativa 1888/2019, da Receita Federal, institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações e outras obrigações acessórias à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, relativas às operações realizadas com criptomoedas. O assunto é tema de polêmica no que tange a obrigações de maior transparência e controles de prestação de contas daqueles que investem nessa espécie de ativos.

Reconhecimentos pelo Compliance: As duas principais premiações nacionais “Empresa Pró-Ética”, realizada pela Controladoria-Geral da União, em parceria com o Instituto Ethos, e o “Selo Mais Integridade”, da Pasta de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (dirigido às empresas e cooperativas do agronegócio), premiaram este ano as empresas que voluntariamente se engajaram na construção de um ambiente de integridade e confiança em suas relações com os demais agentes econômicos. Ambas as iniciativas demonstram que o *Compliance* não só serviu como fonte de obrigações e responsabilidades, mas também como disciplina que, se adotada efetivamente no âmbito das empresas, pode também gerar impacto e reconhecimento positivos à reputação. Para acessar a lista das empresas que receberam reconhecimento, acessar: <https://cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>

PROFISSIONAIS RELACIONADOS:

Luis Gustavo Miranda, Paulo Teixeira Fernandes e Danilo Emanuel Barreto de Oliveira



30 | CONSUMIDOR

1

**NOVA PORTARIA DA FUNDAÇÃO PROCON
DE SÃO PAULO SOBRE AS NORMAS
GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO
SANCIONATÓRIO**

01 ■

Nova portaria da fundação PROCON de São Paulo sobre as normas gerais do processo administrativo sancionatório

A Fundação Procon de São Paulo, instituição vinculada ao governo do Estado de São Paulo e que tem o objetivo de elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, publicou, em 11 de dezembro de 2019, a Portaria Normativa nº 57, que traz inovações ao rito do Processo Administrativo Sancionador do órgão e à aplicação de sanções administrativas para infrações consumeristas. A nova resolução substitui a Portaria Normativa nº 45, de 12 de maio 2015.

A primeira novidade trazida pela Portaria 57/2019 se refere às formas de intimação e ao sigilo dos autos. Com base na antiga regra, apenas as “intimações das decisões” seriam feitas por meio de publicação no Diário Oficial do Estado de São Paulo. Com a nova norma, as “decisões e intimações nos processos administrativos sancionatórios serão publicadas”. Além disso, foi introduzido o sigilo do processo administrativo sancionatório até a decisão final, e a possibilidade de ingresso de terceiro mediante decisão motivada da Diretoria Executiva da Fundação Procon.

A nova portaria também não prevê mais a possibilidade de juntada posterior de documentos mediante pedido fundamentado na Defesa Administrativa, retirando do rito a necessidade de requerer e justificar previamente a pertinência das provas pretendidas, como testemunhal, pericial e afins. Já o recurso administrativo que “não constituir fato novo” poderá ser analisado de forma remissiva com base em manifestação técnica ou parecer jurídico já utilizado na instrução dos autos. O texto também trouxe a possibilidade de retificação de auto de infração em decorrência de vício formal, reabrindo-se o prazo para defesa.

As mudanças mais substanciais introduzidas pela Portaria 57/2019 foram em relação ao cálculo da sanção de multa e demonstram, de certo modo, a

intenção do órgão fiscalizador em elevar ainda mais as penalidades impostas por descumprimento às normas consumeristas.

O novo texto alterou a fórmula do cálculo da pena base e extinguiu a fórmula prevista na Portaria nº 45/2015 para cálculo da receita bruta. Com essa alteração, ainda que limitadas ao teto previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), as multas aplicadas pela Fundação Procon passarão a ser consideravelmente maiores do que as aplicadas na vigência da portaria de 2015.

Isso porque, na fórmula prevista na Portaria nº 45/2015 referente à Receita Bruta (REC), os valores dos faturamentos das empresas investigadas considerados para cálculo da pena base eram reduzidos em praticamente 90% do valor integral. Com a nova portaria, o cálculo da pena base considera o valor integral do faturamento, sem qualquer redução.

Outra alteração muito relevante é a exclusão do dispositivo que previa a possibilidade de utilização do faturamento do local da infração (art. 32, §3º da Portaria nº 45/2015).

As multas impostas pela Fundação Procon são, regra geral, em valor bastante elevado, em razão da utilização do faturamento global das empresas. No âmbito judiciário há importantes vitórias das empresas autuadas com a redução das multas aplicadas, com base na alegação de ausência de proporcionalidade e razoabilidade das multas, bem como na alegação de que o faturamento que deveria ser utilizado para cálculo da pena base seria o do Estado de São Paulo, por ser o local da infração e em razão da competência estadual da Fundação.

Em alguns casos, o Tribunal tem entendido pela aplicação do faturamento estadual, principalmente em razão da previsão do art. 32, §3º da antiga portaria, agora excluído. Assim, haverá uma dificuldade maior na utilização do faturamento restringido ao Estado de São Paulo.

Para comprovação do faturamento das empresas investigadas, não serão mais aceitos inicialmente as guias de informação e apuração de ICMS – GIA e as declarações de arrecadação do ISS. Tais documentos só poderão ser utilizados caso inexistir obrigação legal dos autuados em apresentar os demais documentos previstos na portaria, tais como o Demonstrativo de Resultado do Exercício (DRE), a Declaração do Imposto de Renda com certificação da Receita Federal, ou o comprovante de recolhimento do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (DARF simples).

Em relação às agravantes e atenuantes, as alterações trazidas pelo novo texto são: a) o aumento ou redução da multa em razão da aplicação de agravantes e atenuantes agora poderá ser de 1/6 a 1/3. Na antiga portaria atenuantes e agravantes poderiam aumentar ou reduzir a multa de 1/3 à metade; b) inclusão de duas novas atenuantes: (i) ter o autuado comprovado, no prazo de defesa, a cessação e a reparação dos efeitos do ato lesivo; (ii) a ação do infrator não ter sido fundamental para concepção do fato; e, c) inserção de nova situação como agravante: ter a conduta infratora contrariado enunciado de súmula vinculante administrativa.

Por fim, a Portaria nº 57/2019 exclui a possibilidade prevista na portaria de 2015 de aplicação de multa cominatória nos casos de (i) desobediência à ordem legal na sanção de contrapropaganda e (ii) suspensão temporária de atividade ou suspensão do fornecimento do produto ou serviço, de forma cautelar.

Embora recente e, por isso, ainda não apreciada pelo Judiciário, é possível antever que alguns aspectos da nova Portaria poderão ensejar discussões quanto à sua legalidade/constitucionalidade. É o caso, por exemplo: i) da vedação à juntada posterior de documentos, que poderá implicar restrição indevida à ampla defesa; ii) da decisão da Turma Recursal que se limite a remeter a parte à manifestação técnica ou parecer jurídico já utilizado na instrução dos autos, violando o seu direito ao contraditório efetivo e deixando de observar, por exemplo, ainda que por analogia, o disposto nos arts. 489, §1º, III e IV e 1.021, §3º c/c art. 15, todos do CPC; iii) da modificação dos critérios de fixação de multa, atentando contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; iv) da imputação, ao administrado, da obrigação de se submeter a súmulas administrativas que, por força do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, vinculam apenas os próprios órgãos administrativos.

A nova Portaria do Procon São Paulo certamente será motivo de relevantes debates judiciais, revelando-se importante norma jurídica introduzida no ordenamento no ano de 2019.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Helvécio Franco Maia Júnior, Luís Felipe Bernardes Sá Teles e Ana Carolina Bins Gomes da Silva



34 | CONTRATUAL

1

A ADMISSIBILIDADE DO OFERECIMENTO DO SEGURO GARANTIA PARA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO

2

LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA PROMOVE MAIOR MUDANÇA NO DIREITO CONTRATUAL DESDE O CÓDIGO CIVIL DE 2002

3

OS IMPACTOS DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA NAS DECISÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATOS

01 ■

A admissibilidade do oferecimento do seguro garantia para a suspensão da exigibilidade de crédito não tributário

Relevante decisão foi proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2019 quanto à possibilidade do oferecimento do seguro garantia para a suspensão da exigibilidade de crédito não tributário, como as multas administrativas.

Por meio do acórdão exarado no Recurso Especial nº 1.381.254/PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Mais Filho, a Primeira Turma do STJ se posicionou pelo cabimento da suspensão da exigibilidade de crédito não tributário a partir da apresentação de seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao débito, acrescido de trinta por cento. Com este entendimento, por unanimidade, negou provimento ao Recurso Especial interposto pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que pretendia a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Naquela oportunidade, a ANTT sustentou que a suspensão da exigibilidade do débito apenas poderia ser autorizada por meio do depósito integral e em dinheiro, razão pela qual seria devida a inscrição do nome da parte Recorrida no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional e da Súmula 112 do próprio STJ.

Entretanto, o STJ entendeu inexistir no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal de suspensão de exigibilidade de crédito não tributário, asseverou que os referidos artigo e verbete sumular dizem respeito a crédito de natureza tributária e, distinguindo tributo de multa administrativa, valeu-se da técnica de analogia de integração normativa para equiparar a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia.

Assim, suprindo a lacuna normativa por meio da aplicação analógica do §2º do art. 835 do CPC, bem como do parágrafo único do art. 848 do mesmo diploma legal (que possibilitam a substituição da penhora por fiança bancária ou por seguro garantia), a Primeira Turma concluiu ser cabível a suspensão da exigibilidade do crédito não tributário a partir da apresentação do seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito, acrescido de trinta por cento.

O Ministro Relator ainda destacou que o STJ já havia definido que, para garantir o juízo na execução fiscal, a fiança bancária e o seguro garantia produzem os mesmos efeitos jurídicos que o dinheiro, conforme Recurso Especial nº 1.691.748/PR, de forma que o entendimento ora exposto está em consonância com os artigos 151 do Código Tributário Nacional e 9º, §3º da Lei de Execução Fiscal.

Importante destacar que o acórdão proferido pela Primeira Turma foi objeto de Embargos de Divergência interpostos pela ANTT e, portanto, ainda não transitou em julgado. Entretanto, o precedente do STJ revela o avanço em prol da sedimentação do entendimento a respeito da possibilidade de suspensão da exigibilidade de crédito não tributário por meio do seguro garantia.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luís Felipe Bernardes Sá Teles e Julia Renault Coelho da Silva Pereira

02 ■

Lei da Liberdade Econômica promove maior mudança no Direito Contratual desde o Código Civil de 2002

Promulgação da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874 de 2019) instituiu diversas alterações no Código Civil e na dinâmica das relações privadas.

Com o intuito inicial de incentivar a recuperação da atividade econômica, a premissa da Lei de Liberdade Econômica é diminuir a intromissão estatal no mercado e retirar óbices impostos pelo Poder Público ao livre desenvolvimento de atividades econômicas.

No Direito Contratual isso se traduziu, especialmente, no reforço da autonomia das relações entre os particulares e na redefinição dos limites de interferência do Estado nos contratos civis e empresariais. Apresentamos abaixo as principais mudanças e suas implicações.

Artigo 113 do Código Civil. Com a introdução do §1º e seus incisos ao artigo 113, os negócios jurídicos ganharam novos e importantes critérios de interpretação, que consolidam algumas práticas já sedimentadas pelo mercado (nacional e internacional) e defendidas por parte da doutrina. Importante apontar que as mudanças são aplicáveis a todos os negócios jurídicos, sejam empresariais ou civis.

Esses critérios de interpretação dos negócios jurídicos (incluindo os contratos) são: (i) considerar o comportamento das partes na execução do negócio (evitando comportamentos oportunistas e/ou contraditórios), (ii) verificar a correspondência com usos, costumes e práticas do mercado para aquele tipo de negócio, (iii) estar de acordo com a boa-fé, (iv) beneficiar a parte que não redigiu o dispositivo, e (v) considerar qual seria a razoável negociação sobre a controvérsia, levando em conta as demais disposições do negócio e a racionalidade econômica possível com base nas informações disponíveis no momento da celebração.

Apesar da introdução desses importantes critérios de interpretação, pode-se dizer que a modificação mais impactante se deu com a inclusão do §2º. Por esse dispositivo, passa a ser permitido às partes acordarem livremente regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e integração de negócios diferentes das previstas em lei.

Deve-se esclarecer que esse dispositivo não permite a previsão de termos e condições contratuais que contenham objetos ilícitos, infrações às regras de ordem pública – como crimes e danos a terceiros – e disposições inválidas (partes incapazes, em estado de necessidade, maliciosamente manipuladas ou induzidas a erro, fraudes a credores, simulações de fatos não correspondentes a realidade, etc.).

Artigo 421 do Código Civil. A novidade principal está no parágrafo único, que determina a excepcionalidade da revisão contratual e introduz o princípio da intervenção mínima.

Em suma, o dispositivo implica redução da intervenção estatal nos contratos por meio do Judiciário – dirigismo contratual. Com isso, procura privilegiar a autonomia das partes para serem livres para pactuar as condições que preferirem, sendo responsáveis pelas consequências de suas escolhas.

É uma clara tentativa de valorização da liberdade, de amadurecimento da autonomia privada e de proteção da segurança jurídica, sinalizando aos particulares que os termos e as condições que acordaram serão protegidos e respeitados contra comportamentos oportunistas e contraditórios ou interferências arbitrárias.

Será importante acompanhar como será efetivado e respeitado o princípio da intervenção mínima, consideradas suas vagueza conceitual e generalização, naturais a esse tipo de instituto jurídico.

Artigo 421-A do Código Civil. O dispositivo é uma novidade. A primeira inovação a ser considerada é a presunção de paridade e simetria entre as partes nos contratos civis e empresariais.

Essa disposição é importante visto que, ainda hoje, é comum contratos civis receberem tratamento diverso dos contratos empresariais, no sentido de sofrerem mais com intervenções e revisões judiciais. Com a novidade, parte da jurisprudência e da doutrina que defendiam a não paridade de partes nos contratos civis deverão se adequar ao Código. A alteração tende a elevar os cuidados necessários à contratação pelas partes.

Além disso, os incisos do artigo definem critérios complementares ao artigo 113 do Código Civil na elaboração e interpretação dos contratos, que claramente reforçam a autonomia das partes na elaboração dos contratos e limitam a intervenção estatal nessas relações: (i) possibilidade das partes estabelecerem parâmetros objetivos de interpretação de cláusulas e de revisões e resoluções contratuais, (ii) respeito às alocações de riscos definidas pelas partes, e (iii) reforço da excepcionalidade nas revisões judiciais de contratos, de maneira limitada.

Artigo 2º, inciso IV da Lei de Liberdade Econômica - implicação nos contratos administrativos? Esse dispositivo dispõe que um dos princípios norteadores da Lei é o do reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Tendo isso em vista, é possível refletir se essa previsão pode ser aplicada às relações existentes entre particular e Estado por meio de contratos administrativos.

Essa aplicação poderia significar uma revolução na regulação desses contratos, que não mais poderia prever prerrogativas (de fato, privilégios) à Administração Pública face ao particular, tais como modificação e rescisão unilateral do contrato e aplicações de sanções unilaterais ou desproporcionais àquelas aplicáveis ao Poder Público.

O parágrafo único, reforçando a imperatividade do princípio para o Estado, determina que regulamento posterior irá dispor sobre critérios de aferição para afastamento (leia-se não aplicação) desse princípio nos casos concretos, sendo que esse afastamento está limitado a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Princípios gerais de favorecimento às liberdades econômica e contratual. Além das alterações específicas no Código Civil, a Lei de Liberdade Econômica traz outras disposições gerais que claramente privilegiam a liberdade contratual e das partes.

O § 2º do artigo 1º determina que as normas de ordem pública que recaiam sobre atividades econômicas privadas devem ser interpretadas “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos”.

Outro ponto relevante está previsto no inciso III do art. 3º, que propõe como direito “definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda”. Essa previsão poderá ter importante impacto nos contratos de maneira geral, que ganham reforço contra revisão e interferência judiciais em seus preços e valores.

Essas foram as principais e mais impactantes modificações realizadas pela Lei de Liberdade Econômica para os contratos.

A bem da verdade, é possível afirmar que vários dispositivos da Lei de Liberdade Econômica não representam propriamente uma novidade. É fato que vários deles apenas consagram práticas internacionais e realçam dispositivos legais e constitucionais já existentes, mas que ainda enfrentavam (e enfrentam) resistência influenciada por uma doutrina de viés socializante e paternalista. Essa resistência tem permitido e provocado condutas por vezes oportunistas, contra a própria lei e o acordado em contrato, cujo produto é a geração de insegurança jurídica, de externalidades negativas e a socialização de custos decorrentes da intervenção nos contratos.

E esse, talvez, seja um de seus grandes méritos: superar obstáculos impostos por práticas e entendimentos desconexos do mercado, instáveis, ineficientes, intervencionistas e limitadores da autonomia dos particulares. É privilegiar a autonomia privada e a responsabilidade da pessoa pelos seus atos.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luís Gustavo Miranda, Paulo Teixeira Fernandes e Victor Duarte Almeida

03 ■

Os impactos da Lei da Liberdade Econômica nas decisões judiciais envolvendo negócios jurídicos e contratos.

No dia 20/09/2019, foi sancionada a Lei [nº 13.874](#), mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica, oriunda da Medida Provisória [nº 881/2019](#), que surgiu com o propósito de reduzir a interferência do Estado nas atividades econômicas e desburocratizar as iniciativas empreendedoras, instituindo e reforçando direitos e garantias para a facilitação e o favorecimento do desenvolvimento de novos negócios.

Para tanto, a Lei [nº 13.874](#) alterou diversos dispositivos do Código Civil, da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei das Sociedade por Ações e da Lei de Registros Públicos, dentre outros.

Inegavelmente a nova lei terá impactos relevantes sobre as decisões judiciais no âmbito do direito das obrigações e da responsabilidade civil contratual, especialmente em razão das alterações introduzidas nos artigos 113 e 421, bem como da inclusão do novo art. 421-A no referido Código.

A interpretação dos negócios jurídicos, sobretudo pelo Judiciário, é matéria que ocasiona grande insegurança, sobretudo para aqueles que desenvolvem atividade econômica no Brasil, pois é comum a intervenção do Judiciário em negócios celebrados entre particulares (muitas vezes sem conhecer ou considerar a sua essência, particularidades e as práticas do mercado relacionado), que, na maioria das vezes, acaba desvirtuando os propósitos originais dos negociantes e intervindo inadequadamente na sua relação comercial/contratual.

Para tentar remediar esse impasse e mitigar o protecionismo exacerbado do Judiciário, a Lei da Liberdade Econômica acrescentou ao art. 113 do Código

Civil diretrizes de interpretação dos negócios jurídicos, numa tentativa de tornar mais previsível e circunscrita a atividade dos julgadores. De acordo com o texto legal, o julgador deverá interpretar pormenorizadamente os negócios jurídicos/contratos objeto da lide, com observância aos critérios estabelecidos nos incisos do §1º do art. 113 do Código Civil, atribuindo-lhes o sentido que: “I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.”

Além disso, uma interessante novidade, introduzida no §2º do referido artigo, é a expressa possibilidade de as partes pactuarem livremente as regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração de seus negócios jurídicos, podendo tais regras serem, inclusive, diversas daquelas previstas em lei, assim vinculando e restringindo, ainda mais, caso assim desejem os contratantes, a atuação dos julgadores, que interpretarão os negócios na eventualidade de um conflito de interesses.

Dessa forma, as partes de um contrato civil podem, por exemplo, fixar previamente quais são os eventos passíveis de gerar imprevisibilidade, extraordinariedade ou onerosidade excessiva para um determinado negócio, para os fins de rever ou resolver o contrato, nos termos dos artigos 317 e 478 do Código Civil. Podem, ainda, a respeito da interpretação do contrato, estabelecer cláusula(s) essencial(es) da avença, que deve(m) guiar a interpretação das demais.

Nessa mesma linha, o art. 421-A, adicionado ao Código Civil, estabelece, primeiramente, que os contratos civis (entre duas partes que não exercem atividade empresarial) e empresariais (entre duas partes que exercem atividade empresarial) são presumidos paritários e simétricos, salvo se houver prova robusta em contrário. O seu inciso I dispõe, expressamente, que “as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução”, o que reforça a obrigatoriedade dos julgadores observarem os parâmetros estabelecidos pelas partes e, pelo menos em tese, intervirem na relação contratual somente em casos excepcionais.

No entanto, é importante ressaltar que, caso haja abusividade, onerosidade excessiva e lesão à norma de ordem pública, essa previsão contratual interpretativa não prevalecerá, por força do art. 3º, VIII da própria Lei nº 13.874/2019.

Na esteira dos dispositivos já mencionados, ainda buscando mitigar a excessiva intervenção do Judiciário no conteúdo dos negócios jurídicos (verificado sobretudo após a previsão do princípio da função social do contrato que foi introduzido pelo Código Civil de 2002), a Lei da Liberdade Econômica passa a prever que, nas relações contratuais entre particulares, deve prevalecer o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (parágrafo único acrescentado ao art. 421 do Código Civil). A tendência, a partir de agora, é que a revisão judicial dos contratos passe a ser a exceção (art. 421-A, III do Código Civil), e não a regra, como frequentemente ocorria anteriormente.

Com efeito, diante dessa presunção legal instituída, e que só pode ser afastada por elementos de prova concretos em sentido contrário, os julgadores terão de ficar ainda mais adstritos à prova efetiva da vulnerabilidade/hipossuficiência de um dos contratantes, no julgamento dos litígios envolvendo discussões contratuais, especialmente naqueles em que são pleiteadas a revisão de cláusulas, o restabelecimento do equilíbrio contratual, a imputação/reconhecimento de culpa pela rescisão, dentre outros.

Como a Lei da Liberdade Econômica é muito recente, não há ainda dados (ou julgados) que possam aferir a sua eficácia prática, bem como indicar como tem sido a sua aplicação e interpretação pelos Tribunais brasileiros. Mas a tendência (e o que se espera) é que, daqui por diante, os julgadores assumam, de fato, uma postura menos interventiva nos negócios e contratos celebrados entre particulares, observando os critérios e limites agora positivados na legislação aplicável.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Helvécio Franco Maia Júnior, Patrícia Piló Bittencourt Redig e Roberta Ribeiro Alexandre



44 | IMOBILIÁRIO

1

**DIREITO IMOBILIÁRIO: TENDÊNCIAS PARA
A SIMPLIFICAÇÃO DE PROCEDIMENTOS,
DESESTATIZAÇÃO E DESJUDICIALIZAÇÃO**

01 ■

Direito imobiliário: tendências para a simplificação de procedimentos, desestatização e desjudicialização.

O ano de 2019 foi marcado por importantes novidades no âmbito do direito imobiliário, com tendências para a simplificação de procedimentos, a desestatização e a desjudicialização. A seguir, destacamos as principais alterações.

Aquisição de imóveis rurais por estrangeiros: A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros é atualmente regulada pela Lei nº 5.709/1971. A referida lei, além de haver imposto restrições à aquisição de imóvel rural no Brasil por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, sujeitou e igualou a estes toda pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior. Assim, no cenário atualmente vigente, por força do entendimento adotado pela AGU no Parecer CGU/AGU 01/2008-RVJ ("Parecer"), publicado em 23/08/2010, as pessoas jurídicas brasileiras controladas, ainda que indiretamente, por estrangeiros, se submetem às restrições impostas pela Lei nº 5.709/1971 para adquirir imóveis rurais. Trata-se de matéria controvertida e sujeita a alteração, seja por meio de discussão judicial acerca da inconstitucionalidade do Parecer, mudança de posicionamento da AGU ou até mesmo alteração legislativa.

Nesse cenário, objetivando flexibilizar as condições para o estrangeiro adquirir imóveis rurais, o Senado Federal começou a analisar em 21 de maio de 2019 o Projeto de Lei nº 2.963/2019, que, dentre outros pontos, pretende extinguir o enquadramento das pessoas jurídicas brasileiras controladas por estrangeiras como pessoas jurídicas estrangeiras, além de elevar o limite de Módulos de Exploração Indefinida (MEIs) para 15 Módulos Fiscais para o estrangeiro adquirir um imóvel rural sem autorização específica.

O referido Projeto de Lei foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) e pela Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA) no dia 10 de dezembro de 2019. Se aprovado, tende a incentivar o investimento externo e a criação de empregos.

Regularização Fundiária: desnecessidade da anuência dos confrontantes para averbação da certificação na matrícula de imóveis rurais: o procedimento de averbação da certificação de imóveis rurais junto aos Registros de Imóveis foi objeto de mudanças legislativas e de orientações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2019. Ao final, ficou dispensada a assinatura dos confrontantes. Com a matrícula irregular, praticamente todos os atos de registro ficam impedidos de serem praticados, por exemplo, a transferência da propriedade.

Até então, a anuência de todos os proprietários confrontantes era pressuposto essencial para a averbação da certificação na matrícula do imóvel rural, com o objetivo de evitar a sobreposição de áreas e conflitos agrários.

A Lei nº 13.838, de 04 de junho de 2019 (“Lei nº 13.838/19”), incluiu disposição na Lei de Registros Públicos (“LRP”) para dispensar expressamente a anuência dos confrontantes na averbação da certificação de imóvel rural que não gere procedimento de retificação de área do imóvel prevista no artigo 213 da LRP, trazendo pouco efeito prático ao ordenamento, haja vista que a exigência de anuência dos vizinhos confinantes já se limitava aos casos em que fosse identificada alteração na medida perimetral do imóvel.

A Medida Provisória nº 910, editada em 10 de dezembro de 2019 (“MP nº 910/19”), alterou este procedimento, uma vez que incluiu o §17 na LRP, que prevê a desnecessidade das assinaturas dos confrontantes para retificação de área do imóvel, bastando que o interessado apresente declaração de que foram respeitados os limites e as confrontações do imóvel rural, independentemente de retificação ou não da área do imóvel rural.

Desta forma, a MP nº 910/19 buscou simplificar o procedimento, representando estímulo para regularização de imóveis rurais.

Elevação do limite de extensão de área para venda de imóveis rurais pela União sem ser necessário processo de licitação: A MP nº 910/19 elevou o limite para venda de imóveis rurais pela União sem necessidade de procedimento de licitação. O limite que anteriormente era de 1.500 hectares passou a ser de 2.500 hectares, o que facilita a alienação de imóveis sob o domínio da União.

Mediação e Arbitragem em processos de desapropriação: Em agosto, entrou em vigor a Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019 (“Lei nº 13.867/19”), que possibilita a mediação e arbitragem em processos judiciais de desapropriação, em compasso com a tendência de desjudicialização de processos envolvendo

entes públicos. Com a novidade, o poder público deverá notificar o proprietário, com oferta do preço de indenização e prazo de 15 dias para resposta, sendo o silêncio entendido como negativa. Ajuizada a ação de desapropriação em razão do silêncio ou negativa da oferta, o proprietário poderá optar pela mediação ou arbitragem, escolhendo uma das instituições previamente cadastradas pelo poder público para o procedimento.

Maior autonomia dos municípios e Distrito Federal para redução da extensão de faixas não edificáveis às margens de rodovias: Já em novembro, a Lei nº 13.913, de 25 de novembro de 2019 (“Lei nº 13.913/19”), alterou a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (“Lei de Parcelamento do Solo Urbano”) e deu maior autonomia aos municípios e ao Distrito Federal para reduzir a extensão das faixas não edificáveis às margens das rodovias de 15 metros para 5 metros, mediante edição de lei municipal ou distrital. Esta redução não poderá ser realizada quando se tratar de área ao longo de águas correntes e dormentes e da faixa de domínio das ferrovias. Nestes casos, deve ser respeitado o limite mínimo de 15 metros. Essa lei também assegura o direito de permanência de edificações já construídas em faixa não edificável contígua à faixa de domínio público de rodovias.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Gustavo Miranda, Natália Miranda Sadi e Hugo Barbosa Veneroso



48 | PREVIDENCIÁRIO

1

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 905/19 E O PRÊMIO MERITOCRÁTICO

2

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 905/2019 E AS ALTERAÇÕES NA PLR

3

AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E OS BÔNUS DE CONTRATAÇÃO ('HIRING BONUS')

4

O ENQUADRAMENTO DO RAT EM FUNÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE

5

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E RESPONSABILIDADE FISCAL

01 ■

A Medida Provisória nº 905/19 e o prêmio meritocrático

O chamado “prêmio meritocrático” foi instituído pela Lei nº 13.467/17, através da alteração do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, e também do art. 28, da Lei nº 8.212/91, que previram a sua exclusão do salário-de-contribuição, base de cálculo das contribuições previdenciárias.

A reforma trabalhista de 2017 efetuou profundas modificações no artigo 457 da CLT. O seu § 2º atualmente dispõe que: “As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.”

Já o §4º, do mesmo artigo, conceitua essa espécie de prêmio, como sendo as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.

Contudo, as alterações legislativas não afastaram a insegurança jurídica dos empregadores na utilização desse instituto, em razão da inexistência de posicionamento dos órgãos administrativos e, principalmente, da jurisprudência sobre as alterações da reforma trabalhista, tendo em vista a novidade e complexidade da alteração legislativa.

A situação de insegurança foi reforçada pela publicação da Solução de Consulta COSIT nº 151/19, na qual a Receita Federal do Brasil (RFB) exteriorizou o seu entendimento, claramente restritivo, sobre os pressupostos para a instituição de prêmio, não integrante do salário de contribuição.

O posicionamento da RFB limitava a possibilidade de instituição do prêmio, ao consignar que este não poderia decorrer de ajuste expresso entre empregador e

empregado, já que nesse caso configuraria premiação ajustada e não decorrente de liberalidade. Abusivo e equivocado esse posicionamento do Fisco, que buscou limitar artificialmente o alcance e objetivos da reforma trabalhista, já que a negativa da possibilidade que a empresa premie o desempenho superior ao esperado, com base em parâmetros ajustados, esvazia o caráter de indução de meritocracia.

Certamente, além de insegurança jurídica, esse contexto levaria a nova controvérsia jurídica entre contribuintes e Fisco, alimentando ainda mais o já imenso volume de contencioso tributário.

Com a recente edição da Medida Provisória nº 905, de 11/11/19, houve importante evolução legislativa, com o claro objetivo de aprimorar a regulação desse instituto e trazer maior segurança jurídica.

Dispõe a Medida Provisória que a determinação da validade do prêmio meritocrático independe da forma de seu pagamento e do meio utilizado para a sua fixação, inclusive por ato unilateral do empregador, ajuste deste com o empregado ou grupo de empregados, bem como por norma coletiva, inclusive quando pagos por fundações e associações.

Além disso, foram fixados os pressupostos legais para a configuração do prêmio meritocrático: a) pagamento exclusivo a empregados, de forma individual ou coletiva; b) seja decorrência de desempenho superior ao ordinariamente esperado, avaliado discricionariamente pelo empregador, desde que o desempenho ordinário tenha sido previamente definido; c) o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores seja limitado a quatro vezes no mesmo ano civil e, no máximo, de um no mesmo trimestre civil; d) as regras para a percepção do prêmio devem ser estabelecidas previamente ao pagamento.

A nova regulação legal confirma o entendimento que externamos quando da edição da Lei nº 13.457/17, de que para a configuração do “prêmio por desempenho extraordinário”, o empregador deverá demonstrar objetivamente qual o desempenho esperado, além do quanto esse foi superado na situação concreta.

Reconheceu-se, também, que a expressão “liberalidade”, prevista no §4º do artigo 457 da CLT, refere-se a não obrigatoriedade na instituição de uma política de premiação, devendo ser essa uma decisão espontânea de cada empregador.

Por outro lado, instituiu como pressuposto que o empregador estipule, previamente, o que é considerado desempenho ordinário do seu funcionário, de forma que possa ser aferido de forma objetiva a presença ou não de desempenho extraordinário a ser remunerado pelo prêmio.

Instituída uma política de premiação, estará cumprido o requisito da liberalidade. Passa-se, então, para outra etapa, a relação jurídica entre empresa e aquele legitimado a poder cumprir os seus requisitos. O empregador passa a ser obrigado a cumprir o pactuado e pagar a premiação, caso ocorra o desempenho extraordinário, anteriormente estipulado.

Portanto, estão consolidados os pressupostos para que o valor recebido pelo empregado, a título de prêmio ou abono, não integre a sua remuneração para fins trabalhistas e previdenciários, devendo ser atendidos os seguintes parâmetros: a) o pagamento do prêmio deve decorrer de liberalidade do empregador; b) independentemente da sua habitualidade, os prêmios poder ser pagos no máximo duas vezes por ano; c) o prêmio deve estar, comprovadamente, vinculado a “desempenho superior ao ordinariamente esperado” do empregado no exercício de suas atividades; d) o prêmio não pode ser substituto de parcela salarial prevista no contrato de trabalho.

Espera-se que a Medida Provisória nº 905/19 seja convertida em lei, no que se refere às alterações da regulação do prêmio meritocrático, consolidando-se a evolução legislativa necessária à segurança jurídica.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso

02 ■

A Medida Provisória nº 905/2019 e as alterações na PLR

A Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019, trouxe alterações significativas na Lei nº 10.101/00, visando aprimorar a regulamentação da Participação nos Lucros ou Resultados - PLR.

A PLR é direito social do trabalhador previsto pela Constituição Federal, servindo de instrumento de integração entre o capital e o trabalho e incentivo à produtividade do trabalhador.

Para incentivar o pagamento da PLR, a Lei nº 10.101/00 promoveu a sua exclusão do salário de contribuição do trabalhador, não sendo incluída na base de cálculo das contribuições previdenciárias sobre a remuneração.

No entanto, para que determinado pagamento seja considerado PLR, é imprescindível o preenchimento de requisitos formais e materiais instituídos pela Lei nº 10.101/00.

Ocorre que a interpretação dos requisitos legais para a PLR historicamente tem gerado divergências entre Fisco e contribuintes, sendo matéria de análise nos âmbitos do contencioso administrativo e judicial.

Visando aprimorar a regulamentação da PLR e reduzir as controvérsias interpretativas, a Medida Provisória nº 905 de 2019 trouxe expressivas alterações na Lei nº 10.101/00, modificando os critérios para a caracterização da PLR quanto às formas de negociação da PLR entre trabalhadores e empregadores e suas possibilidades, englobando o momento da negociação e a forma de pagamento.

As negociações da PLR entre trabalhadores e empregadores, nos termos da redação da Lei nº 10.101/00 vigente até 2019, poderia se dar mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho ou mediante a constituição de comissão paritária escolhida pelas partes, integrada por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria.

A Medida Provisória nº 905 excluiu a obrigatoriedade da presença de representante sindical na comissão constituída para negociação da PLR, a qual permanece somente com a obrigatoriedade de ter representação paritária entre empregador e trabalhadores, e o seu arquivamento no respectivo sindicato da categoria.

Ainda sobre a negociação da PLR, foi instituída a possibilidade de que os trabalhadores “hipersuficientes” enquadrados no art. 444 da CLT (que possua diploma de nível superior e receba salário igual ou superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social), negociem diretamente com o empregador o programa de PLR a eles aplicável, criando um programa específico para esse grupo de trabalhadores.

Trata-se de importante aprimoramento, possibilitando que as Empresas instituíam mais de um programa de PLR, tendo em vista as diferentes categorias de trabalhadores e formas de incentivo à produtividade, inclusive com a instituição de programas de PLR tendo em vista diferentes estabelecimentos, setores ou cargos existentes na Empresa.

A Lei nº 10.101/00 era lacunosa quanto às consequências no caso de inobservância da regra de periodicidade de pagamento da PRL, possibilitando que autoridades fiscais efetuassem o desenquadramento da totalidade dos valores pagos como PLR, dando-lhes tratamento de verbas salariais.

A Medida Provisória nº 905 trouxe a expressa determinação de que a inobservância da periodicidade macula exclusivamente os pagamentos feitos em desacordo com a norma. Garante-se, dessa forma, que as parcelas pagas em observância à periodicidade legal permanecerão enquadradas como verba desvinculada da remuneração e, portanto, afastada a incidência da contribuição previdenciária.

Por outro lado, uma das maiores controvérsias interpretativas se refere ao momento em que deveria ocorrer a assinatura do Acordo PLR. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF pacificou o entendimento de que a assinatura do acordo deveria ocorrer antes do início do período de apuração do lucro ou das metas a que se vinculasse a PLR. Segundo o CARF, a regulamentação da PLR teria como pressuposto que o trabalhador deve iniciar o exercício já com todas as regras estabelecidas de forma clara e objetiva.

Acabando com a polêmica, a Medida Provisória nº 905 trouxe a determinação de que a negociação e assinatura do programa de PLR poderão ser realizadas no próprio exercício cujo lucro se pretende dividir, desde que observada a antecedência mínima de 90 (noventa) dias da data do pagamento da parcela única ou da parcela final, caso haja pagamento de antecipação.

A Medida Provisória nº 905/19 claramente pretende a elevação da autonomia das partes e segurança jurídica na negociação da PLR, dentro do contexto da própria Reforma Trabalhista. Em que pese a Medida Provisória estar em vigor desde 11.11.2019, data de sua publicação, as alterações promovidas nas regras para instituição de programas de PLR produzirão efeitos somente quando atestado, por ato do Ministro de Estado da Economia, a compatibilidade com as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Espera-se que o Congresso Nacional converta a Medida Provisória n 905/19 em lei, consolidando as suas alterações.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso e Monique Araújo Malaquias Souza

03 ■

As contribuições previdenciárias e os bônus de contratação ('Hiring Bonus')

Em decisão publicada em fevereiro de 2019, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) decidiu que a contribuição previdenciária patronal não inclui em sua base de cálculo o bônus de contratação pago a profissionais de alta qualificação, ainda que realizados de forma parcelada.

Naquele julgamento, a CSRF levou em consideração fatores como: (i) a ausência de contrato de trabalho já assinado no momento do pagamento, (ii) a falta de geração de expectativas ao pagamento do hiring bonus (liberalidade), e (iii) a ausência de exigência de período mínimo ou metas futuras a serem cumpridas pelos novos profissionais beneficiados.

Seguindo este entendimento, em novembro de 2019, a 2ª Turma Ordinária do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) decidiu, no Processo Administrativo nº 16327.001666/2010-12 (AC 2402-007.616), que as verbas pagas quando da contratação de um funcionário não devem ser compreendidas como salário-contribuição.

O entendimento foi aplicado, inclusive, para as contribuições dirigidas ao "Salário-Educação" (no âmbito do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação), e ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

O relator, conselheiro Gregório Rechmann Júnior, afirmou que tal pagamento não possui natureza de "complementação de remuneração", pois não é destinada a retribuir o trabalho do empregado, considerando que, quando da concessão do bônus de contratação, a relação trabalhista sequer se iniciou.

Destacou, ainda, que "(...) o pagamento serve efetivamente como incentivo para ruptura do vínculo empregatício anterior para o empregado assumir nova relação jurídica empregatícia". Os demais conselheiros também entenderam que o bônus não tem relação com a prestação de um serviço.

A visão da Câmara Superior de Recursos Fiscais e da 2ª Seção do CARF representa um possível impulso às empresas ao pagamento de verbas similares na contratação de novos empregados ou executivos. Recomenda-se, porém, a avaliação criteriosa das premissas e procedimentos adotados pelo contribuinte em cada caso, de forma a evitar o questionamento, pelo Fisco, da natureza indenizatória do bônus de contratação.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Frederico de Almeida Fonseca, Rogério Abdala Bittencourt Junior e Bárbara Machado Rodrigues Morais

04 ■

O enquadramento do RAT em função da atividade preponderante

O conceito de atividade preponderante para fins de determinação da alíquota da contribuição relativa aos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) foi constantemente alterado pela legislação previdenciária, gerando dúvidas nos contribuintes e controvérsias com as autoridades fiscais.

As dificuldades de interpretação e aplicação da legislação com relação ao enquadramento de atividade preponderante decorrem, em várias situações, do desconhecimento dos seus pressupostos e objetivos.

A atividade preponderante é a atividade na qual o empregador tem maior número de empregados atuando no mês naquele estabelecimento em determinada atividade. Cabe aos contribuintes identificarem a atividade preponderante segundo a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) dos seus estabelecimentos, tendo em vista a alocação dos seus empregados.

O inciso II do § 1º do art. 72 da Instrução Normativa nº 971/2009 conceitua atividade econômica preponderante para fins de determinação da alíquota do RAT, como sendo "(...) a atividade econômica que ocupa, no estabelecimento, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, observado que na ocorrência de mesmo número de segurados empregados e trabalhadores avulsos em atividades econômicas distintas, será considerada como preponderante aquela que corresponder ao maior grau de risco".

Analisando-se a redação do referido artigo e os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é possível concluir que a Corte não analisou efetivamente a possibilidade de segregação de atividades internas da empresa, de cunho não econômico. Isso porque os precedentes, em sua maioria, abordaram a situação em que a empresa possuía filial segregada que exercia atividade econômica autônoma, diversa daquela explorada pela matriz.

Entretanto, tal conclusão seria implícita pelo fato da possibilidade de se computar as atividades meio como atividades preponderantes para fins de enquadramento da alíquota do RAT, principalmente após a alteração da redação do art. 72 da IN nº 971/2009, que retirou expressamente de seu texto a expressão atividade meio.

Nos termos da legislação: (i) considera-se atividade preponderante aquela que ocupa o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, devendo-se computar inclusive a atividade meio; e (ii) esta classificação pode e deve ser feita por estabelecimento.

Contudo, pergunta-se: a atividade preponderante deve ser obrigatoriamente aquela descrita em seu cartão de CNPJ declarado à Receita Federal ou o contribuinte pode adotar outra atividade como preponderante, inclusive outra que não é considerada em seus objetos sociais?

A resposta é que a CNAE preponderante para fins de definição da alíquota da contribuição ao RAT pode não corresponder à CNAE da atividade principal da empresa cadastrada no cartão CNPJ, cuja classificação é determinada por critérios econômicos.

A Receita Federal do Brasil editou Solução de Consulta COSIT nº 78/2015 explicitando que, para fins de recolhimento da Contribuição do RAT, deve-se observar o §1º do art. 72 da IN nº 971/2009, utilizando-se o critério de maior número de funcionários por atividade desenvolvida por estabelecimento, independentemente da CNAE Fiscal constante do cartão CNPJ.

Esse entendimento foi reiterado nas Soluções de Consulta COSIT nº 90/2016 e Solução de Consulta DISIT nº 4013/2018 reafirmando que a CNAE preponderante para fins de adoção da alíquota do RAT deve ser definida com base na atividade preponderante de cada estabelecimento da pessoa jurídica e não com base na CNAE principal informada no cartão CNPJ.

Portanto, os contribuintes tem o direito de segregar o grau de risco de cada estabelecimento que esteja individualizado por CNPJ, considerando-se a atividade que tenha mais empregados alocados.

Para tanto, deve-se efetuar o cotejo da atividade preponderante pela Relação de Empregados (RE) disposta em sua Declaração à Receita Federal do Brasil (GFIP/eSocial) com a descrição da Classificação Brasileira de Ocupações - CBO discriminada por funcionário. Tal metodologia é passível de ser utilizada para se apurar em cada estabelecimento a CNAE Preponderante, sendo de difícil contestação pela própria Fiscalização.

Para isso, os contribuintes devem levantar as funções e cargos de cada segurado empregado e trabalhadores avulsos declarados em GFIP (CBO´s) e associar esses cargos e funções à atividade econômica desenvolvida por esses funcionários, e após essa apuração, realizar um relatório mensal, capaz de comprovar a atividade preponderante naquele mês, vinculando-se as CBO´s às atividades desempenhadas por funcionário de um determinado estabelecimento. Tal metodologia se encontra em conformidade inclusive com a Instrução Normativa nº 971/2009, em seu art. 197.

A CNAE que reunir o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos será considerada a preponderante no estabelecimento e na competência analisada, e essa atividade, por consequência, determina a alíquota aplicável ao RAT.

Apesar disso, não é incomum que a Fiscalização previdenciária, ao analisar a CNAE preponderante declarada pelo contribuinte, caso esta seja divergente da CNAE Fiscal, exija a diferença de alíquota do RAT, arguindo que a CNAE preponderante é sempre aquela descrita no cartão CNPJ como atividade principal, desconsiderando a correta aplicação da legislação e a própria interpretação formalizada pela Receita Federal.

Nessa situação, o contribuinte deverá questionar administrativa ou judicialmente a autuação fiscal, com amplas chances de sucesso.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso e Tathiana de Souza Pedrosa Duarte

05 ■

Reforma da Previdência e Responsabilidade Fiscal

A Reforma da Previdência foi um dos temas de maior destaque ao longo de todo o ano de 2019, sendo objeto de variadas discussões e controvérsias. Promovida por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 103, de 12/11/2019, a reforma trouxe significativas alterações nas regras aplicáveis aos benefícios previdenciários à disposição dos cidadãos brasileiros, com vistas a corrigir o cenário de crescente déficit fiscal vivenciado pelo Brasil nos últimos anos.

Não obstante, novas regras de natureza financeira foram também introduzidas no texto constitucional, especialmente no que tange à utilização de fundos de previdência complementar, à ajuda que poderá (ou não) ser dada pela União a outros entes federados que se encontrem em situação deficitária e à vinculação das receitas obtidas pelas contribuições federais destinadas à Seguridade Social.

Primeiramente, no que tange aos orçamentos públicos, a redação do art. 167 da CRFB/1988 foi parcialmente alterada, para deixar expressa a proibição de que os entes federados fizessem uso dos recursos de regime próprio (e complementar, sendo o caso) de previdência social e de recursos provenientes de fundos próprios integrados por recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza (nos termos do art. 249 da Constituição) para outras finalidades que não o pagamento de benefícios previdenciários e de despesas diretamente vinculadas aos seus respectivos fundos previdenciários.

Além disso, foi também instituída a vedação de que a União pudesse transferir recursos voluntariamente ou conceder avais, garantias ou subvenções para empréstimos que fossem concedidos por instituições financeiras federais aos demais entes federados que venham a descumprir as regras gerais de organização e funcionamento de seus regimes próprios de previdência social (inciso XIII do art. 167 da Constituição).

Como se pode observar, trata-se de regras que visam a impor maior responsabilidade fiscal a Estados, Distrito Federal e Municípios, impedindo o Governo Federal de prestar socorro àqueles entes cujas contas públicas não estejam devidamente ordenadas.

Contudo, a reforma não se limitou a restringir desvios de recursos apenas por parte de Estados, Distrito Federal e Municípios, mas também impôs à União Federal relevante limitação orçamentária ao extinguir a Desvinculação de Receitas da União (conhecida como DRU) para as contribuições de seguridade social.

Com base na redação anterior do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, permitir-se-ia a desvinculação, até 31/12/2023, de 30% da arrecadação obtida pela União com contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDEs) e taxas, não obstante a sua natureza de tributos vinculados a determinada contraprestação estatal.

Esta desvinculação parcial de receitas havia sido criada no ano de 1994 e, até 2016, havia se limitado ao percentual de 20%, como forma de possibilitar a utilização pelo Governo Federal de recursos vinculados para o custeio de despesas ordinárias inseridas no orçamento fiscal federal – especialmente para o pagamento de juros da dívida pública brasileira.

A nova redação do referido art. 76, §4º, vedou a desvinculação das receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social, embora tenha sido mantida para as CIDEs e taxas.

Com essa alteração da DRU, portanto, a União deterá, considerando que apenas as contribuições destinadas à Seguridade Social representavam, até 2019, 93% dos recursos da DRU, maior volume de recursos que deverão ser obrigatoriamente utilizados na Seguridade Social (Previdência Social, Saúde e Assistência Social).

Essa mudança na DRU é importante para manter a higidez do modelo de sistema constitucional idealizado pela CF/1988, tanto no que tange às receitas que devem ser partilhadas com Estados, Distrito Federal e Municípios, quanto em relação à utilização adequada dos recursos arrecadados às suas finalidades vinculadas, com vistas à promoção de maior responsabilidade fiscal.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira, Fernanda de Oliveira Silveira e Letícia Maciel Santana



62 | PROPRIEDADE INTELECTUAL

1

**BRASIL ADERE AO PROTOCOLO DO ACORDO
DE MADRI RELATIVO AO REGISTRO
INTERNACIONAL DE MARCAS**

01 ■

Brasil adere ao Protocolo do Acordo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas

Após anos de expectativas, entrou em vigor, em 2 de outubro de 2019, o Decreto 10.033/19, pelo qual o Brasil adota o Protocolo relativo ao Acordo de Madri, que disciplina o Registro Internacional de Marcas. A adesão ao Protocolo de Madri incentiva não só a expansão da atividade de empresas brasileiras no exterior como também a entrada de empresas estrangeiras no Brasil, aquecendo o ambiente de negócios no país.

O Sistema de Madri para o Registro Internacional de Marcas é disciplinado pelo Acordo de Madri, firmado na Espanha em 1891, e pelo Protocolo referente ao Acordo de Madri (Protocolo de Madri), firmado em 1989 e implementado em 1996. O Protocolo de Madri é administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e conta, atualmente, com 122 Partes Contratantes (Estados e Organizações), que são responsáveis por mais de 80% do comércio internacional, entre elas Estados Unidos, China e União Europeia.

A adesão do Brasil ao Protocolo de Madri possibilita aos brasileiros, pessoas físicas e empresas domiciliadas no país, titulares de pedido ou registro de marca no Brasil, apresentar, com base no pedido original, pedido de Registro Internacional de Marcas, designando qualquer outra Parte Contratante. O pedido de Registro Internacional de Marcas será depositado no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), em um único idioma (inglês ou espanhol), e posteriormente encaminhado à OMPI, que, após uma análise formal, publicará o pedido, emitirá o certificado de Registro Internacional de Marcas e direcionará o pedido aos respectivos escritórios de marca das Partes designadas.

O pedido de Registro Internacional de Marcas será analisado pelos escritórios de marca das Partes designadas, conforme a legislação aplicável em seu território. Uma vez deferido o pedido, os escritórios de marca efetuarão o registro da marca considerando a data do Certificado de Registro Internacional de Marcas emitido pela OMPI, unificando, dessa forma, as datas de depósito, início de vigência e

prorrogação da marca em todos os territórios indicados no pedido. Ao titular do Registro Internacional de Marcas é facultado o direito à designação posterior de outras Partes Contratantes, adicionando outros territórios ao pedido original.

Dessa forma, o Sistema de Madri garante a melhor administração do portfólio de marcas e reduz a burocracia relacionada aos procedimentos de registro. O requerente poderá acompanhar o pedido de Registro Internacional de Marcas pelo Madrid Monitor, ferramenta online disponibilizada pela OMPI, e verificar na Gazeta Internacional da OMPI as principais publicações, que também serão enviadas por e-mail.

Embora o requerente não precise indicar um representante perante os escritórios de marca das Partes designadas, vale ressaltar que, na ocorrência de exigência do escritório de marca ou de oposição de terceiros ao pedido de registro, a resposta deverá ser apresentada no específico escritório de marca, em idioma nacional oficial (e, em alguns territórios, exclusivamente por um profissional nacional habilitado).

O pagamento das taxas cobradas pelas Partes designadas também é unificado e efetuado diretamente à OMPI (em francos suíços), que repassará os valores aos escritórios de marca das Partes designadas. A OMPI cobrará uma taxa pela administração do pedido (independentemente do número de Partes designadas), assim como o INPI cobrará uma taxa, em reais. Além da praticidade de pagamento (não sendo necessário realizar transferências individuais, em moedas distintas, aos escritórios de marca das Partes designadas), na maioria dos casos em que duas ou mais Partes sejam designadas, o valor total dos custos do pedido de Registro Internacional de Marcas revela-se significativamente inferior ao que seria cobrado pelos registros individuais se apresentados diretamente aos respectivos escritórios de marca, visto que não haverá custos de honorários de representantes nos diversos territórios. Portanto, a opção pelo registro de marca via Sistema de Madri mostra-se também financeiramente vantajosa.

Espera-se que a adesão do Brasil ao Protocolo de Madri motive empresas e nacionais brasileiros a protegerem seus direitos de marca no exterior, estimulando, assim, as exportações e a expansão de negócios. Até o início da vigência do Protocolo de Madri, dos mais de 150.000 pedidos de registro de

marca depositados por empresas ou nacionais brasileiros no INPI, apenas 7% também foram depositados no exterior. A adesão do Brasil ao Protocolo de Madri deve ainda encorajar a adesão de outros países da América Latina ao Protocolo. Atualmente, apenas Brasil, Cuba, Colômbia e México fazem parte do grupo de países latino-americanos contratantes.

As mudanças do INPI para adaptar-se aos padrões exigidos para a implementação do Protocolo de Madri também beneficiaram o processo de registro nacional de marca. O período de análise dos pedidos de registro de marca depositados no INPI, que em 2016 era de mais de dois anos, foi reduzido para seis meses no final de 2019 (nos termos do Protocolo de Madri, os pedidos de registro de marca não analisados em até dezoito meses são, automaticamente, deferidos). A partir de 9 de março, também será possível o depósito de pedidos de registro de marca nacionais perante o INPI com indicação multiclasse (de produtos e/ou serviços) e de cotitulares.

Da mesma forma que empresas brasileiras poderão apresentar pedidos de Registro Internacional de Marcas designando outras Partes Contratantes, estrangeiros nacionais e/ou domiciliados no território de uma Parte Contratante e titulares de pedido ou registro de marca base, poderão designar o Brasil em seus pedidos de Registro Internacional de Marcas. Com a redução dos custos e desburocratização do processo de obtenção de registro de marca no Brasil, é previsto um aumento significativo do número de pedidos de registro de marca depositados no país por estrangeiros. Antes da adesão ao Protocolo de Madri, do total de pedidos de registro de marca recebidos, por ano, pelo INPI (mais de 200.000, em 2019) apenas cerca de 14% dos requerentes eram estrangeiros.

A adesão ao Protocolo de Madri e a diminuição expressiva do tempo da análise de pedido de registro de marca no Brasil aumentam a segurança jurídica do país e são fatores facilitadores e incentivadores para que brasileiros expandam seus negócios no exterior, bem como para que estrangeiros iniciem atividades comerciais com o país, aquecendo o mercado interno e aumentando a representatividade do Brasil no comércio internacional.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Carolina Calheiros



66 | REGULATÓRIO E INFRAESTRUTURA

1

**A EVOLUÇÃO DO DEBATE JUDICIAL DA
TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS DE ILUMINAÇÃO
PÚBLICA PARA OS MUNICÍPIOS EM 2019**

2

ARBITRAGEM EM SETORES REGULADOS

3

**ASPECTOS CRÍTICOS DA REORGANIZAÇÃO
DO MARCO LEGAL DAS CONCESSÕES DE
SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL**

4

**COBRANÇA PELO USO DE FAIXAS DE
DOMÍNIO DE VIAS PÚBLICAS: EVOLUÇÃO DA
CONTROVÉRSIA EM 2019**



5

**REGULAÇÃO: INOVAÇÕES EM 2019 E
TENDÊNCIAS**

6

**REVISÃO DA REGULAMENTAÇÃO DE
GERAÇÃO DISTRIBUÍDA EM 2019**

7

**TEXTO-BASE DO NOVO MARCO LEGAL DO
SANEAMENTO E A INCLUSÃO NO PPI**

01 ■

A evolução do debate judicial da transferência de ativos de iluminação pública para os municípios em 2019

O art. 218 da Resolução Normativa 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) determinou às Distribuidoras de energia elétrica que transferissem aos municípios os ativos de iluminação pública e a sua respectiva gestão, tomando por base, principalmente, a competência atribuída aos entes municipais por força dos arts. 30, V e 149-A da Constituição. Diante da disposição normativa editada pela Agência, inúmeros municípios em todo o Brasil ajuizaram ações questionando a legalidade e a constitucionalidade da referida norma, o que levou o Poder Judiciário a se posicionar a respeito.

Em virtude da presença da ANEEL no polo passivo da maioria das ações, estas foram propostas na Justiça Federal, sendo que os Tribunais Regionais Federais (TRFs), especialmente da Terceira, Quarta e Quinta Regiões, apresentaram uma compreensão particular sobre a constitucionalidade/legalidade do supracitado art. 218 da Resolução Normativa 414/2010, ensejando considerável insegurança jurídica para as Distribuidoras de energia, para os municípios e munícipes em geral.

Por conta disso, a ABRADDEE (Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica) ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 60) perante o Supremo Tribunal Federal (STF) visando obter um posicionamento e uma interpretação definitiva e vinculante sobre a adequação do mencionado texto normativo à Carta Magna.

O plenário do STF, porém, por maioria de votos, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, negou provimento ao agravo regimental interposto pela ABRADDEE contra a decisão do Ministro Relator, Alexandre de Moraes, que não conheceu da referida ADC, ao fundamento de que “o caso envolveria, quando muito, inconstitucionalidade indireta ou reflexa, reveladora de mera crise de legalidade, insuscetível de ferir parâmetro de controle situado no texto da Constituição Federal”.

O julgamento ainda não é definitivo, pois está pendente a análise de Embargos de Declaração, opostos pela ABRADÉE. Até que o STF aprecie o referido recurso, e na eventualidade de não o acolher, permanecerá a divergência de entendimentos entre os Tribunais Regionais Federais, como também permanecerá a insegurança jurídica das Distribuidoras e, naturalmente, de toda a sociedade.

De todo modo, já no final ano de 2019 o Ministro Celso de Mello, que não participara do julgamento da supracitada ADC nº 60, admitiu a ABRADÉE como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário 1.228.451, interposto pela ANEEL, em uma demanda que discute exatamente o mesmo tema, o que mantém viva, portanto, a possibilidade de análise do mérito da questão pelo STF, se não em ação de controle concentrado, ao menos em sede de recurso extraordinário com repercussão geral a ser reconhecida.

Também em 2019, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, a 6ª Turma do TRF da Primeira Região, em que pese não tenha apreciado o mérito da questão, no julgamento das apelações nº 0002138-37.2013.4.01.3809 e 0005992-05.2014.4.01.3809, firmou relevante precedente sobre o tema.

Com efeito, inúmeros municípios, independentemente de terem ou não sido agraciados com liminares que os eximissem do recebimento dos ativos de iluminação pública, firmaram em algum momento com as Distribuidoras, voluntariamente, Termos de Transferência desses ativos para que, então, passassem a geri-los.

A assinatura desses Termos de Transferência, todavia, não motivou esses mesmos municípios a desistirem da discussão judicial por eles propostas, de maneira que em vários casos a Distribuidora ficou submetida a um comando judicial que lhe imputava a obrigação de permanecer com os ativos de iluminação pública, em que pese tivesse firmado com o município o aludido Termo de Transferência que repassava ao município essa obrigação.

Nesse cenário de insegurança jurídica, então, o TRF da Primeira Região, nas citadas apelações, julgou extintos os processos ajuizados pelos municípios, sem resolução de mérito, em atendimento à alegação da Distribuidora, que sustentou

a superveniente perda do interesse de agir, na forma do art. 485, VI, do CPC/2015.

De fato, a eventual declaração de (in) constitucionalidade do art. 218 da Resolução Normativa 414/2010 pretendida pelos municípios não afastaria a sua obrigação de assumir os ativos de iluminação pública, exatamente por força das disposições contidas nos supracitados Termos de Transferência, livremente firmados entre eles e as Distribuidoras. Assim, se as prestações jurisdicionais já não se tornam úteis ou necessárias aos autores, a falta de interesse de agir se manifesta e deve ser, como no caso efetivamente foi, declarada pelo TRF da Primeira Região.

Os dois casos em questão já transitaram em julgado, de maneira que há firme expectativa de que os municípios cuja situação fática seja similar acabem tendo o mesmo desfecho judicial em suas demandas, ao menos perante o TRF da Primeira Região.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Helvécio Franco Maia Júnior e Luis Felipe Bernardes Sá Telles

02.

Arbitragem em setores regulados

1. Introdução

Atualmente, o uso da arbitragem não é apenas possível, mas também recomendável à Administração Pública, haja vista que pode se configurar como uma forma célere e eficiente de atendimento do interesse público.

Ao longo das últimas décadas, foram muitos os paradigmas superados para sedimentar a admissibilidade da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública, como, por exemplo: (i) a contraposição entre a indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade do interesse patrimonial; (ii) o suposto conflito de competência entre a regra instituidora de foro legal exclusivo e a validade/efeitos da convenção arbitral; e (iii) eventual incompatibilidade entre a confidencialidade da arbitragem e o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública¹.

Com isso, foi observada uma evolução paulatina da legislação no país, associada à tendência de interpretações mais amplas e favoráveis por parte da jurisprudência e da doutrina relativamente à possibilidade de entidades estatais participarem de procedimentos arbitrais.

Solidificando ainda mais esse movimento, em 23/09/2019 foi publicado o Decreto Federal nº 10.025 dispondo sobre arbitragem no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, regulamentando o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233/2001, o art. 62, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, e o art. 31, § 5º, da Lei nº 13.448/2017.

2. Principais aspectos

De acordo com o artigo 1º, o referido Decreto aplica-se aos litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

Esse novo diploma legal revogou o antigo Decreto nº 8.465/2015, mantendo, contudo, algumas de suas soluções práticas, mas inovando e eliminando alguns pontos que já eram objeto de críticas no meio arbitral.

Ademais, o ato normativo acabou por dar mais segurança jurídica à atuação dos agentes públicos responsáveis pela submissão do litígio à arbitragem e a sua condução, na medida em que estabeleceu regras específicas quanto ao procedimento arbitral².

Em seu art. 2º, valendo-se de redação similar ao artigo 31, §4º da Lei de Relicitação (13.448/2017), o Decreto enumera rol exemplificativo de matérias consideradas patrimoniais disponíveis e, portanto, arbitráveis, inovando ao esclarecer que as penalidades e sua dosimetria estão enquadradas nesse rol. Vide:

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

- I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e
- III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Outro ponto importante e que merece esclarecimento é o disposto no inciso VIII do artigo 3º, nos termos do qual “a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo”. Sobre o ponto, é defensável que não há uma obrigação de o administrado exaurir toda a via recursal na esfera administrativa, bastando ser a decisão insuscetível de reforma, seja por não haver mais recursos cabíveis, seja por abdicação do prosseguimento na via administrativa.

No tocante à publicidade do procedimento, tema sensível e que tem sido objeto de muita reflexão pela doutrina, o novo Decreto previu como regra que caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações sobre o procedimento, que serão a priori públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação do segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

Por outro lado, visando a efetivar o princípio da celeridade, o artigo 8º estipula o prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses para a apresentação da sentença arbitral, contados da data de celebração do termo de arbitragem, sendo possível a prorrogação desse prazo, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo, se houver acordo entre as partes e desde que não se supere o prazo máximo de 48 (quarenta e oito) meses.

Embora seja laudável a iniciativa do Decreto no sentido de privilegiar o princípio da celeridade no âmbito dos procedimentos arbitrais, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses pode se mostrar um tanto exíguo em face da complexidade técnica das matérias usualmente discutidas em arbitragens envolvendo a Administração Pública. Ademais, condicionar eventual prorrogação ao acordo das partes pode, eventualmente, acarretar prejuízo ao direito das partes e, até mesmo, à qualidade das decisões exaradas pelos árbitros³.

Por fim, outro ponto que merece destaque é a regulamentação no tocante à habilitação e escolha da instituição arbitral, que deverá ser previamente credenciada pela AGU seguindo os seguintes requisitos mínimos: (i) estar em funcionamento regular como instituição arbitral há três anos; (ii) possuir idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e (iii) possuir regulamento próprio em português.

3. Considerações Finais

A publicação do Decreto Federal nº 10.025/19 representou mais um avanço na consolidação da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil. A precisão com que foram tratados alguns procedimentos e conceitos transmite ainda mais segurança para investidores nacionais e estrangeiros, bem como reflete o compromisso da Administração Pública Federal com a eficiência e a segurança jurídica na utilização da arbitragem.

Assim, o Decreto fornece às Agências Reguladoras setoriais (ANAC, ANTT e ANTAQ) maior confiança e incentivo para a inclusão de cláusula compromissória nas minutas de contratos de concessão ou de Termos Aditivos, o que pode contribuir para a solução de conflitos decorrentes desses acordos.

¹ MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Idioma, Sede e Lei Material Estrangeiros na Arbitragem com a Administração Pública. In Revista Brasileira de Arbitragem (RBA), Kluwer Arbitration, 2011, p. 79.

² PEREIRA, Cesar A.G. Decreto 10.025: Arbitragem com a Administração Pública Federal em setores regulados. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2SJRI2a>. Acesso em: 2/1/2020.

³ TOLEDO, Leonardo et al., O novo decreto da arbitragem de infraestrutura. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2QLn1Hq>. Acesso em: 6/1/2020.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Maria João C. P. Rolim e Derick de Mendonça Rocha

03 ■

Aspectos Críticos da reorganização do marco legal das concessões de serviço público no Brasil.

O arcabouço legislativo nacional concentra a matéria de concessões de serviço público e parcerias público privadas na Lei nº 8.987 de 1995 e a Lei nº 11.079 de 2004. Desde então, contudo, muito evoluíram as relações contratuais de prestação de serviços entre o Poder Público (Administração Pública direta e indireta) e o particular, sobretudo em razão da necessidade de expansão da infraestrutura nacional para atendimento dos objetivos econômico sociais, o que veio acompanhado de uma resignificação da supremacia do interesse público sobre o privado e, assim, da posição contratual ocupada pelo particular concessionário.

Neste contexto de mudanças, no decorrer de 2019 discutiu-se no âmbito legislativo (sobretudo na Câmara dos Deputados) o que se chama de um novo Marco Legal de Concessões para o país. A intenção foi concentrar e modernizar as disposições sobre Concessões de Serviços Público e Parceria Público-Privadas. Segundo o Relator do projeto, a finalidade é criar possibilidade de “formatos outros de contratos de concessão para abarcar as diferentes demandas de empreendimentos e prestação de serviços públicos”, além de conferir maior segurança jurídica e atrair investimentos privados para os serviços públicos e o setor de infraestrutura do país.

A minuta do Projeto de Lei, já aprovada na Comissão Especial, propõe inovar em temas importantes que implicam alterações que deverão ser objeto de maior estudo aprofundado, sobretudo quanto ao seu impacto no modelo já vigente e na perspectiva do futuro. Para a reflexão no espaço deste breve artigo, selecionamos algumas:

(I) Alocação de risco dos contratos de concessão – obrigatoriedade de formulação de uma matriz de riscos para todos os contratos de concessão, na qual ficará definido o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato em relação a

eventos supervenientes, previsão esta que pode contribuir para conferir maior segurança jurídica e previsibilidade às partes contratuais, ao deixar mais clara a divisão de responsabilidades atinentes à execução do contrato, não obstante já fosse um direito do contratado;

(II) Possibilidade de uma Concessão simplificada – criação de uma modalidade específica para projetos com valor de investimentos inferiores a R\$ 100 milhões e receita anual média do contrato inferior a R\$ 5 milhões, que poderão utilizar-se de estudos simplificados baseados em médias de mercado, desobrigando-se a realização de audiência pública, inclusive em ambiente virtual, dentre outras flexibilizações. No entanto, permanece a exigência de transparência que permita o controle do procedimento, especialmente com a dispensa de realização de audiência pública sugerida.

(III) Maior acesso do investidor privado estrangeiro e atração de investimentos - cláusula de variação cambial nas debêntures incentivadas e pela possibilidade de sua emissão no exterior, visando, com isso, atenuar os riscos do investidor estrangeiro em relação à variação cambial de nossa moeda e assim estimular o investimento privado estrangeiro no setor de infraestrutura nacional. Implementação do Acordo Tripartite, onde os financiadores poderão figurar como parte ao lado do poder concedente e da concessionária, conferindo maior protagonismo ao financiador na fiscalização da execução do contrato e na preservação de seus interesses, prevendo mecanismos como a possibilidade de o acordo estabelecer que os pagamentos devidos pelo poder concedente à concessionária a título de indenizações e compensações sejam pagos diretamente aos financiadores;

(IV) Novas modalidades de garantias nos contratos públicos – criação de novas modalidades e possibilidade de combinação de modalidades distintas, dentre as quais destacam-se: a criação de contas vinculadas de natureza privada para pagamento; direito de preferência em rateio de tarifas, preços públicos e taxas; contratação de empréstimos; e, cessão de créditos da administração pública.

(V) Fortalecimento dos Meios alternativos de resolução de controvérsias (conciliação, mediação, arbitragem e o comitê de prevenção e resolução de disputas), com designação de capítulo específico para regulamentar regras de funcionamento e procedimentos.

(VI) Maior segurança jurídica para os gestores públicos e os empreendedores. Quanto aos primeiros, propõe-se a contratação de seguro responsabilidade civil para conselheiros ou diretores de agências reguladoras. Já para ampliar a segurança jurídica dos empreendedores, o PL propõe algumas medidas como: (a) previsão de período prévio ao início da eficácia do contrato para verificação de pendências, liberação de áreas, obtenção de licença ambiental, celebração de contratos de financiamento, estruturação de garantias contratuais ou adoção de outras providências para regularidade do início da execução contratual; (b) proibição expressa de vinculação das obrigações a fatores incertos, indeterminados ou dependentes de exclusivo critério de uma das partes, ao reajuste, revisão das tarifas, dos preços, das contraprestações, aportes, etc; (c) limitação da responsabilidade civil do financiador da concessão por dano ambiental, sendo necessário comprovar o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano ambiental ocorrido, situação na qual a responsabilidade também poderá ser afastada, quando restar comprovado o pleno cumprimento de seu dever de diligência ambiental.

(VII) Instituto da Autorização - projetos explorados mediante concessão ou permissão poderão ser explorados por autorização, desde que não já concedido em regime de exclusividade e esteja disponível a todos os interessados. Além disso, ficou estabelecido que a exploração de atividade econômica ou serviço por meio de autorização não gera à autorizatória qualquer direito adquirido a contraprestação pecuniária ou aporte de recursos. Em contrapartida, os bens adquiridos pela autorizatória e utilizados na exploração da atividade econômica não são reversíveis ao Poder Concedente ao final da autorização.

Importante destacar, por fim, que algumas inovações trazidas no PL já são alvo de polêmicas, dentre as quais destacamos:

(I) Intervenção na concessão - Enquanto a Lei nº 8.897/95 trazia vaga regulamentação sobre o tema, o PL nº 7.063/17 estabeleceu o procedimento para declaração de intervenção, os efeitos decorrentes, e prazos a serem obedecidos, previsões que tendem a conferir maior segurança jurídica e previsibilidade à execução dos contratos;

(II) Declaração de caducidade (rescisão unilateral) dos contratos pelas agências reguladoras – argumenta-se que, da forma como está, o projeto dificulta a possibilidade de caducidade, sobretudo por conceder mecanismos para que o concessionário apresente plano de recuperação ou planos de transferência de controle societário e, sendo aprovado pelo poder concedente, interrompem o processo de caducidade.

(III) Redução ou extinção de multas e penalidades em caso de transferência do controle acionários - prevista como uma faculdade do poder concedente no ato da análise do requerimento de transferência, o que repousa em certa discricionariedade;

(IV) Efetivação de reajustes tarifários sem a necessidade de homologação dos órgãos reguladores - quando as atualizações dos valores se basearem em índices ou fórmulas matemáticas, é dispensado a celebração de termo aditivo ao contrato “por razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato, mediante a formalização nos autos da contratação e comunicação prévia à concessionária”.

Em linhas gerais, vê-se que o objetivo principal do Projeto de Lei é concentrar as orientações normativas incidentes sobre as concessões de serviço público, visto que muitas das disposições já estavam previstas, mas de forma esparsa na legislação. Há, contudo, um esforço inegável em aumentar a estabilidade e segurança jurídica das relações contratuais, o que pode ser muito importante para impulsionar a infraestrutura no país, desde que implementadas de forma efetiva e com observância da ordem jurídica vigente.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Maria João C. P. Rolim, Alice Khouri e Bernardo Gabriel Ferreira da Silva

04 ■

Cobrança pelo uso de faixas de domínio de vias públicas: evolução da controvérsia em 2019

De grande interesse para o Setor Elétrico, notadamente para os agentes atuantes nos segmentos de transmissão e de distribuição de energia elétrica, é a solução a ser dada à controvérsia relativa à (in) exigência de remuneração, por tais agentes, em contrapartida pelo uso das faixas de domínio de vias públicas quando exploradas diretamente por Entes Federados ou indiretamente, sob o regime de concessão.

Referida controvérsia tem origem no fato de que os agentes que atuam no setor elétrico o fazem por delegação da União Federal, a quem compete explorar, direta ou indiretamente, os serviços e instalações de energia elétrica, nos termos do artigo 21, XII, 'b' da Constituição, ao passo que a administração de rodovias estaduais compete àqueles Entes Federados, que por vezes exigem a remuneração pelo uso das respectivas faixas de domínio e, por outras, conferem aos concessionários a quem se delega a administração das rodovias a prerrogativa de auferir receitas extraordinárias a com a cobrança pelo uso das faixas de domínio.

Eis a questão: poderia um agente econômico, atuando por delegação da União, em regime regulado, sofrer cobranças impostas por outro Ente Federado, direta ou indiretamente, para a consecução das atividades a ele delegadas?

A resposta a tal questão parece-nos claramente negativa, em razão de o Supremo Tribunal Federal já haver reconhecido a impossibilidade de cobrança pelo uso de bens públicos (categoria na qual se inserem as faixas de domínio) por ocasião do julgamento do Tema nº 261 da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário nº 581.947/RO).

Não obstante, o fato de o STF ainda não ter delimitado o alcance de tal decisão, na pendência do julgamento de Embargos de Declaração opostos com este objetivo em 2014, tem fomentado a subsistência da controvérsia nas instâncias

inferiores: percebe-se inexistir entendimento unânime entre os Tribunais pátrios, nem mesmo dentro de um mesmo Tribunal.

Por exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, que concentra parte expressiva das lides sobre o tema, prepondera o entendimento permissivo à referida cobrança, muito embora decisões em sentido contrário tenham sido proferidas ao longo do ano de 2019.

O Superior Tribunal de Justiça, também ao longo de 2019, caminhou no sentido de permitir a referida cobrança quando houver, nos contratos de concessão da exploração de vias públicas, cláusula que permita ao concessionário auferir receitas extraordinárias em contrapartida pelo uso por terceiros das respectivas faixas de domínio. A consolidação deste entendimento no STJ soa contraditória, na medida em que, também em 2019, o mesmo Tribunal referendou entendimento em sentido diverso quando a cobrança provém de Entes de direito público.

Não obstante, ao longo de 2019 a temática voltou a ser abordada pelo STF, em diversos Recursos Extraordinários ainda pendentes de decisão e outros decididos monocraticamente – dentre os quais se destaca o RE nº 1.210.477/SP, em que o Relator, Ministro Alexandre de Moraes entendeu pela ilegalidade da cobrança pretendida em face de concessionária de distribuição de energia, justamente a partir da aplicação do Tema nº 261 da Repercussão Geral⁴. Ademais, em caso sob nosso patrocínio, também em aplicação do Tema nº 261 da Repercussão Geral, o Min. Luiz Edson Fachin determinou a devolução ao STJ para retratação de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão daquele Tribunal que havia reputado legítima a cobrança em comento.

Ainda em 2019, o Plenário do STF teve nova oportunidade para encaminhar a definição da questão por ocasião da retomada do julgamento da ADI nº 3.763, em que a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) questiona lei estadual do Rio Grande do Sul que permitiu a cobrança em comento ao Poder Executivo daquele Estado. Após votos pela inconstitucionalidade da cobrança pela Relatora, Ministra Cármen Lúcia, acompanhada pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin e Rosa Weber, o julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Luiz Fux.

Apesar de a ADI nº 3.763 ainda não ter sido reincluída em pauta, é provável que em 2020 o STF venha a decidir, colegiadamente, sobre a controvérsia em comento, contribuindo para o que pode ser o desfecho de um embate que movimentava vultosas somas e traz elevado grau de insegurança jurídica ao Setor Elétrico Brasileiro.

⁴ STF. ARE nº 1.210.477/SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes. decisão monocrática publicada no DJE em 07/06/2019.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Helvécio Franco Maia Júnior e Felipe Renault Coelho da Silva Pereira

05 ■

Regulação: inovações em 2019 e tendências

A regulação econômica é uma área bastante dinâmica, dada a relação direta entre dois interesses distintos (porém não necessariamente divergentes) e complexos: Estado, responsável pela tutela e consecução do interesse público; e agentes econômicos, players com legítima expectativa de lucro a partir da exploração da atividade econômica. Especificamente no ano de 2019, diversas iniciativas e medidas específicas impactaram o desenvolvimento da regulação econômica no Brasil. De modo breve, destacamos algumas das medidas com repercussão relevante nos mais diversos setores regulados.

De plano, destacamos a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874, de 20/09/2019), fruto de conversão da MP 881, de 30/04/2019, que estabeleceu garantias de livre mercado, disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador. Para além destas importantes determinações, o diploma legal reforçou ainda a obrigatoriedade de Análise de Impacto Regulatório (AIR) para edição e alteração de atos normativos, o que foi posteriormente ratificado pela Lei Geral das Agências Reguladoras, que traçou linhas gerais e determinou a edição de regulamentação. Referida obrigatoriedade consiste em importante instrumento para melhoria da qualidade e eficiência da regulação na medida em que exige do regulador fundamentada motivação e demonstração técnica das razões da adoção de determinado ato regulatório. A medida denota inegável ganho de transparência e segurança jurídico-regulatória.

Importante ressaltar, entretanto, que a necessidade de se embasar o ato regulatório com respectiva AIR não foi exatamente novidade da Lei de Liberdade Econômica. De fato, tal instrumento já existia como prática regulatória não normatizada e era adotada por algumas Agências, contudo, de forma incipiente e pouco desenvolvida. O que a nova legislação trouxe foi o reforço da obrigatoriedade, com base legal, para uma regulamentação mais detalhada da metodologia e requisitos afetos à AIR. Tal metodologia da AIR ainda está

pendente de regulamentação que deverá trazer definição quanto aos quesitos mínimos e matérias a serem objeto de AIR, traçando as linhas gerais quanto às hipóteses em que será obrigatória a sua realização e as hipóteses em que esta análise poderá ser dispensada, bem como o regimento operacional de realização da AIR dentro de cada agência, conforme preceitua o art. 5º, da Lei n. 13.874 e 6º, da Lei n. 13.848, ambas de 2019 e as peculiaridades de cada mercado regulado. Não obstante a regulamentação pendente, a relevância do dispositivo é reforçar e firmar princípios regulatórios importantes, relacionados principalmente à proporcionalidade e razoabilidade do ato regulatório em face do objetivo pretendido.

Outro importante diploma legal publicado no último ano foi a Lei das Agências (Lei n. 13.848, de 25/06/2019), que unificou disposições aplicáveis a todas as entidades reguladoras dos mais variados setores regulados. Aguardada há anos pelos setores regulados por razões de padronização de princípios gerais importantes em qualquer área da regulação econômica, a lei foi sancionada dispondo, dentre outros assuntos, sobre a gestão, organização, processo decisório e o controle social das agências reguladoras, além de inovar ao positivizar regras de: *compliance* e governança, princípios da proporcionalidade, razoabilidade, primazia do interesse público no exercício do poder de polícia; imposição do instrumento do AIR; padronização dos conceitos de Consulta e Audiência Pública; métodos de controle externo das Agências via Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União – TCU e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC; padronização de regras para delimitação de colegiados e dirigentes.

Para além das inovações legislativas mencionadas acima, há ainda que mencionar os avanços na regulação responsiva ao longo de 2019, com vistas a afastar excessos na punição dos agentes mediante análise prévia dos riscos regulatório e o comportamento individual dos agentes, em linha com um modelo de regulação conhecida como “regulação por incentivos”. No caso do setor de telecomunicações, por exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL promoveu a revisão da Regulamentação do Processo de Fiscalização Regulatória, em que se discute a substituição do atual modelo, que é baseado na lógica do comando e controle e moldado a partir de grande número de regras e sanções. Neste processo, foi enfatizado a substituição de algumas

normas por outras mais aderentes a um modelo de diálogo e cooperação, com atenuação do aspecto mais interventivo da regulação. Em coerência com essa perspectiva, cabe notar que em parceria com a própria ANATEL a Universidade de Brasília – UnB vem desenvolvendo estudo detalhado acerca dos impactos da implementação de um modelo regulatório mais responsivo.

Ainda nessa linha, no âmbito do setor elétrico, foi publicada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL a Resolução Normativa nº 846/2019 que trata dos procedimentos, parâmetros e critérios para imposição de penalidades para os agentes do setor de energia elétrica, em substituição ao marco sancionatório de 2004, até então vigente. Apesar de existirem diversos pontos discutíveis e que merecem estudo aprofundado, a nova resolução normativa consigna que “a fiscalização visará, primordialmente, à educação e orientação dos agentes do setor de energia elétrica”, o que, em tese, é mais afeita à regulação responsiva e por incentivos, de modo que permite à Agência firmar plano de resultados com os agentes setoriais a fim de delimitar objeto, prazo e ações para reverter situação eventualmente identificada como indesejada do ponto de vista regulatório.

Também nesse contexto, no setor de aviação civil a Agência reguladora ANAC incluiu em seu Plano Estratégico para 2020/2026 a construção de um modelo de “regulação responsiva e inteligente, sem barreiras e intervenções desnecessárias ao desenvolvimento e à competitividade”, o que também indica uma tendência positiva para uma regulação mais descentralizada e eficiente, mas que também dependerá das regras e medidas específicas que forem implementadas naquele setor.

Em análise mais ampla, sem a pretensão de exaurir o rol de outras possíveis medidas, as aqui mencionadas indicam uma tendência em princípio positiva, dada a intenção de promover a transparência e estabilidade que fica evidente nos diplomas legais publicados. A estabilidade, por sua vez, promove a confiança na regulação e deriva do próprio princípio da segurança jurídica, advindo do corolário da legalidade, na medida em que os agentes podem esperar e confiar que o Regulador agirá conforme linha de atuação regulatória definida, que está respaldada pela Lei⁵.

A tendência, contudo, depende ainda de ser confirmada pela implementação prática dos preceitos aqui anunciados, sob pena de ineficiência dos modelos pretendidos. A interiorização dos incentivos adotados e definidos depende que estes sejam previsíveis, estabelecidos em norma e guardem linha de coerência

e aderência à realidade a ser regulada, mas sobretudo depende da efetivação e aplicação prática dos dispositivos legislativos, âmbito em que avulta a importância do controle da legalidade e do monitoramento dos efeitos contínuos desses atos sobre os setores regulados como parte do ciclo de governança regulatória, controle esse que se dá tanto pelas entidades governamentais quanto pela própria sociedade civil.

⁵ É esta, inclusive, a determinação constitucional quando dispõe, em seu art. 174, caput, que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Maria João C. P. Rolim , Ticiane Franco, Alice Khouri, Clinger Barros

06 ■

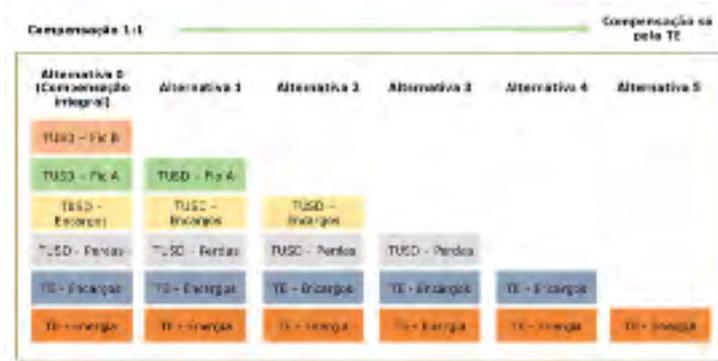
Revisão da regulamentação de geração distribuída em 2019

Em 2012, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL editou a Resolução Normativa nº 482 de 17/04/2012 (“REN 482”) que regulamentou a Micro e Minigeração Distribuída (“Geração Distribuída” ou “GD”) e criou o Sistema de Compensação de Energia Elétrica.

Por meio do referido regramento, a Agência permitiu que consumidores gerassem a própria energia a partir fontes renováveis e de cogeração, desde que respeitados os limites de potência instalada de micro e minigeração - até 75kW ou entre 75kW a 5MW respectivamente. Assim, tais consumidores - também chamados de “prosumidores” - podem compensar o consumo próprio com créditos de energia, calculados a partir da energia gerada pela GD e injetada na rede de distribuição. Segundo informações da própria ANEEL, essa sistemática favoreceu fortemente o crescimento da GD no país: a quantidade de instalações de geração distribuída de energia subiu de 22.183 em 2017 para 53.345 em 2018 – um aumento de cerca de 140% no período de apenas um ano.

Com a tendência de aumento significativo da GD e considerando a previsão de revisão contida na norma, a ANEEL iniciou em 2018 o processo de revisão da REN 482 mediante abertura de Consulta Pública para elaboração da Análise de Impacto Regulatório – AIR. A discussão para revisão da norma se estendeu durante todo o ano de 2019 mediante abertura de novas Audiência e Consultas Públicas com divulgação da minuta do novo regramento e deverá alongar-se ainda pelo ano de 2020.

No decurso do processo de revisão, a alteração do sistema de compensação de energia tem sido o aspecto mais controvertido. No regramento atual, a compensação de energia ocorre na proporção 1:1 – isto é, a energia gerada pela GD é compensada integralmente com a energia fornecida pela distribuidora (alternativa 0). No processo de revisão, entretanto, estavam sendo consideradas outras alternativas de compensação, conforme sintetizamos no quadro abaixo:



Em que pese diversas alternativas terem sido aventadas, a minuta de resolução divulgada pela ANEEL em 17/10/2019 propõe que a regra de compensação integral seja substituída pela Alternativa 5, imediatamente após a publicação da nova norma, no caso da GD remota (geração e consumo em unidades consumidoras diferentes), ou após um regime gradual, no caso da GD local (geração e consumo na mesma unidade consumidora). Ainda nos termos da minuta, para empreendimentos já conectados ao sistema de distribuição ou cuja solicitação de acesso ao referido sistema já tenha sido protocolado antes da publicação da nova norma, seriam mantidas as regras atuais (alternativa 0) durante o prazo de 10 anos. A proposta tem gerado discussões polarizadas quanto à possibilidade e necessidade de se adotar o novo regramento.

A favor da proposta da ANEEL, argumenta-se que a sistemática atual não seria sustentável no longo prazo por perpetuar uma forma de subsídio cruzado que favoreceria os prosumidores, em detrimento dos demais consumidores cativos que não se encontram em regime de GD. Por outro lado, diversos agentes contrapõem que, além da Alternativa 5 representar uma mudança drástica e com impactos extremos para investimentos no segmento de GD, não contempla os benefícios que esses tipos de projetos garantem para a própria rede de distribuição e para o sistema como um todo. Argumenta-se, ainda, que o regime anterior teria gerado um direito adquirido, ou ao menos uma legítima expectativa de manutenção do regime de compensação nos termos anteriores.

Em que pese a legitimidade dos argumentos apresentados por ambos os lados, o mais relevante é a necessidade de preservação tanto do arranjo institucional, que garante a independência da Agência Reguladora (com o controle do Poder Judiciário, no que couber), como também os princípios da boa regulação, dentre os quais o da coerência regulatória e o da tarifa justa. Deve-se ressaltar, ainda, a necessidade de promover uma visão transparente da estrutura tarifária, de forma que os subsídios sejam objeto de política pública específica, assim como de

escolhas energéticas (fontes preferenciais, por exemplo) emanadas de diretrizes claras, sendo certo que a indefinição das regras a serem aplicadas para os empreendimentos representa prejuízo claro para o setor e futuros investidores.

Até o presente momento a discussão está longe de um consenso e tem ocupado jornais e revistas em aquecida polêmica, motivando, inclusive, um pedido de medida cautelar contra a revisão da REN 482 perante o Tribunal de Contas da União por parte do Ministério Público, além de manifestações presidenciais e de outros membros do Congresso Nacional. Nesse contexto, a atuação da Agência como ente regulador independente será essencial para conciliar os interesses dos agentes envolvidos, garantir a efetividade da participação pública e assegurar um novo regramento compatível com o desenvolvimento sustentável da GD no país.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Maria João C. P. Rolim, Elise Calixto e Roberta Arakaki

07 ■

Texto-base do novo marco legal do Saneamento e a inclusão no PPI

O ano de 2019 foi marcado por avanços e incentivos no setor de saneamento básico que passou a ser um dos focos do Governo Federal para os próximos anos. Os dois grandes destaques foram a aprovação do texto-base do novo Marco Legal do setor e a inclusão da política de fomento no PPI.

Em 17 de dezembro, a Câmara dos Deputados aprovou o texto-base que estabelece o novo marco legal do saneamento básico. Tramitaram na Câmara diferentes projetos de lei sobre o tema, entre eles, um de iniciativa do Poder Executivo (PL 4162/19) e outro de iniciativa do Senado (PL 3261/19). Os deputados aprovaram uma preferência para que fosse levado à votação e aprovado o PL 4162/19. Agora, o texto será analisado e votado pelo Senado Federal.

Para facilitar o acompanhamento dos temas, sintetizamos abaixo alguns dos principais pontos em discussão sobre o novo marco legal do saneamento básico:

- a) Prestação de serviços direta ou por meio de concessão dos serviços à iniciativa privada.** Projeto busca estimular privatização de empresas estatais que prestam os serviços de saneamento básico.
- b) Concorrência entre iniciativa privada x empresas estatais.** Licitação com participação de empresas privadas e públicas, sem direito de preferência para empresas públicas.
- c) Consórcios Públicos e Convênios de Cooperação** entre Municípios vizinhos: possibilidade para ampliação da área de cobertura o que pode favorecer maior eficiência nos serviços prestados e ganho de escala.
- d) Contratos de Concessão:** definição de cláusulas essenciais, abrangendo metas de expansão, redução de perdas, qualidade na prestação de serviços, eficiência e de uso racional da água, reuso de efluentes sanitários e de aproveitamento de águas de chuva, fontes de receitas alternativas, metodologia de cálculo

de indenização relativa a bens reversíveis não amortizados, repartição de riscos, incluídos riscos de caso fortuito e de força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, mecanismos de resolução de conflitos.

e) Vigência dos Contratos. Os contratos de concessão ou contratos programa atualmente vigentes poderão ser renovados por mais 30 anos até março de 2022. No entanto, deverá ser comprovada capacidade econômico-financeira para investimentos visando a universalização dos serviços até 2033.

f) Universalização do Uso. Estabelecimento de metas para acesso à água potável, bem como coleta e tratamento de esgoto.

g) Alternativas para sustentabilidade econômico-financeira dos serviços; indenização de investimentos não amortizados; prestação de serviços regionalizada via blocos compostos por Municípios visando ganho de escala; menor exigência em estudos de viabilidade técnica; simplificação dos planos de saneamento para pequenos municípios.

h) Planos de Saneamento Básico com o estabelecimento de metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados.

i) Regulação e Fiscalização. Definição da entidade responsável pela regulação e fiscalização dos serviços. Atuação da Agência Nacional de Águas (ANA).

j) Política Nacional de Resíduos Sólidos. Prorroga o prazo para o fim dos lixões, mas estabelece condições que devem ser atendidas pelos Municípios, tais como a fixação de plano de gestão de resíduos sólidos e de taxas (ou tarifas) para sustentabilidade econômico-financeira.

O PL nº 4162/19 prevê alterações na Lei nº 9.984/2000 (dispõe sobre a Agência Nacional de Águas), na Lei nº 11.107/05 (normas gerais de contratação de consórcios públicos), na Lei nº 11.445/07 (diretrizes nacionais de saneamento básico), na Lei nº 12.305/10 (política nacional de resíduos sólidos), Lei nº 13.089/15 (estatuto da metrópole) e na Lei nº 13.529/17 (prevê a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privada, altera a Lei nº 11.079/04).

No trecho que modifica a Lei nº 9.984/2000, o PL nº 4162/19 altera a atuação da **Agência Nacional de Águas (ANA)**, estabelecendo que deverá editar normas de referência sobre padrões de qualidade e eficiência na prestação, manutenção e operação dos serviços, regulação tarifária, padronização de contratos, critérios para a contabilidade regulatória, redução progressiva da perda de

água, metodologia de cálculo de indenizações em razão de investimentos realizados e não amortizados ou depreciados. Além disso, as normas de referência deverão estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica da prestação de serviços. Ao mesmo tempo, deverão ser estabelecidos mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda visando possibilitar a universalização dos serviços. A ANA também disponibilizará ação mediadora ou arbitral nos conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços de saneamento básico.

Entre os destaques aprovados, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades na área de saneamento fica sob a responsabilidade do município. Se não houver órgão responsável pelo licenciamento ambiental na cidade, a responsabilidade será estadual.

Ainda no dia 20 de dezembro, foi publicado o Decreto nº 10.187/19, que incluiu a política de fomento ao setor de saneamento básico no âmbito do PPI (Programa de Parcerias para Investimento), com o intuito de possibilitar a realização de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada para a universalização do saneamento básico no País. É mais uma medida legal tomada para efetivar o plano do Governo Federal de tornar o saneamento o principal foco de investimentos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, conforme anunciado pelo Ministério da Economia no início de dezembro.

Com o avanço dessas frentes, especialmente a concretização da aprovação do novo marco legal em 2020, espera-se que o setor de saneamento se torne um dos grandes atrativos para investimentos privados nos próximos anos, desenvolvendo um dos grandes potenciais do país.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Gustavo Miranda, Paulo Teixeira Fernandes e Victor Duarte Almeida



92 | SOCIETÁRIO

1

**A LEI ESTADUAL DE BARRAGENS
E A RESPONSABILIDADE DOS
ADMINISTRADORES**

2

**ALIENAÇÃO DO CONTROLE DE SOCIEDADES
DE ECONOMIA MISTA E SUAS SUBSIDIÁRIAS
E CONTROLADAS**

3

**ASPECTOS SOCIETÁRIOS SOBRE A LEI DA
LIBERDADE ECONÔMICA**

4

**CVM ALTERA REGRAS DE REGISTRO DE
OFERTAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE
VALORES MOBILIÁRIOS**

5

**REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DOS
DOCUMENTOS DE SOCIEDADES ANÔNIMAS**

01. ■

A Lei Estadual de Barragens e a responsabilidade dos administradores

Em 25 de fevereiro de 2019 foi publicada a Lei do Estado de Minas Gerais nº 23.291 (“Lei Estadual de Barragens”), que instituiu a política estadual de segurança de barragens.

A Lei Estadual de Barragens foi aprovada em decorrência do rompimento de barragens e regula, no Estado de Minas Gerais, a Política Nacional de Segurança de Barragens (“PNSB”), que foi instituída pela Lei Federal nº 12.334 de 20 de setembro de 2010 (“Lei Federal de Barragens”).

O artigo 18 da Lei Estadual de Barragens criou nova obrigação, determinando que os relatórios de auditorias técnicas de segurança e os planos de ações emergenciais de barragens (“Relatórios de Auditorias” e “Planos de Ações”, respectivamente) sejam submetidos à deliberação dos administradores da sociedade nos seguintes termos:

“Art. 18 - Os relatórios resultantes de auditorias técnicas de segurança, extraordinárias ou não, e os planos de ações emergenciais serão submetidos, para ciência e subscrição, à deliberação dos membros dos conselhos de administração e dos representantes legais dos empreendimentos, que ficam coobrigados à adoção imediata das providências que se fizerem necessárias.”

O referido dispositivo legal é uma resposta às alegações de executivos de mineradoras envolvidas em acidentes com barragens de que conclusões de laudos e relatórios técnicos não teriam chegado ao crivo da alta administração (Conselho de Administração e Diretoria) dessas sociedades.

O artigo 18 da Lei Estadual de Barragens estabelece que os Relatórios de Auditorias e os Planos de Ações sejam submetidos à deliberação dos membros dos conselhos de administração e dos representantes legais. Essa disposição deve ser interpretada em harmonia com o Código Civil e a Lei de Sociedades Anônimas, dispensando-se existência de Conselho de Administração nas hipóteses em que a Lei não impõe sua criação.

Por outro lado, há um claro equívoco no texto da Lei Estadual de Barragens, na parte que atribui aos representantes legais dos empreendimentos a competência para deliberar sobre os Relatórios de Auditorias e os Planos de Ações. Isto porque os empreendimentos, que são as próprias barragens, não possuem representantes legais. As barragens são bens desprovidos de personalidade jurídica. O empreendedor, a pessoa jurídica titular das barragens, é que possui representantes legais.

Note-se, ainda, que o artigo 18 da Lei Estadual de Barragens determina que os Relatórios de Auditorias e os Planos de Ações sejam submetidos, para ciência e subscrição, à deliberação da Diretoria. O simples fato de tais documentos serem submetidos à deliberação da Diretoria já significa que os diretores tiveram ciência de seus termos.

No entanto, o texto do artigo 18 da Lei Estadual de Barragens gera dúvidas sobre quem deve subscrever os Relatórios de Auditorias e os Planos de Ações: todos os membros da Diretoria ou apenas os diretores responsáveis? Uma interpretação que concilia as obrigações de subscrição e deliberação impostas pelo artigo 18 da Lei Estadual de Barragens seria tais documentos serem submetidos à deliberação dos órgãos societários competentes, Conselho de Administração e/ou Diretoria, conforme aplicável, e subscritos apenas pelos diretores responsáveis. Reforça esse entendimento o fato de os membros do Conselho de Administração, quando existente esse órgão, não terem poderes para representar a sociedade. Os conselheiros não assinam pela sociedade. São os diretores que o fazem. O Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.

Deste modo, considerando que, a nosso ver, é desnecessária a subscrição dos Relatórios de Auditorias e dos Planos de Ações por todos os diretores, indaga-se: Quem são os diretores, portanto, que devem subscrevê-los?

Considerando a complexidade de tais documentos, que exigem conhecimentos técnicos e especializados para sua análise e compreensão, entendemos que a interpretação mais plausível é a de que compete aos diretores cujas funções estejam diretamente relacionadas às barragens, subscrever os Relatórios de Auditorias e os Planos de Ações.

Resta-nos analisar, ainda, a extensão da responsabilidade imposta pelo artigo 18 da Lei Estadual de Barragens aos diretores. O referido dispositivo legal estabelece que os diretores ficam coobrigados à adoção imediata das providências

(previstas nos Relatórios de Auditorias e nos Planos de Ações) que se fizerem necessárias para a segurança das barragens.

Trata-se de obrigação de fazer: tomar as providências necessárias, como reforçar as estruturas da barragem, substituir os sistemas de alarme ou descomissionar a barragem. Tal obrigação de fazer não é nova. Para cumprir o dever de diligência (artigo 153 da Lei de Sociedades Anônimas) os diretores devem tomar (ou cuidar para que o(s) diretor(es) responsáveis tomem) as providências apontadas nos Relatórios de Auditorias e nos Planos de Ações.

Pode causar estranheza a coobrigação. Contudo, o artigo 158, §2º, da Lei de Sociedades Anônimas, que se aplica às companhias fechadas, estabelece que os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da sociedade, ainda que, pelo estatuto/contrato social, tais deveres não caibam a todos eles. Como o rompimento de barragem pode causar graves danos, afetando o normal funcionamento da sociedade, pode-se entender que os diretores das companhias fechadas já seriam solidariamente responsáveis pela prática dos atos indicados nos Relatórios de Auditorias e nos Planos de Ações mesmo antes da Lei Estadual de Barragens.

Nas companhias abertas a responsabilidade é diferente. O artigo 158, §3º, da Lei de Sociedades Anônimas restringe, expressamente, a responsabilidade aos diretores que, por disposição do estatuto social, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

Cabe ponderar, por fim, que compete privativamente à União Federal legislar sobre direito comercial e jazidas, minas e outros recursos minerais (artigo 22, incisos I e XII, da Constituição da República). Portanto, poder-se-ia sustentar que o artigo 18 da Lei Estadual de Barragens avançou na competência da União Federal ao regulamentar direito comercial e/ou jazidas, minas e outros recursos minerais, sendo, assim, inconstitucional.

No entanto, deve-se destacar que se encontra em tramitação o Projeto de Lei 2.791/2019 (“PL 2.791/2019”) que altera o artigo 8º da Lei Federal de Barragens, para nele incluir o §6º, com a seguinte redação:

§ 6º O Plano de Segurança da Barragem deve ser assinado pelo responsável técnico, com ciência do proprietário, do diretor técnico ou do presidente da empresa.”

Além do PL 2.791/2019 em tramitação, destaca-se que foi publicada no dia 8 de agosto de 2019, a Resolução nº 13 da Agência Nacional de Mineração – ANM, que estabelece medidas regulatórias para as barragens de mineração, notadamente aquelas construídas ou alteadas pelo método denominado “a montante” ou por método declarado como desconhecido. A Resolução nº 13 alterou o parágrafo único do artigo 22 da Portaria DNPM nº 70.389/2017, nos seguintes termos:

Art. 22. O empreendedor deve encaminhar ao DNPM, por meio do SIGBM, a Declaração de Condição de Estabilidade da Barragem com cópia da respectiva ART na forma do Anexo III, individualizada por barragem, semestralmente, entre os dias 1º e 31 de março e 1º e 30 de setembro.

Parágrafo único. A DCE da barragem deverá ser assinada pelo responsável técnico por sua elaboração e pela pessoa física de maior autoridade na hierarquia da empresa responsável pela direção, controle ou administração no âmbito da organização interna da citada empresa. (destacamos).

Nota-se, portanto, que as alterações normativas que estão sendo propostas e implementadas estão aproximando a legislação federal da Lei Estadual de Barragens, no sentido de reforçar a responsabilidade dos administradores de mineradoras que possuem e administram barragens.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Fabio Appendino e Alessandra Rezende Torres

02.

Alienação do controle de sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas

Em junho de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de quatro medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade (5.624, 5.846, 5.924 e 6.029) versando sobre a alienação do controle de sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas.

Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta (artigo 4 da Lei 13.303/2016).

Subsidiária é a companhia que tem como único acionista uma sociedade brasileira (artigo 251 da Lei 6.404/1976) e controlada é a sociedade na qual a controladora, diretamente ou por intermédio de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (artigo 243 da Lei 6.404/1976).

No julgamento das referidas medidas cautelares, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao artigo 29, inciso XVIII, da Lei da 13.303/2016, o qual dispensa a realização de licitação na compra e venda de ações, interpretação conforme à Constituição da República e decidiu que:

- (i) a alienação do controle de sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e
- (ii) a alienação do controle de subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista não exige autorização legislativa, podendo a operação ser realizada sem a necessidade de licitação,

desde que garantida a competitividade entre os potenciais interessados e os princípios que regem a administração pública previstos no artigo 37 da Constituição da República, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Portanto, a alienação do controle de sociedades de economia mista, além de exigir autorização legislativa, deve ser realizada por meio de leilão organizado por entidade administradora de mercado organizado (a B3 – Brasil, Bolsa Balcão S/A, por exemplo), em conformidade com as Instruções CVM 400/2003 e 480/2009, conforme alteradas.

Nos termos dos artigos 7 e 5 das Instruções CVM 480/2009 e 400/2003, respectivamente, o emissor de valores mobiliários e a oferta pública de distribuição de ações de propriedade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e demais entidades da administração pública, que, cumulativamente (a) não objetive colocação junto ao público em geral, e (b) seja realizada em leilão organizado por entidade administradora de mercado organizado, estão dispensados, automaticamente, de registro na Comissão de Valores Mobiliários.

Já a alienação do controle de subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista, embora dispensada de autorização legislativa, deve ser realizada por meio de procedimento competitivo, que respeite os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O procedimento competitivo de alienação disciplinado pelo Decreto 9.188/2017 cumpre os requisitos impostos pelo Supremo Tribunal Federal para a alienação do controle de subsidiárias e controladas de sociedades economia mista: (i) competitividade entre os potenciais interessados; e (ii) observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nos termos do Decreto 9.188/2017, o procedimento competitivo de alienação respeitará seis fases: (i) preparação; (ii) consulta de interesses; (iii) apresentação de propostas preliminares; (iv) apresentação de propostas firmes; (v) negociação; e (vi) resultado e assinatura dos instrumentos jurídicos negociais.

Embora o Decreto 9.188/2017 vincule apenas a administração pública federal – e, por conseguinte, seu cumprimento seja mandatório apenas para as sociedades de economia mista federais –, o processo competitivo nele regulado pode ser seguido na alienação do controle de subsidiárias e controladas de sociedades de

economia mista estaduais e municipais com o intuito de se cumprir a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nas medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade 5.624, 5.846, 5.924 e 6.029.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Fabio Appendino

03 .

Aspectos societários sobre a Lei da Liberdade Econômica

A Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019 (“Lei nº 13.874/19”), também chamada de “Lei da Liberdade Econômica”, tem como cerne a tentativa de incrementar o fomento à atividade econômica e a livre iniciativa no País. Resultado da conversão da Medida Provisória nº 881/2019, a nova lei representa um importante avanço no que se refere a uma menor intervenção do Estado sobre o particular, a fim de se permitir o desenvolvimento de um ambiente com mais geração de negócios.

A Lei da Liberdade Econômica deverá ser observada na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho, e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente, observadas as normas de proteção ao meio ambiente, as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança e a legislação trabalhista.

Princípios

Destacamos abaixo os princípios norteadores da nova lei:

- (I)** interpretação em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade;
- (II)** boa-fé do particular perante o poder público;
- (III)** liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas;
- (IV)** intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e
- (V)** reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Direitos e Garantias

Em termos práticos, o novo diploma gera um impacto direto no cotidiano empresarial, tais como e resumidamente: (i) as(os) atividades/negócios considerados de baixo risco podem ser desenvolvidas(os) sem a necessidade de prévia aprovação ou fiscalização estatal; (ii) prevalência do princípio da intervenção mínima nas relações contratuais privadas, ou seja, em relações paritárias o quanto disposto nos contratos deverá prevalecer - devendo ser tratada com viés de excepcionalidade a revisão contratual; (iii) definição de preços de produtos e serviços de forma livre, em mercados não regulados; e (iv) garantia de que nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitem ao disposto na nova lei, o particular tenha certeza do prazo em que será atendido e que, se não verificado, poderá resultar em aprovação tácita pela autoridade pública.

ASPECTOS SOCIETÁRIOS

Sociedades Limitadas

A nova legislação possibilitou a constituição de sociedade limitada formada por apenas um sócio. Tal possibilidade, há que se dizer, já havia sido acolhida pelo Código Civil, por força da Lei nº 12.441/2011, que dispõe sobre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ("EIRELI"). Contudo, diferentemente do cenário atual, em que é possível constituir uma sociedade com um único sócio, sem a necessidade de capital mínimo, a EIRELI exigia, como ainda exige, capital mínimo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo previsto no País.

Assim, a partir da inovação instituída pela Lei da Liberdade Econômica, as sociedades limitadas podem ser constituídas por um ou mais sócios independentemente de qualquer capital mínimo. Adicionalmente, no que se refere à responsabilidade de titulares de EIRELIs, a nova lei garantiu-lhes ainda maior proteção, na medida em que conferiu-lhes a garantia de que seus patrimônios somente poderão ser atingidos em caso de fraude.

Desconsideração da Personalidade Jurídica

A Lei nº 13.874/19 não inova propriamente no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica na esfera civil. Todavia, procura reforçar a compreensão da segregação entre os patrimônios da pessoa jurídica e de seus sócios e reforça o papel da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas como um instrumento

lícito de alocação e segregação de riscos. Dentre as novas disposições, merece destaque a necessidade denexo causal entre o abuso da personalidade jurídica e o benefício auferido pelos sócios e/ou administradores para a concessão da desconsideração, o que representa um avanço ao uso indiscriminado de tal instituto. A nova lei também buscou coibir a desconsideração da personalidade jurídica tendo como fundamento a mera existência de grupo econômico.

Assim, se, por um lado, na esfera civil referido instituto já previa, em sua redação anterior, a necessidade de demonstração do abuso da personalidade jurídica (além da insuficiência patrimonial da entidade), por outro, os tribunais pátrios permaneciam produzindo jurisprudência não uniforme, e, por vezes, de forma totalmente abrangente, bastando apenas a insuficiência de patrimônio da sociedade para que o patrimônio dos sócios fosse atingido, a exemplo de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, podemos considerar que pelas alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica foi lapidado com o fim de se evitar abusos em sua aplicação.

Documentos Digitais

A Lei da Liberdade Econômica também alterou a Lei nº 12.682/12, autorizando o arquivamento digital de documentos, em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de documentos públicos ou privados, assinados via certificado digital, passando os mesmos a ter a validade de documentos físicos, observado o disposto na própria Lei nº 12.682/12, em leis específicas e no regulamento da Lei nº 12.682/12. Na esteira das modificações trazidas, destaca-se também a possibilidade de descarte do documento original, uma vez realizada a digitalização e constatada a integridade do documento digital, nos termos a serem definidos no regulamento da Lei nº 12.682/12 (ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto em lei específica).

Por fim, cumpre observar que serão conferidos aos documentos digitalizados o mesmo efeito jurídico conferido aos documentos microfilmados, nos termos da Lei 5.433/68, do Decreto 1.799/96, conforme alterado pelo Decreto 10.148/19, e de regulamentação posterior.

Registro de Atos Societários nas Juntas Comerciais

A Lei da Liberdade Econômica também procurou reduzir procedimentos burocráticos relativos ao registro de atos societários nas Juntas Comerciais, a fim de conferir maior agilidade à vida empresarial, alterando dispositivos da Lei

nº 8.934/94 e trazendo novas normas, dentre as quais destacamos:

- (I)** redução do prazo para arquivamento de determinados atos societários (isto é, daqueles que dependam de decisão do colegiado), passando a ser estipulado o período de 05 dias como prazo máximo para registro;
- (II)** vedação na cobrança de preço pelo serviço de arquivamento dos documentos relativos à extinção do registro do empresário individual, EIRELI e sociedade limitada; e
- (III)** dispensa de autenticação quando o advogado ou o contador da parte interessada declarar, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade da cópia do documento.

Assim como no campo da digitalização de documentos, as inovações trazidas em decorrência da nova lei são vitais para a celeridade dos processos de registro empresarial. Contudo, eles ainda não se encontram em plena operação, exigindo-se a realização de ajustes operacionais nos órgãos competentes.

Publicação de Demonstrações Financeiras

A Medida Provisória (“MP”) 892/2019, editada em agosto de 2019, e que dispensava as sociedades anônimas de publicarem suas demonstrações financeiras em jornais impressos, foi rejeitada na comissão mista do Congresso Nacional, em 12 de novembro de 2019. Com isso, permanecem válidas as disposições da Lei nº 13.818/19, de modo que as publicações devem ser realizadas pelos meios tradicionais, via jornal impresso na localidade da sede das companhias, podendo, contudo, serem feitas de forma resumida adicionalmente à divulgação simultânea dos documentos das companhias, na íntegra, em página de jornal eletrônico que deverá contar com certificação digital de autenticidade do sistema da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil).

Fundos de Investimento

A Lei nº 13.874/19 inovou em matéria de fundos de investimento e alterou de maneira significativa o marco regulatório anterior, ao estabelecer que eles são condomínios especiais e que não necessitam de outro registro que lhes garanta publicidade, além do registro na Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”).

Ademais, destacam-se, entre as mais importantes modificações, as seguintes:

- (I)** a possibilidade de regulamento do fundo de investimento: (a) dispor sobre

a limitação de responsabilidade de cada investidor ao valor de suas cotas, e (b) afastar a responsabilidade solidária entre administrador e demais prestadores de serviço, que, aliás somente responderão se comprovada imprudência, imperícia ou negligência (culpa), ou, ainda, intenção de causar danos a terceiros (dolo); e **(II)** a possibilidade do fundo de investimento sujeitar-se às regras de insolvência civil, conforme artigos 955 a 965 do Código Civil, em caso de patrimônio líquido (“PL”) negativo e insuficiência de recursos para saldar dívidas na hipótese de de seu regulamento prever serem limitadas a responsabilidade de seus cotistas.

Conclusões:

Conforme exposto e a despeito de ainda existirem dispositivos pendentes de regulamentação e processos de informatização necessários, podemos afirmar que a Lei da Liberdade Econômica representa uma mudança de direção ímpar no que diz respeito à forma de interpretação do direito empresarial no País, constituindo-se como ferramenta fundamental para a modernização das relações entre empresário e Estado, e, sobretudo para promover o crescimento e aprimoramento da atividade econômica no Brasil.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Oduvaldo Lara Júnior e Silvia Helena Bernaldo

04 ■

CVM altera regras de registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários

Em 19 de fevereiro de 2019 a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou a Deliberação CVM nº 809/2019, que alterou as regras de registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, dando continuidade ao extenso processo de revisão das normas que dispõem sobre as ofertas públicas, com o intuito de aumentar a atratividade da captação de recursos por meio do mercado de valores mobiliários.

Com esse objetivo, a Deliberação CVM nº 809/2019 inovou estabelecendo (i) a dispensa do período de vedação do deferimento de registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários sujeitas a registro, e (ii) a possibilidade temporária de análise reservada de pedidos de registros de ofertas públicas de distribuição de ações e de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação.

Com relação ao período de vedação do deferimento do registro de oferta pública de distribuição de valores mobiliários, a Deliberação CVM nº 809/2019 autorizou a Superintendência de Registro de Valores Mobiliários (SRE) a deferir, durante tal período, o registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, observados o interesse público, a adequada informação e a proteção ao investidor.

Considerando a possibilidade de análise reservada de pedidos de registros (i) de ofertas públicas de distribuição de ações emitidas por emissores registrados na categoria A ou cujo processo de registro seja concomitante ao registro de oferta pública, e (ii) de companhia aberta ou processos de análise de atualização de informação de companhias abertas relacionados a tais ofertas públicas, a Deliberação CVM nº 809/2019 autorizou que a análise desses pedidos seja

conduzida de forma reservada, caso assim requerido pelo solicitante do registro, até a data do deferimento de qualquer um dos registros solicitados, seja da oferta ou do emissor, ou até a data da divulgação de Aviso ao Mercado e do Prospecto Preliminar, o que ocorrer primeiro.

Nos casos de pedido de registro de oferta subsequente sob reserva, o emissor deve indicar o período durante o qual tal informação deve se manter reservada se houver desistência ou indeferimento.

O emissor também deve declarar a justificativa para o sigilo dos pedidos de registro, incluindo as razões pelas quais a sua divulgação pode representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos ou por em risco interesse legítimo da companhia, sendo que, uma vez apresentada tal declaração, o tratamento reservado será necessariamente deferido pelas áreas técnicas.

Com o intuito de garantir o sigilo do pedido de análise de registro das ofertas públicas, nos casos em que a análise reservada seja adotada, a Deliberação CVM nº 809/2019 determinou que as entidades administradoras de mercados organizados em que serão admitidas à negociação as ações objeto da oferta pública de distribuição, bem como as entidades autorreguladoras que conduzam análises prévias do procedimento simplificado, adotem instrumentos que assegurem a confidencialidade dos seus processos de análise.

Caso haja vazamento da informação relativa ao pedido de registro de oferta pública de distribuição em análise reservada, o emissor deverá proceder à imediata divulgação de fato relevante a respeito, caso já seja registrado, bem como informar à SRE e à SEP para que seja dada publicidade aos pedidos de registro, sem prejuízo da avaliação de eventuais responsabilidades e da eventual suspensão da análise de pedido da oferta.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Fabio Appendino, Deliana Castro e Tomás Brandão

05 .

Regras para publicação dos documentos de Sociedades Anônimas

O ano de 2019 foi marcado pelo debate a respeito das publicações de documentos das sociedades por ações. Após a publicação e extinção de Medida Provisória sobre o tema, o que prevaleceu foi a obrigatoriedade de publicação da íntegra dos documentos das companhias até 2022, quando entrará em vigor a Lei nº 13.818/2019, que autoriza a publicação em meios digitais, em conjunto com a publicação de resumo dos documentos na edição impressa dos jornais de grande circulação. Veja abaixo o resumo dos fatos:

Em 5 de agosto de 2019 foi publicada a Medida Provisória nº 892/2019 (“MP 892”), que alterava o regime de publicações legais das sociedades por ações. Segundo a MP 892, estaria extinta a necessidade de publicação, em diários oficiais e em jornais impressos editados na localidade das sedes das companhias, de todos os atos cuja publicação seja determinada pela Lei nº 6.404/1976 (“Lei das Sociedades por Ações”). Além disso, a MP 892 determinava que, a partir da regulamentação própria, as publicações legais das companhias passassem a ser feitas exclusivamente nos sites da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e das entidades administradoras do mercado em que os valores mobiliários emitidos pelas companhias estejam admitidos à negociação.

Porém, no dia 3 de dezembro de 2019, a MP 892 perdeu a validade, haja vista a expiração do seu prazo de vigência. Isso porque a referida Medida Provisória não foi analisada pelo Congresso Nacional.

Durante a sua vigência, a MP 892 gerou controvérsias, sendo inclusive objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade. Segundo esse partido, a matéria tratada pela Medida Provisória não tinha qualquer caráter de urgência e relevância, necessários à edição desse tipo de ato normativo, conforme previsto na Constituição da República.

Além disso, a Rede Sustentabilidade alegou haver desvio de finalidade e abuso de poder atribuído ao chefe do Executivo, considerando que Medidas Provisórias editadas pelo Presidente da República devem ter estrita vinculação ao interesse

público e não devem ser direcionadas à retaliação a determinado setor, no caso, o setor da imprensa, como o atual Presidente haveria insinuado em determinada entrevista.

Ademais, em análise pela comissão mista do Senado, a MP 892 foi rejeitada. Dentre os motivos para a rejeição, menciona-se a Lei nº 13.818, publicada em 24 de abril de 2019, que já tratava sobre as publicações das Sociedades Anônimas antes da edição da MP 892. De acordo com a Lei nº 13.818/2019, a partir de 2022, os balanços das companhias serão publicados de forma resumida na edição impressa dos jornais e, na íntegra, no site do mesmo jornal.

Antes da perda de validade da MP 892 foram editadas (i) a Portaria ME 529/19, segundo a qual as publicações de atos das companhias fechadas, bem como a divulgação das informações ordenadas pela Lei das Sociedades por Ações deverão ser feitas por meio do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e autenticadas por meio de certificação digital credenciada pelo ICP-Brasil; (ii) a Instrução Normativa nº 67/2019 do DREI, que alterava o Manual de Registro das Sociedades Anônimas, autorizando a publicação digital dos atos das companhias; e (iii) a Deliberação CVM nº 829/19 que determinava que as publicações previstas na Lei das Sociedades por Ações, assim como as previstas na regulamentação editada pela própria CVM, passariam a ser realizadas por meio do Sistema Empresas.NET (eNET). Contudo, tanto a Instrução Normativa do DREI, quanto a Deliberação da CVM, foram revogadas. A Portaria do Ministério da Economia, apesar de não ter sido expressamente revogada, perdeu o efeito, uma vez que se baseava na extinta Medida Provisória.

Assim, após idas e vindas normativas e conflitos entre os interesses das sociedades anônimas e do setor da imprensa, mantém-se a necessidade de publicação dos documentos das companhias em jornais impressos até 2022, quando será autorizada a publicação apenas de resumo nas edições impressas dos jornais, e da íntegra dos documentos nos sítios digitais dos mesmos jornais que realizam a publicação do resumo.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Fabio Appendino e Júlia Melo Carvalho Ribeiro



109 | TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

1

**2019: O ANO DA CONSOLIDAÇÃO DA
PROTEÇÃO DE DADOS**

2

**O MUNDO ESTÁ MUDANDO E 2020 PROMETE
NO CAMPO DA INOVAÇÃO!**

01.

2019: o ano da Consolidação da Proteção de Dados

Se o ano de 2018 ficou marcado como ponto de inflexão em matéria de proteção de dados, com notáveis evoluções regulatórias, conforme se denota pelo início da vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa (GDPR – Regulação 2016/679), bem como pela edição da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei nº 13.709/2018), o ano de 2019 será lembrado pelos primeiros resultados da regulação europeia, bem como pelas discussões, ensaios e alterações à lei brasileira.

Na Europa, alguns números da GDPR em 2019 dão os contornos do cenário atual: embora a maioria das empresas (58%) ainda enfrente dificuldades em se adaptar totalmente aos critérios da norma, as autoridades estão progressivamente fazendo valer a lei, aplicando pesadas multas àqueles que são flagrados descumprindo disposições do regramento. Nesse sentido, o total de multas relacionadas ao descumprimento da GDPR já ultrapassa o valor de UDS 417,5 milhões . A tendência é de que esse número aumente, à medida em que (i) a população europeia se torne cada vez mais consciente sobre os direitos protegidos pela regulação, e (ii) os Estados Membros da União Europeia que ainda não atualizaram suas leis nacionais sobre a proteção de dados com os critérios da GDPR assim o façam.

Não obstante a crescente incidência das punições, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (EDPB) atua também com foco preventivo, tendo publicado em 2019 mais de 20 (vinte) documentos com orientações e recomendações sobre a Regulação. A Autoridade Europeia, inclusive, já se manifestou no sentido que o seu objetivo principal é educar e elevar os níveis de segurança da informação e proteção de dados pessoais, não apenas punir, devendo ser consideradas as iniciativas de controladores de dados que colaboram com a autoridade. Outro ponto que ganha destaque é se a violação da GDPR pode ser qualificada como comportamento competitivo indevido podendo gerar violação da legislação de defesa da concorrência.

A Comissão Europeia também publicou, em 2019, os objetivos para o futuro das regras de proteção de dados na União Europeia. Dentre os objetivos, destacam-se (i) o fortalecimento das autoridades de proteção, por meio de melhor alocação de recursos, aumento da cooperação internacional e a harmonização de procedimentos, (ii) cooperação com a iniciativa privada para formar convicção sobre os benefícios trazidos pela GDPR, (iii) a integração da proteção de dados com demais políticas de compliance, e (iv) a promoção de convergência internacional (além da UE) para o aumento do nível de proteção a dados pessoais conferido pelas suas legislações.

Enquanto a Europa já convive com os efeitos e o desenvolvimento da GDPR, o Brasil começa a sentir alguns efeitos, embora ainda espera a entrada em vigor da LGPD, em meio a um cenário de alterações e incertezas.

O texto da LGPD, convertido em Lei, ainda em 2018, já foi objeto de alteração pela lei nº 13.853/19. Como exemplo, foram excluídas as seguintes exigências: (i) de conhecimento jurídico regulatório pelo encarregado (responsável pela implementação das exigências legais - DPO), bem como (ii) de revisão das decisões automatizadas por pessoa natural. Por outro lado, foram derrubados os vetos presidenciais às sanções mais graves previstas pela LGPD (suspensão e proibição das atividades de tratamento de dados).

A lei que alterou o texto da LGPD criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão responsável por sua fiscalização e cumprimento, todavia, vários pontos precisam ser regulamentados, dentre os quais: padrões e técnicas utilizadas em processos de anonimização, prazo e termos para atendimento de requerimento de informações realizado pelo titular ao controlador dos seus dados pessoais, prazo para solução de reclamação do titular, etc.

A falta de regulamentação em pontos relevantes da lei dificulta o desenvolvimento de projetos de adequação à LGPD pelas pessoas jurídicas. Também gera discussões sobre o início de sua vigência previsto para agosto de 2020. Atualmente, o volume de pessoas jurídicas efetivamente adaptadas à LGPD é baixo. De acordo com o estudo Brazil IT Snapshot realizado pela Logicalis, apenas 17% das empresas nacionais dispõem de iniciativas concretas ou já implementadas em relação à matéria, 24% tiveram contato com o tema somente por meio de apresentações, e apenas 24% têm orçamento específico para colocar em prática ações que garantam a proteção de dados de acordo com as exigências legais.

Por outro lado, em 2019, foi observado o aumento de autuações, processos administrativos e judiciais envolvendo vazamento de informações pessoais, compartilhamento não autorizado de dados e/ou uso indevido de dados, não diretamente com base na aplicação da LGPD, mas com fundamento em outras normas existentes, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet, o Código Civil e a Constituição Federal. Com tal fundamento, tanto os órgãos dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais quanto os órgãos de defesa de consumidor têm atuado, já havendo primeiras decisões administrativas e judiciais.

É por essas razões que em 2019 surgiram Projetos de Lei com a finalidade de propor solução aos problemas citados acima, tais como: o PL 5.762/2019, que visa prorrogar a entrada de vigência da LGPD para 15 de agosto de 2022, bem como o PL 6.149/2019, a fim de estabelecer progressividade temporal no valor das multas a serem aplicadas com base na LGPD, segundo o qual o valor-base das multas alcançariam o valor previsto pelo texto atual em agosto de 2022. Apesar da iniciativa do Legislativo, o Executivo avalia propor alternativas para implantação de ações preventivas e progressivas de orientação dos destinatários sobre a LGPD e não apenas para repressão.

Além dos referidos Projetos de Lei, outras propostas relacionadas à proteção de dados estão sob discussão no Legislativo: há o PL 3.420/2019, que tem a finalidade de mitigar o critério de multa prevista pela LGPD, retirando a parte da redação atual que estabelece a aplicação de multa de até 2% do faturamento anual ou R\$ 50 mi, “por infração”, bem como o PL 6.212/2019, que traz a possibilidade de um documento de autorregulação a ser submetido à homologação da ANPD, de modo que ficaria excluída a possibilidade de aplicação de sanções a controlador ou operador que siga as regras estabelecidas no documento homologado pela ANPD.

Fora as propostas de alteração de lei, foi produzida no ano de 2019 a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019, visando assegurar como direito fundamental a proteção de dados pessoais, ao estilo do que já vem acontecendo em outros países, como Chile, Polônia e Estônia.

Independentemente da entrada em vigor da LGPD em agosto próximo, observam-se crescentes discussões que estimulam o aumento da conscientização sobre a relevância da proteção de dados pessoais e da segurança da informação nas pessoas jurídicas de direito privado e de direito público. Os incentivos surgem de todos os lados, seja para manter contratos com empresas que possuem sede

na Europa, sejam para firmar contratos com empresas nacionais já adaptadas à nova legislação, bem como pela atuação repressora de órgãos de fiscalização e controle, ou pelo aprendizado gerado pela experiência europeia e nacional sobre a matéria. A aplicação de penalidades e a reparação de danos individuais ou coletivos são forte incentivo para que as pessoas jurídicas adotem programas de compliance voltados para proteção de dados e segurança da informação. De uma forma ou de outra, a conclusão é que 2019 representou um grande avanço para proteção de dados pessoais e segurança de informação e já sinaliza que 2020 trará novos avanços, independentemente da entrada em vigor da LGPD em agosto de 2020.

¹ GDPR Compliance Rate Remains Low According to New Talend Research:

<https://www.talend.com/about-us/press-releases/gdpr-compliance-rate-remains-low-according-to-new-talend-research/>

² GDPR Fines and Lessons for Startups:

<https://www.cledara.com/blog/gdpr-fines-and-lessons-for-startups>

³ Justificação ao PL 5.762/2019.

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1828120&filename=PL+5762/2019

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Gustavo Miranda, Paulo Teixeira Fernandes, Danilo Emanuel Barreto de Oliveira

02 ■

O mundo está mudando e 2020 promete no campo da inovação!

O mundo está mudando! E está mudando bem na nossa hora! Vivemos exatamente agora o fim da sociedade industrial, que está dando espaço à sociedade do conhecimento.

O mundo no qual nascemos era simples, controlável, previsível, lento e estável. Era controlado por instituições rígidas e formadas por hierarquias poderosas, que, apesar de darem segurança, nos impelia a abrir mão da nossa individualidade.

Hoje, entretanto, vivemos em um mundo centrado no indivíduo que, conectado a todo momento, está transformando o monótono cenário em algo complexo, fora de controle, imprevisível, rápido e instável. Não bastasse todas essas mudanças, ainda é preciso lidar com a transparência que a tecnologia atirou sobre todos.

Ante esse incrível mundo VUCA (Volatility, Uncertainty, Complexity and Ambiguity), as empresas estão sendo cada vez mais obrigadas a se reinventar! O que deu certo no passado não é necessariamente o que dará certo agora, já que é preciso liderar indivíduos autônomos e pautados por valores, discernimento e bom senso acima dos padrões das instituições. Isso sem mencionar a voracidade com que a tecnologia tem invadido o mercado (em todos os segmentos!) e a vida das pessoas.

Nesse novo cenário, consistência, leveza, agilidade, economia, praticidade e simplicidade se tornaram palavras de ordem para as empresas conseguirem acompanhar todas as mudanças e obterem sucesso. As empresas estão sendo compelidas a aprender e evoluir a todo momento para se adaptarem à nova realidade, uma vez que se tornaram sistemas vivos e dinâmicos.

É preciso inovar! Mas não apenas isso. É preciso inovar de forma colaborativa. Todos precisamos, portanto, promover a integração, a interação e a iteração dos projetos, para trabalharmos com interdependência, como nos sistemas vivos

abertos que as empresas hoje são, promovendo entregas de valor continuamente.

No meio jurídico não é diferente. É inegável que o mundo jurídico também está mudando, sendo invadido por tecnologias que estão longe de tomar o lugar dos advogados, porém já são capazes de transformar a forma de trabalharmos.

A advocacia de hoje não é mais a mesma de alguns poucos anos atrás. Mais do que nunca precisamos nos valer de competências comportamentais para a solução de problemas intrínsecos aos negócios dos clientes.

A inovação sempre esteve presente como um de nossos mais importantes valores, mas em 2019, como resultado de um processo de interação com as novas tecnologias e da compreensão sobre a necessidade de se apropriar das boas técnicas de gestão para transformar a realidade da advocacia, decidimos dar à inovação um assento definitivo junto às demais áreas de atuação do Escritório: 2019 foi o ano de consolidação da área de Inovação e Projetos e, com isso, o Escritório buscará, cada vez mais, levar aos seus clientes a inovação como produto e serviço, atuando de forma colaborativa para a melhor gestão das carteiras de processos e prevenção de litígios.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Helvécio Franco Maia Júnior, Stephanie de Lucca Ozores



116 | TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

1

**ALINHAMENTO DAS REGRAS BRASILEIRAS
SOBRE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA AOS
PADRÕES DA OCDE**

2

**CONFLITOS ENTRE NORMAS ANTIELISIVAS
BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS**

3

**POSIÇÃO DO COMITÊ DE INTERPRETAÇÕES
DO IFRS SOBRE O TRATAMENTO CONTÁBIL
DE DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA SUSPENSÃO
DA EXIGIBILIDADE DE TRIBUTO**

4

**PROTOCOLO E EQUIPARAÇÃO DE
TRATAMENTO DE SERVIÇO TÉCNICO A
ROYALTIES NO TRATADO BRASIL E SUÉCIA**

01.

Alinhamento das regras brasileiras sobre preços de transferência aos padrões da OCDE

Em fevereiro de 2018, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Brasil lançaram um projeto conjunto a fim de examinar as semelhanças e divergências entre as abordagens brasileira e da referida organização para avaliar tributariamente as operações internacionais entre empresas vinculadas (legislação sobre preços de transferência).

O projeto de 15 meses desenvolvido pela OCDE e pela Receita Federal do Brasil (RFB) envolveu uma análise detalhada da aplicação das regras atuais sobre preços de transferência e, com base nessa avaliação, foram identificadas alternativas para o Brasil alinhar-se aos padrões da legislação de preços de transferência internacionalmente aceitos (padrão OCDE).

Com base na análise realizada, foi apresentado publicamente em 18 de dezembro de 2019 um relatório conjunto OCDE-RFB com as seguintes conclusões:

- 1.** Várias divergências e lacunas da legislação brasileira levam atualmente à dupla tributação;
- 2.** Muitas lacunas criam riscos de erosão de base tributável e desvio artificial de lucros para jurisdições com tributação favorecida. Tais riscos decorrem da ausência de regras específicas para transações mais complexas, p.ex. o uso ou transferência de ativos intangíveis e transações envolvendo reestruturações societárias. Além disso, a erosão da base também pode decorrer da aplicação de margens fixas, da liberdade na seleção do método de ajuste pelo contribuinte (em vez da obrigatoriedade de usar o método mais adequado à transação testada), entre outras causas;
- 3.** As regras brasileiras atuais de preços de transferência favorecem certos contribuintes em detrimento de outros e fornecem possibilidades de planejamento tributário. Alguns contribuintes podem fazer uso das regras atuais de preços de transferência no bojo de planejamentos tributários, enquanto outros são sujeitos a uma carga tributária mais elevada do que ocorreria caso se adotasse o padrão OCDE;

4. As regras brasileiras sobre a administração e conformidade tributárias favorecem seu gerenciamento e cumprimento, pois o sistema brasileiro é marcado (ainda que somente no âmbito doméstico) por sua praticidade, previsibilidade e certeza. Embora esses sejam aspectos desejados, a simplicidade administrativa e de conformidade é relativa, uma vez que certas características do sistema brasileiro também trazem complexidades adicionais para o contribuinte, como abordagem item a item, o padrão estrito de similaridade e os requisitos de documentação;

5. A segurança jurídica é garantida domesticamente, mas gera-se incerteza jurídica no ambiente internacional. A segurança jurídica doméstica acaba beneficiando certos contribuintes que engendram estratégias de planejamento tributário que não podem ser contestados pela administração brasileira. Adicionalmente, em decorrência das particularidades das regras brasileiras de preços de transferência, há contribuintes que podem enfrentar riscos de dupla tributação e incertezas, além de possíveis questionamentos de administrações tributárias em outras jurisdições;

6. Há insegurança jurídica doméstica resultante da ausência de regras/regramento para transações específicas, p.ex. envolvendo (a) uso ou transferência de ativos intangíveis, (b) serviços intra-grupo, (c) transações de reestruturações societárias, (d) compartilhamento de custos, e (e) atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes.

Quanto às opções de alinhamento da legislação brasileira ao padrão OCDE, o relatório conjunto recomenda a adoção de um alinhamento gradual horizontal, ou seja, a nova sistemática seria aplicada a grupos específicos de contribuintes (ao invés de um alinhamento vertical, em que a adoção gradual se daria por tipo de transação testada).

Segundo o relatório, tal alinhamento seria adequado porque (i) garantiria um tempo maior para empresas de pequeno e médio porte se adaptarem ao novo regime; (ii) permitiria que essas mesmas empresas adotassem as regras atuais de preços de transferência por um período de tempo, até que novos regimes de salvaguardas (safe harbours) e medidas de simplificação fossem elaborados; (iii) evitaria eventuais conflitos/desafios relativos à interação entre tipos de transação; e (iv) ofereceria a oportunidade de priorizar e dar sequência à efetiva implementação do novo sistema.

Outro ponto importante levantado no relatório conjunto foi o desejo do Brasil de manter a simplicidade administrativa, facilidade de conformidade tributária e segurança jurídica. Afirmou-se que tais objetivos podem ser atingidos através do desenho cuidadoso de safe harbours – abordagens simplificadas

para determinar o preço a ser praticado entre partes vinculadas – que seriam aplicados em circunstâncias específicas a fim de demonstrar a adequação da remuneração das transações.

No evento ocorrido em Brasília no dia 18 de dezembro de 2019, ficou claro que os representantes da RFB, da OCDE e dos contribuintes concordaram que um alinhamento ao padrão da OCDE é necessário. Continuaremos acompanhando a evolução desse alinhamento que deverá acontecer nos próximos anos.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Felipe de Campos e Danilo Breve

02 ■

Conflitos entre normas antielisivas brasileiras e tratados internacionais

A tributação da renda em bases universais (TBU) foi adotada pelo Brasil com a Lei nº 9.249/1995, cujo artigo 25 determina que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sejam computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas residentes no Brasil.

Em regra, a tributação destes rendimentos ocorreria apenas no momento do seu efetivo recebimento, com base no regime de caixa. Todavia, a partir da alteração promovida em 2001 pelo artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, passou-se a exigir que os lucros auferidos por controlada no exterior sejam considerados disponibilizados para a controladora no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, estabelecendo-se uma espécie de presunção de distribuição de lucros da controlada no exterior em prol da controladora brasileira.

Este dispositivo legal teve sua constitucionalidade contestada em várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas ainda em 2001, mas apenas em 2013 o STF assentou que esta alteração, quando aplicada no caso de lucros oriundos de controladas e procedentes de paraísos fiscais ou jurisdições com tributação favorecida, não ensejaria violação ao conceito constitucional de renda instituído no art. 153, inciso III, da Constituição Federal.

Todavia, a nova regra instituída pela MP nº 2.158-35 não deve ser analisada apenas quanto à sua constitucionalidade, devendo ser também considerados os Tratados firmados entre Brasil e outros países, por se tratarem de normas internacionais que deverão prevalecer sobre as normas internas brasileiras, com base no art. 98 do CTN.

De fato, o CTN estabelece evidente limite ao exercício das competências tributárias dos entes federados, com vistas a garantir a eficácia cogente dos tratados que, a rigor, foram livremente firmados pelo Estado Brasileiro em pleno gozo de sua soberania.

Neste ponto, não se pode olvidar que, por se tratarem de normas firmadas por Estados soberanos através de concessões mútuas e onerosas, a inobservância de determinado tratado pelo Brasil não prejudica apenas os contribuintes com operações no território brasileiro (pela evidente situação de insegurança jurídica a que são expostos), mas também o outro Estado contratante com o qual o Estado Brasileiro tenha firmado este mesmo acordo (e que o tenha honrado mesmo em prejuízo de suas competências tributárias próprias).

Esse mesmo entendimento tem sido aplicado pela Primeira Turma do STJ, tendo sido assentado, desde 2014 (REsp 1.325.709), a prevalência dos tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a regra prevista no art. 74 da MP nº 2.158-35.

Todavia, esta não é a posição que tem prevalecido no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Com efeito, no primeiro acórdão da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais sobre o tema (acórdão 9101-002.230, de Relatoria do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão), manteve-se a tributação do lucro de uma controlada da Petrobrás situada na Holanda, sob os fundamentos de que: (i) o que se estaria tributando seriam os lucros da controladora brasileira (e não os da controlada no exterior); e que (ii) ainda que o art. 7º do modelo de tratados da OCDE fosse aplicável, a regra da distribuição ficta de lucros prevista na MP nº 2.158-35 detém natureza de regra para o controle de controladas no exterior (CFC – Controlled Foreign Company), cuja instituição seria permitida pela própria OCDE como forma de combater a competição fiscal internacional prejudicial, afastando-se a aplicação do tratado firmado entre Brasil e Holanda.

Desde então, vários foram os acórdãos exarados pelo CARF sobre o tema, tendo prevalecido o entendimento de que não há colisão entre os tratados internacionais para evitar a dupla tributação e o art. 74 da MP nº 2.158-35, ainda que o resultado, na maioria destes casos, tenha sido obtido pelo voto de qualidade do Presidente de Turma (representante da Fazenda Nacional).

No ano 2019, foi submetida à aprovação a proposta de Súmula CARF nº 17 numa tentativa de tornar vinculante este entendimento, com base em redação bastante ampla no sentido de afastar a aplicação destes tratados mesmo quando contemplem vedações expressas à tributação ficta dos lucros de controlada no exterior, como é o caso dos tratados firmados com a Dinamarca, República Tcheca e Eslováquia.

Como era de se esperar, esta proposta de súmula não foi aprovada, devendo-se manter o acompanhamento das decisões do STJ sobre o tema – merecendo destaque o fato de que os acórdãos exarados pelo CARF sequer explicitaram de forma clara e satisfatória as razões pelas quais o art. 74 da MP nº 2.158-35 deve ser tratado como uma regra antiabuso, uma vez que a sua aplicação se dá de forma indistinta a qualquer país (não só aos países de baixa tributação) e a todas as controladas de empresas brasileiras no exterior.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira, Tatiana Zuconi Viana Maia e Fernanda de Oliveira Silveira

03 .

Posição do Comitê de Interpretações do IFRS sobre o tratamento contábil de depósitos judiciais para suspensão da exigibilidade de tributo

Desde a edição da Lei nº 11.638/2007, o Brasil busca a convergência do padrão contábil adotado em seu território às normas e conceitos internacionais representados pelas publicações dos *International Financial Reporting Standards* ("IFRS") e *International Accounting Standards* ("IAS").

Os padrões existentes nos IFRS e IAS são definidos por órgãos especializados vinculados à IFRS Foundation, organização não governamental e sem fins lucrativos que promove a padronização de regras contábeis, cujos critérios são seguidos por diversos países, notadamente na União Europeia.

O Comitê de Interpretações do IFRS (*International Financial Reporting Interpretations Committee* – "IFRIC") é o órgão consultivo responsável por responder a questões formuladas por interessados a respeito da correta aplicação dos padrões contábeis IFRS, assim como por realizar outros estudos em matéria contábil, a partir de demandas internas específicas.

Em sua agenda de janeiro de 2019, o IFRIC publicou sua interpretação a respeito do correto tratamento contábil a ser atribuído aos depósitos realizados por empresas com o objetivo de suspender a exigibilidade de tributos que estão sob questionamento.

Como as regras contábeis brasileiras, em grande parte, são a tradução fiel das normas estabelecidas pela entidade internacional, após terem passado por estudo de compatibilidade promovido pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis ("CPC"), é razoável entender que a mesma interpretação apresentada pelo IFRIC sobre os depósitos tributários seria aplicável no Brasil, com fundamento nas normas próprias internas divulgadas pelo CPC.

Sob essa premissa, o entendimento manifestado pelo IFRIC ganha relevo também para as empresas brasileiras, notadamente aquelas que têm obrigação de divulgação de seus resultados com base nos padrões contábeis estabelecidos pelo CPC, o que justifica a ponderação mais detida das consequências do entendimento manifestado pelo órgão consultivo internacional.

Análise da interpretação publicada pelo IFRIC

De acordo com a descrição do caso concreto analisado pelo órgão interpretativo internacional, a questão proposta se referia à forma de reconhecimento e contabilização de depósitos realizados para suspender a exigibilidade de tributo objeto de discussão entre contribuinte e autoridade tributária quanto à obrigação do seu recolhimento aos cofres públicos.

A análise não tratou de tributo sobre o lucro, portanto estava fora do escopo do IAS 12 e do IFRIC 23 (Income Taxes), que preveem normas e tratamento específicos para tributos incidentes sobre o lucro. Portanto, a interpretação ora analisada se aplica aos demais tributos, como por exemplo, os incidentes sobre receita, patrimônio e circulação de bens e serviços.

Em sua avaliação, o IFRIC ponderou inicialmente que qualquer passivo contingente relacionado a tributo, independentemente de haver um depósito, deve ser contabilizado de acordo com as regras contidas no IAS 37 (*Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets*), cuja correspondência no Brasil está no CPC 25 (Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes). Note que, de acordo com o IAS 37 e o CPC 25, passivos contingentes só devem ser reconhecidos contabilmente (como provisão) quando a chance de êxito na disputa for remota.

Concluiu-se também que o depósito relacionado a um passivo contingente deve ser reconhecido como um ativo de titularidade da entidade, pois dele decorre o direito de obter benefícios econômicos futuros, seja pelo levantamento dos valores depositados, seja por sua utilização para pagamento do passivo tributário que era contingente e se tornou devido.

Ainda segundo o entendimento do IFRIC, o ativo correspondente ao depósito de tributo objeto de discussão não poderia ser considerado como um ativo contingente, de acordo com o conceito estabelecido no IAS 37, por não se tratar

de um possível ativo, mas de verdadeiro ativo pertencente à companhia, já que dele fluirão benefícios econômicos.

Conclusão

Diante do entendimento do IFRIC e considerando as normas contábeis brasileiras correspondentes ao padrão internacional, é possível concluir, apoiado em bons argumentos, que os depósitos relacionados a disputas tributárias devem ser registrados como ativos da empresa, enquanto o passivo contingente correspondente não deve ser reconhecido contabilmente nos casos em que o prognóstico de êxito é possível ou provável – *more likely than not*. Ressalte-se que nos casos em que o prognóstico de êxito é possível, deve-se informar a contingência em notas explicativas, mas não reconhecer um passivo ou uma provisão.

É comum que empresas envolvidas em disputas tributárias com a existência de depósitos para suspensão da exigibilidade de tributo reconheçam o passivo contingente em sua contabilidade como se fosse um passivo efetivo ou uma provisão. Essa postura, além de representar uma piora nos resultados financeiros da companhia, por antecipar o reconhecimento de despesa que está sob discussão, prejudica a eficiência tributária, uma vez que a despesa com tributo cuja exigibilidade está suspensa (e.g. por depósito) não pode ser deduzida na apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre lucro líquido.

Eventuais depósitos tributários realizados no passado, apesar de já terem influenciado os resultados financeiros e fiscais pretéritos, poderiam ser objeto de reavaliação e, possivelmente, submetidos a ajustes contábeis e fiscais para adequação dos seus registros ao padrão internacional.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Felipe de Campos e Danilo Breve

04 ■

Protocolo e equiparação de tratamento de serviço técnico a royalties no Tratado Brasil e Suécia

Em 19 de março de 2019, Brasil e Suécia assinaram o Protocolo de Emenda (“Protocolo”) à Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (“Tratado”), acordo que é mantido entre os dois países desde 25 de abril de 1975.

A medida buscou fortalecer as relações bilaterais, fomentar investimentos e atualizar os termos do Tratado devido à evolução das relações comerciais e econômicas observadas desde o ano de 1975, notadamente em operações internacionais.

Dentre as alterações previstas no Protocolo, merece destaque a inserção de dispositivo que equipara o tratamento tributário concedido ao pagamento de serviços técnicos e de assistência técnica àquele dispensado aos royalties.

Na prática, essa equiparação de tratamento significa que o país da fonte dos pagamentos relacionados a serviços de natureza técnica estará autorizado a tributar as respectivas remessas, nos termos do Tratado, assim como ocorre com o pagamento de *royalties* (artigo 12 do Tratado).

Note-se, entretanto, que a referida autorização de tributar ainda não se encontra vigente, pois a correspondente modificação do Tratado sequer foi inserida no sistema normativo brasileiro, o que ocorrerá somente após o cumprimento de alguns trâmites legais ainda pendentes.

Portanto, atualmente prevalecem os termos originais do Tratado, que não preveem a equiparação do tratamento de serviços de natureza técnica aos *royalties*, razão pela qual o respectivo pagamento deve ser qualificado como lucro da empresa estrangeira, que não pode ser tributado no país da fonte dos rendimentos (Artigo 7 do Tratado).

Sobre essa questão, a própria Receita Federal do Brasil (“RFB”) já se manifestou, por meio da Solução de Consulta COSIT nº 65/2018, no sentido de que não há tributação pelo Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”) sobre os rendimentos enviados a pessoa jurídica domiciliada na Suécia, a título de contraprestação por serviço técnico ou assistência técnica.

Esse entendimento poderá ser aplicado até que entrem em vigor as alterações do Protocolo recentemente assinado. A partir de então, a RFB provavelmente passará a exigir que tais remessas sejam oferecidas à tributação, pois esse é o seu entendimento nos casos em que há equiparação de tratamento tributário dos serviços técnicos a *royalties*, conforme demonstra sua manifestação na Solução de Consulta COSIT nº 155/2016, que foi apoiada no Ato Declaratório Interpretativo nº 5/2014.

Em que pese a posição da autoridade tributária, é válido mencionar que há precedentes na jurisprudência pátria aplicando entendimento de que a equiparação de serviços técnicos aos *royalties* só é possível quando há efetiva transferência de tecnologia, e não para quaisquer serviços técnicos. Embora o tema não seja pacífico, e as decisões judiciais não sejam vinculantes, essa tese é defendida por diversos doutrinadores e autoridades no assunto.

Além da relevante mudança a respeito da possibilidade de tributação dos serviços técnicos no país da fonte, outras alterações previstas no Protocolo que merecem destaque são as seguintes:

- Redução dos limites permitidos de alíquotas do IRRF sobre *royalties*, juros e dividendos, de 25% ou 15% para 15% ou 10%. Os *royalties*, por exemplo, estão sujeitos à alíquota de 15% na legislação interna, mas quando o Protocolo estiver em vigor, o limite de tributação para remessas à Suécia será de 10%, limite que também se aplicará para os serviços de natureza técnica equiparados a *royalties*;
- Inserção de dispositivo para tratar de rendimentos obtidos por entidades transparentes. Esse tipo de rendimento será considerado do residente de um Estado Contratante apenas na medida em que for reconhecido, para fins tributários, como rendimento de residente desse Estado Contratante nos termos de sua legislação interna;
- Inserção de dispositivo para tratar do tratamento a ser conferido a pessoa jurídica residente em ambos os Estados Contratantes (“*Tie Break Rule*”);

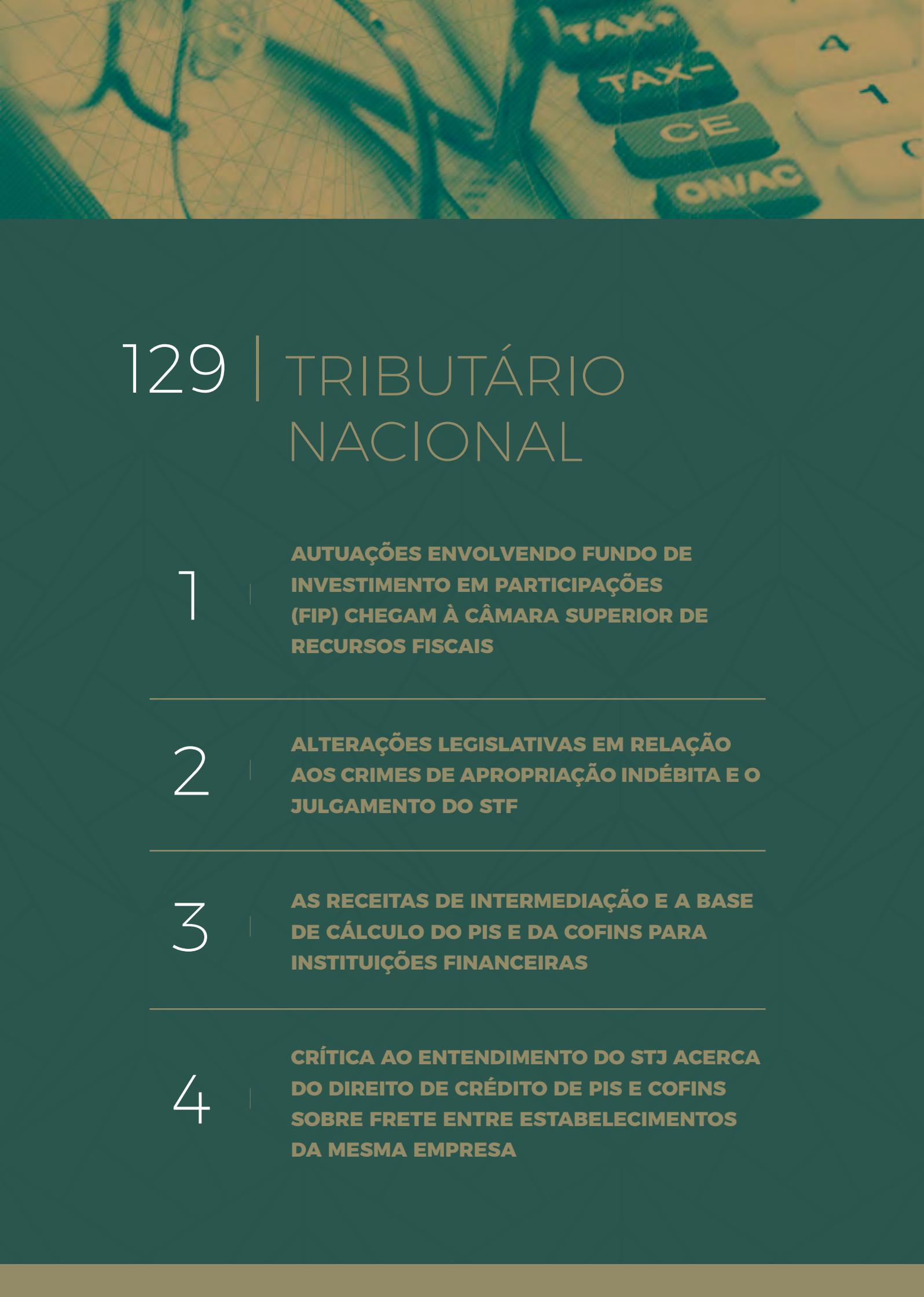
- Inserção de regra de nação mais favorecida (“MFN”), com o intuito de se assegurar as mesmas condições às partes do Tratado, na hipótese de o Brasil firmar com um membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) situado fora da América Latina, após 19 de março de 2019, Acordo, Convenção ou Protocolo que conceda tratamento mais benéfico; e
- Inserção de regra para definir os residentes que têm direito aos benefícios, por meio de definição dos conceitos de “pessoa qualificada” e regras de aplicabilidade.

Conforme mencionado anteriormente, as alterações promovidas no Tratado ainda não estão em vigor, pois há trâmites internos a serem adotados pelos países signatário antes da inserção das novas regras em suas legislações.

Após a devida internalização, o Protocolo entrará em vigor no prazo de 30 dias contados do recebimento da última notificação entre os países. Não obstante a entrada em vigor do Protocolo, o prazo para os dispositivos serem aplicáveis pode ser superior, como ocorre, por exemplo, quanto aos dispositivos que tratam de impostos retidos na fonte, que só serão aplicáveis aos valores pagos a partir de 1º de janeiro do ano seguinte à data em que o Protocolo entrar em vigor.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Felipe de Campos; Danilo Breve; Romes de Oliveira Junior



129 | TRIBUTÁRIO NACIONAL

1

AUTUAÇÕES ENVOLVENDO FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP) CHEGAM À CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

2

ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA E O JULGAMENTO DO STF

3

AS RECEITAS DE INTERMEDIÇÃO E A BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

4

CRÍTICA AO ENTENDIMENTO DO STJ ACERCA DO DIREITO DE CRÉDITO DE PIS E COFINS SOBRE FRETE ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA



5

**DEDUÇÃO DE REAJUSTES DE PREÇOS
CONTRATUAIS DA RECEITA BRUTA
TRIBUTÁVEL DE PIS E COFINS**

6

**DEDUÇÃO DO REINTEGRA DA BASE DE
CÁLCULO DO IPRJ E CSLL**

7

**ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DO ÍNDICE
DE CORREÇÃO DE MONETÁRIA APLICÁVEL
AOS DÉBITOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

8

**LINHAS GERAIS DAS PROPOSTAS
DE REFORMA TRIBUTÁRIA E O
POSICIONAMENTO DO GOVERNO FEDERAL**

9

**O ENTENDIMENTO DO CARF SOBRE A
NATUREZA DE INSUMO DE DESPESAS
COM PUBLICIDADE PARA CREDITAMENTO
DE PIS E COFINS**

10

**O ITCMD NA TRANSMISSÃO DE QUOTAS
E AÇÕES DE SOCIEDADES DE CAPITAL
FECHADO NO ESTADO DE MINAS GERAIS**



11

O POSICIONAMENTO DO CARF SOBRE A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO FISCO DA CONDUTA DOLOSA DO CONTRIBUINTE PARA APLICAÇÃO DA MULTA QUALIFICADA

12

PRAZO PRESCRICIONAL PARA REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DOS SÓCIOS-GERENTES

13

STJ DECIDE PELA INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ACESSÓRIOS DE TELECOMUNICAÇÃO

14

STJ INICIA JULGAMENTO SOBRE A LEGALIDADE DA LIMITAÇÃO DE 30% PARA A COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS DE EMPRESAS ENCERRADAS

15

TERMO INICIAL PARA A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA NOS PEDIDOS DE RESSARCIMENTO DE CRÉDITOS ESCRITURAIS FEDERAIS

16

TRIBUTAÇÃO DOS CONTRATOS DE RATEIO DE CUSTOS NA VISÃO DO CARF



17

A VISÃO DO CARF SOBRE OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO APÓS A VENDA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

18

VERDADE MATERIAL E PRECLUSÃO NO ENTENDIMENTO DO CARF

01. ■

Autuações envolvendo Fundo de Investimento em Participações (“FIP”) chegam à Câmara Superior de Recursos Fiscais

Em 2019, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) julgou o primeiro caso em que se discutia planejamento tributário supostamente abusivo envolvendo Fundo de Investimento em Participações (FIP), ocasião em que manteve a cobrança de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) em face do contribuinte, confirmando a tese do Fisco de que deveria ter sido submetido à tributação o ganho de capital auferido na alienação do investimento, e que a participação do fundo teria se dado sem propósito negocial.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) tem interpretado a participação de FIP nas operações de alienação de ativos como forma de planejamento abusivo, em diversas situações, tendo em vista que aqueles estão sujeitos ao diferimento da tributação do IRPJ. De acordo com o art. 2º da Lei nº 11.312/2006, a incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos decorrentes dos investimentos em FIP se dá apenas no resgate ou amortização das cotas, sob a alíquota de 15%, e não quando da aquisição dos investimentos. Portanto, quando entende que a participação do FIP na operação não apresenta propósito negocial, o Fisco conclui pela postergação indevida do pagamento do tributo e, na maioria das vezes, o lançamento para cobrança do principal inclui também a multa qualificada.

No caso concreto analisado pela 1ª Turma da CSRF, na sessão de julgamento de 10 de setembro de 2019 – e cujo Acórdão nº 1201001.640 foi publicado em 4 de novembro de 2019 – foram autuados pela cobrança do IRPJ na operação o vendedor original das cotas, e, como responsáveis solidários, a sua controladora, os sócios pessoas físicas e a gestora do fundo de participação envolvido no negócio. Além disso, foi aplicada multa agravada de 150% do valor do imposto. A operação em discussão foi bastante complexa, e essa característica foi

interpretada pela Receita Federal como forma de ocultar o real propósito de economia tributária, corroborando a aplicação da penalidade qualificada. Mas, de modo geral, a acusação voltada contra o contribuinte foi exatamente a mesma verificada em outros casos pendentes de apreciação pelo CARF: utilização do FIP como empresa-veículo constituída com propósito de redução tributária, visando diferimento da tributação do Imposto de Renda sobre o ganho de capital.

No julgamento do Recurso Voluntário, a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF já havia afastado a responsabilidade solidária da gestora do FIP, por unanimidade, e a 1ª Turma da Câmara Superior, por maioria, decidiu por excluir da autuação também os sócios pessoas físicas e a controladora da empresa autuada. Todavia, quanto à ausência de propósito negocial e manutenção da multa qualificada, foi negado provimento ao Recurso Especial do contribuinte, por voto de qualidade.

A redatora do voto vencedor, Conselheira Edeli Pereira Bessa, representante do Fisco, considerou que a ausência do propósito negocial e a artificialidade da participação do fundo poderia ser evidenciada, em síntese, (i) pelo fato de que as definições acerca da operação antecederam o início das atividades do FIP; (ii) que não teria sido demonstrada a intervenção da administradora do FIP nas operações para o qual teria sido criado; (iii) que o FIP era constituído por uma única investidora; (iv) que não teria havido tempo para maturação do investimento feito no fundo; e que, portanto, (v) o FIP teria sido constituído para servir à reorganização societária, no que se refere aos seus efeitos tributários, e não para viabilizá-la. E quanto à multa qualificada, argumentou que a autoridade fiscal responsável pelo lançamento havia demonstrado a ocorrência de fraude nas operações. Observa-se do seu voto que a Conselheira buscou analisar os detalhes do caso concreto, mas não se dedicou à definição de conceitos decisivos utilizados, como os de propósito negocial e fraude.

Foi justamente para esse ponto que chamou a atenção a Conselheira Livia de Carli Germano, representante dos contribuintes, ao declarar seu voto. Ela comentou sobre o propósito negocial ser admitido pela Fiscalização e pelo voto vencedor como um “requisito de validade” do negócio para fins fiscais, sem a preocupação prévia de justificar com que fundamento a ausência de propósito negocial pode ser utilizada como critério para verificar a validade de negócios jurídicos perante o Fisco. E, ao final do seu voto, a Conselheira concluiu que seu entendimento seria pela inexistência, no nosso ordenamento jurídico, de autorização legal para que as autoridades fiscais desqualifiquem negócios

jurídicos em razão de uma suposta ausência de “propósito negocial”, quando tal termo é identificado com a eficiência econômica do negócio, o que seria suficiente para cancelar a autuação em análise.

Essa reflexão a respeito de o requisito do propósito negocial não ser positivado – a despeito de continuamente rechaçada pelo CARF – não deve ser deixada de lado pelos contribuintes, não se podendo tolerar que autuações tão relevantes como as que envolvem supostos planejamentos tributários abusivos (sendo o abuso de direito, inclusive, outro conceito mal explorado pelo CARF) sejam decididas de forma a gerar contínua insegurança jurídica. Nesse ponto, portanto, a declaração de voto da Conselheira Lívia de Carli Germano se mostra relevante por manter acesa a discussão. Vale comentar ainda que, além de questionar a noção de “propósito negocial” admitida no voto vencedor, a Conselheira aponta também a confusão entre os conceitos de fraude e simulação na avaliação do fundamento para manter a multa qualificada, outro assunto que merece a máxima cautela dos julgadores.

Ao longo do ano de 2020 novos casos de autuação de IRPJ em negócios com o envolvimento de FIP devem chegar à Câmara Superior do CARF, lembrando-se que nas Câmaras baixas o tema permanece controvertido. Além de ser necessário detalhar as especificidades de cada operação, uma vez que os julgadores, de modo geral, têm apreciado mais detidamente aspectos fáticos devidamente respaldado em provas, também é importante não deixar de lado argumentos de direito como o tratado acima, visando sempre lembrar aos Conselheiros a necessidade de equilibrar o interesse do Fisco e a livre iniciativa dos particulares, especialmente em tempos em que o não pagamento de tributos é visto com cada vez mais gravidade.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Daniela Silveira Lara e Manuela Britto Mattos

02 ■

Alterações legislativas em relação aos crimes de apropriação indébita e o julgamento do STF

Em 18 de dezembro de 2019, no julgamento do RHC nº. 163.334, o STF, por sete votos a três, decidiu que o inadimplemento do ICMS incidente sobre operações próprias, ainda que o imposto tenha sido declarado ao Fisco, pode configurar crime de apropriação indébita nos casos de comprovado dolo do contribuinte.

Para a maioria dos Ministros, a falta de repasse do ICMS aos cofres públicos estaria abrangida pelo termo “cobrado” previsto no art. 2º, II da Lei nº. 8.137/90, uma vez que o tributo é repassado ao consumidor final (contribuinte de fato) no preço das mercadorias ou serviços. Também norteou o entendimento de alguns Ministros a tese firmada no julgamento do RE nº. 574.706, no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o imposto estadual não representa receita própria do contribuinte, sendo de titularidade dos Estados.

O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, destacou que a tipificação da conduta depende de prova inequívoca do dolo do contribuinte, no que foi acompanhado pelos demais Ministros que votaram pelo desprovimento do recurso. O Ministro registrou, ainda, a diferença entre o devedor eventual e o devedor contumaz, ressaltando que não será configurado dolo quando o contribuinte for capaz de demonstrar situação de insolvência ou impossibilidade de pagamento do imposto.

Ao final do julgamento, o Tribunal fixou a seguinte tese: “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

O acórdão proferido no RHC nº. 163.334 está pendente de publicação e ainda poderá ser objeto de novos recursos pelas partes.

A conclusão firmada pelo STF desconsidera as especificidades constitucionais e legais do ICMS, que é tributo indireto e que comporta, por sua própria natureza, o repasse do ônus financeiro ao consumidor (contribuinte de fato).

De todo modo, se devidamente observadas as premissas fixadas no julgamento do RHC 163.334, o entendimento adotado pelo STF não deverá atingir os contribuintes que mantêm controle fiscal regular e as situações em que a falta de recolhimento do ICMS resultar, por exemplo, de erro ou culpa em sentido estrito, situação econômica desfavorável e divergência quanto à interpretação da norma aplicável (hipóteses em que não se configura a prática comprovadamente reiterada, com intuito específico de fraudar o Fisco).

É importante destacar que a legislação de alguns Estados já prevê critérios objetivos para caracterização da contumácia no inadimplemento do ICMS, levando em consideração o prazo de inadimplência e o valor da dívida, principalmente para o estabelecimento de regimes especiais de controle e fiscalização.

O Estado de São Paulo, por exemplo, considera devedor contumaz, em linhas gerais, o contribuinte que possuir débito de ICMS declarado e não pago em seis períodos de apuração, consecutivos ou não, e/ou possuir débitos inscritos em dívida ativa em valor superior a 40.000 UFESPs e que correspondam a mais de 30% de seu patrimônio líquido ou a mais de 25% do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas nos 12 meses anteriores (art. 19 da Lei Complementar nº. 1.320/2018). Não estão abrangidos por essa previsão os débitos com exigibilidade suspensa ou garantidos em juízo.

O Estado de Minas Gerais prevê critérios similares no art. 198-A do Decreto 43.080/02 (RICMS/MG), inseridos na legislação por meio do Decreto nº. 47.364, de 1º de fevereiro de 2018.

Após os recentes pronunciamentos das Cortes Superiores, outros Estados passaram a publicar (ou manifestaram a intenção de publicar) normas específicas sobre o tema, intensificando a integração entre as Secretarias de Fazenda e os Ministérios Públicos Estaduais.

Porém, apesar de visar a conferir certa objetividade aos requisitos fixados pelo STF para tipificação do inadimplemento do ICMS, a existência de legislações e critérios diversos em cada Estado representa mais uma dificuldade a ser enfrentada pelos contribuintes. Além disso, há o risco de essa mesma tese ser

aplicada pelas autoridades fiscais e criminais no caso de inadimplência do IPI e do ISSQN.

Por fim, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 1.646/2019, que estabelece critérios para caracterização do devedor contumaz em âmbito federal, mediante instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos.

Segundo o referido Projeto de Lei, considera-se devedor contumaz o contribuinte em situação de inadimplência substancial e reiterada de tributos, caracterizada pela existência de débitos em nome do devedor ou das pessoas físicas ou jurídicas a ele relacionadas, em valor igual ou superior a R\$ 15 milhões em situação irregular (sem garantia ou causa suspensiva de exigibilidade) por período igual ou superior a um ano.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart, Tadeu Negromonte e Débora Crevelin

03 ■

As receitas de Intermediação e a base de cálculo do PIS e da COFINS para instituições financeiras

Como se sabe, em 09 de novembro de 2005, no julgamento dos Recursos Extraordinários 346.084, 390.840, 358.273 e 357.950, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº. 9.718/98, determinando que o PIS e a COFINS somente poderiam incidir sobre o *faturamento* da pessoa jurídica, consistente tão somente na receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços, nos termos da redação original do art. 195, I, b, da CF/88.

Nessa decisão, o STF não utilizou os conceitos de receita operacional e não-operacional para diferenciar *faturamento de receita bruta*. No entanto, durante os debates instaurados na sessão, o Ministro Cezar Peluso expôs o entendimento de que o *faturamento* corresponde à receita decorrente das atividades empresariais típicas da pessoa jurídica, apesar de ao final ter acompanhado o Relator na declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº. 9.718/98.

Aproveitando-se dessa linha de raciocínio, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) emitiu o Parecer PGFN/CAT nº. 2.773/2007 sustentando que as receitas financeiras auferidas pelas instituições financeiras (decorrentes de suas atividades financeiras típicas, objeto social) estão sujeitas à incidência do PIS e da COFINS mesmo após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº. 9.718/98 pelo STF.

Diante dessa nova controvérsia, o STF reconheceu, em 4 de março de 2011, a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário (RE) nº. 609.096, no qual está pendente, desde então, a definição os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº. 9.718/98 especificamente em relação às instituições financeiras.

Além disso, a partir do ano de 2015 essas sociedades passaram a estar legalmente sujeitas à tributação das receitas decorrentes de sua “atividade ou objeto principal”, tendo em vista o advento da Lei nº. 12.973/14.

As atividades típicas das instituições financeiras são aquelas decorrentes da intermediação financeira. Tradicionalmente, tem-se o conceito de intermediação como a conciliação dos recursos captados dos agentes superavitários (poupadores), por um determinado prazo, com os recursos a serem emprestados aos agentes deficitários, também sob prazo e mediante cobrança de juros e encargos (NETO, Eduardo Salomão, Direito Bancário, 2ª edição, São Paulo, 2014, p. 29.)

Contudo, diversas instituições financeiras foram autuadas pela Receita Federal para cobrança do PIS e da COFINS incidentes sobre a totalidade de suas receitas, sem que fosse considerado que as receitas operacionais dessas empresas se constituem nas receitas de “intermediação financeira”.

Dessa forma, surgiu na esfera administrativa a discussão relativa a se saber se quaisquer receitas devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS das instituições financeiras, ou se apenas aquelas receitas que decorram diretamente da atividade-fim dessas pessoas jurídicas, ou seja, as receitas financeiras decorrentes da intermediação financeira (“spread” bancário). Exemplos de grandezas que poderiam ser afetadas por esta análise seriam a receita de juros decorrentes de depósitos judiciais e de juros sobre o capital próprio, em razão de participações em outras sociedades.

No âmbito do CARF, o primeiro precedente sobre o tema de que se teve notícia foi o Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) nº. 9303-005.051 (15/05/2017), no qual foi firmado o entendimento de que as receitas decorrentes da aplicação de recursos próprios e/ou de recursos de terceiros não podem ser classificadas como “receitas operacionais” das instituições financeiras, para fins de incidência do PIS e da COFINS. O voto vencedor do Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza consignou que “a Cofins não incide, porém, sobre aquelas receitas cuja origem é a aplicação de recursos próprios e/ou de terceiros, as quais, conforme destacou o relator do voto vencido, a própria fiscalização entendeu como receita financeira, não como receita operacional (...)”.

Em outro Acórdão, proferido em abril de 2018 (Acórdão nº. 3201-003.653), a 3.ª Seção de Julgamento do CARF reproduziu a conclusão da CSRF, acima destacada, embora naquela ocasião não tenha ficado claro o critério para definir as “receitas financeiras decorrentes da aplicação de recursos próprios ou de terceiros” em determinado período.

Em outubro do mesmo ano, contudo, a 3ª Turma da CSRF proferiu o Acórdão n. 9303-007.495, no qual, por maioria, decidiu que é irrelevante se a receita financeira decorre da intermediação financeira ou da aplicação de recursos próprios da instituição ou de terceiros, uma vez que toda ela decorre do exercício da atividade empresarial.

A partir daí este entendimento passou a prevalecer no âmbito das Turmas Ordinárias da 3ª Seção, com a prolação de decisões unânimes em desfavor dos contribuintes, tal como o Acórdão n. 3201-005.698, de 25/09/2019.

Embora em âmbito administrativo o cenário atual seja desfavorável aos contribuintes, o tema ainda deverá ser submetido ao crivo judicial, o que poderá gerar a redução dos valores de PIS e COFINS pagos atualmente e a recuperação de valores recolhidos indevidamente a esse título, mesmo que o STF julgue de forma desfavorável aos contribuintes o Recurso Extraordinário (RE) nº. 609.096.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart, Tadeu Negromonte de Moura e Natália Mara Rodrigues

04 ■

Crítica ao entendimento do STJ acerca do direito de crédito de PIS e Cofins sobre frete entre estabelecimentos da mesma empresa

A técnica da não-cumulatividade para o PIS e a COFINS foi introduzida pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, que estabeleceram hipóteses taxativas de creditamento, elencando, dentre eles, as despesas relativas aos “bens e serviços utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda” e as despesas com “armazenagem de mercadoria e frete na operação de venda”, quando o ônus for suportado pelo vendedor (destacamos).

No que tange aos créditos relacionados às despesas com frete de produtos acabados entre estabelecimentos da mesma empresa, a orientação jurisprudencial da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF firmou-se, a partir de 2017 (acórdão 9303-005.156, dentre outros) favoravelmente ao creditamento.

Nos julgados da 3ª Turma da CSRF, publicados no ano de 2019, e que analisaram o tema predominou o entendimento, por maioria de votos, de que os custos com o frete na transferência de produtos acabados entre estabelecimentos da mesma empresa geram direito ao creditamento porque: 1) é um custo relacionado à produção e essencial para a destinação do produto final à venda, enquadrando-se, como insumo na produção, na linha do entendimento pacificado no RESP nº 1.221.170/PR; 2) ainda que assim não fosse, a hipótese do inciso IX do artigo 3º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 prevê a possibilidade de creditamento relativamente às despesas com frete na “operação” de venda e não frete de venda. Assim, todos os serviços intermediários para a efetivação da venda geram direito ao crédito.

Contudo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a evolução da jurisprudência sobre essa questão tem-se dado de forma diversa.

A 1ª Turma do STJ possui apenas um precedente, exarado em 2015, no sentido da impossibilidade de creditamento das despesas de frete relacionadas às transferências internas das mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa, não havendo entendimento consolidado.

Por outro lado, é firme a posição da 2ª Turma do STJ que afasta o crédito relativamente aos custos com frete de transferência de produtos acabados entre estabelecimento da mesma empresa.

Nos últimos julgados da 2ª Turma sobre o tema, identifica-se que não foram enfrentados argumentos essenciais da controvérsia: (i) se o frete entre estabelecimentos da mesma empresa pode ser considerado um custo essencial ao processo produtivo, já que relacionado a destinação do produto final à venda; (ii) se a hipótese do inciso IX contempla a “operação” de venda, e não apenas o frete de venda da mercadoria.

Os Ministros entenderam que a definição de “insumo” fixada pelo RESP nº 1.1221.170/PR é distinta do tema e que haveria jurisprudência firme na Turma no sentido de que as “transferências internas das mercadorias para estabelecimentos da mesma empresa, por não estarem intrinsecamente ligadas às operações de venda ou revenda” (trecho extraído do voto do Ministro Mauro Campbell Marques no acórdão exarado no AgInt no AgInt no RESP nº 1.763.878).

A ausência de deliberação sobre as premissas há muito adotadas nos acórdãos do CARF sobre o tema empobrece as decisões da Corte Superior na medida em que lhes retira densidade pela ausência de amplitude e abertura para o debate com todos os argumentos postos.

Por óbvio, não há obrigatoriedade de observância da orientação do CARF pelo STJ. Mas isso não afasta a necessidade de que a Corte analise efetivamente os argumentos que tem sido deduzidos pelo contribuintes para defender o seu direito ao crédito de PIS e COFINS referente ao frete de transferência de produtos acabados entre seus estabelecimentos.

Necessidade ainda mais premente, nesse caso, quando a Corte deve avaliar a aplicabilidade ou não de tese aprovada em sede de recurso repetitivo. Ou seja, se o referido frete de transferência se enquadra ou não ao entendimento de que “o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância

de terminado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.”

Se o órgão de julgamento do contencioso tributário administrativo reconhece que existe essa adequação, é imprescindível que o STJ faça a mesma análise de forma específica e fundamentada, para consolidar a interpretação da legislação federal.

Espera-se que a Corte se atente para esse importante fato, e nos próximos julgados dê cabo efetivamente da sua tarefa constitucional de pacificar a interpretação da legislação infraconstitucional e resguardar a eficácia do seu entendimento pacificado em sede de recurso repetitivo.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso, Tatiana Zuconi Viana Maia e Bárbara Cristina Romani Silva

05 ■

Dedução de reajustes de preços contratuais da receita bruta tributável de PIS e COFINS

O Pronunciamento Técnico Contábil nº 47 (CPC 47 – Receita de Contratos com Clientes) disciplina o reconhecimento de receitas auferidas em operações de venda de mercadorias e de prestação de serviços. O CPC 47, em vigor desde 2018, se aplica a todos os contratos que uma empresa celebra com seus clientes para entrega de bens ou serviços. De acordo com o pronunciamento, a receita auferida deve retratar a transferência de controle dos bens ou serviços prometidos aos clientes e ser mensurada em valor que reflita a remuneração à qual a entidade espera ter direito em virtude da transação efetuada.

No CPC 47, as promessas de transferência de bens ou serviços são consideradas obrigações de performance e, na medida em que sejam distintas entre si, ou seja, passíveis de serem executadas cada qual de forma independente, devem ser contabilizadas separadamente. Por sua vez, o reconhecimento das receitas oriundas da execução de tais obrigações pode se dar (i) no momento em que o bem ou serviço for considerado transferido ou (ii) de forma proporcional à efetivação de sua transferência.

Contudo, o montante da receita bruta contábil registrado e apurado em cada exercício financeiro não se confunde necessariamente com a receita bruta tributável. No que diz respeito à contribuição para o PIS e à COFINS, a receita bruta tributável (base de cálculo) deverá ser apurada de acordo com o disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e art. 1º, § 3º, da Lei nº 10.637/2002 e Lei nº 10.833/2003.

Verifica-se, portanto, que eventos contábeis previstos no CPC 47 não necessariamente serão considerados pela legislação tributária para fins de reconhecimento e apuração da receita bruta que deve ser submetida à tributação pela contribuição ao PIS e pela COFINS. Com efeito, os itens 5 e 6 da Instrução Normativa nº 1.771/2017 determinam que o registro das diferenças entre a receita bruta contábil e a conta de receita bruta tributável originadas da aplicação dos

procedimentos contábeis previstos no CPC 47 sejam contabilizadas em conta específica de ajuste à receita bruta, de modo a não afetar a composição da base tributável. Em síntese, a legislação fiscal neutraliza os efeitos dos procedimentos contábeis do CPC 47 que se relacionam à apuração da receita bruta tributável, conferindo-lhes autonomia em relação à receita bruta contábil.

A neutralidade fiscal possui uma dimensão positiva, por meio da qual se estabelece que a receita bruta tributável será aquela apurada em conformidade com a legislação tributária, e uma dimensão negativa que, partindo da premissa de que o disposto na legislação tributária deve prevalecer sobre os procedimentos contábeis, leva-nos a concluir que as deduções da receita bruta permitidas na legislação tributária deverão ser preservadas independentemente da classificação contábil que se lhes tenha atribuído.

A neutralidade negativa encontra-se prevista no inciso II, do item 26, da IN 1.771/2017, que dispõe que, na apuração das bases de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, a pessoa jurídica que adotar os procedimentos contábeis previstos no CPC 47 deverá, no caso “das vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos de que trata a alínea “a” do inciso V do § 3º do art. 1º das Leis nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003, excluir da receita bruta as vendas canceladas e descontos incondicionais concedidos que teriam sido reconhecidos e mensurados conforme a legislação tributária e os critérios contábeis anteriores”.

Dessa forma, desde que o ajuste de receita bruta registrado em conta específica puder, por sua própria natureza, ser classificado como venda cancelada ou desconto incondicional, deverá o seu respectivo valor ser excluído da receita bruta tributária das contribuições ao PIS e da COFINS.

A aplicação desse entendimento tem cabimento, por exemplo, em contratações de prestações de serviços cuja contrapartida devida ao prestador a título de remuneração seja passível de sofrer alterações em virtude de descontos, abatimentos, restituições, incentivos, penalidades ou similares (item 51 do CPC 47), considerando-se que as respectivas obrigações contratuais possam ser classificadas como obrigações de performance e, portanto, tenham de ser registradas de acordo com as normas do CPC 47.

Uma vez constatado o descumprimento ou cumprimento parcial da obrigação contratada e o consequente reajuste do preço devido pelo serviço prestado

(art. 442 do Código Civil), desde que afastada a culpa do prestador pela não concretização da obrigação nos termos originalmente contratados, é possível a qualificação desse reajuste como venda cancelada e, dessa forma, a sua consideração para fins de dedução também da receita bruta tributável das contribuições ao PIS e da COFINS. Frise-se, por oportuno, que eventual possibilidade de descon sideração da qualificação do reajuste como venda cancelada dependeria da constatação de culpa do prestador pelos vícios na entrega do serviço. Neste caso, o reajuste não seria qualificado como venda cancelada, mas sim como multa contratual, conforme se depreende do disposto no art. 408 do Código Civil.

No mesmo sentido é o entendimento da Receita Federal, segundo a qual uma vez não executado o serviço conforme previsto no contrato, o prestador não será detentor do direito de receber o pagamento, seja no todo ou em parte, razão pela qual os valores não recebidos efetivamente no caixa da entidade não podem ser considerados como receita, devendo, portanto, serem qualificados como vendas canceladas (Solução de Consulta COSIT nº 114/2014). Em outras palavras, “vendas canceladas correspondem à anulação de valores registrados como receita bruta de vendas e serviços” (Solução de Consulta COSIT nº 111/2014).

Como exemplo, podemos citar muitas contratuais estabelecidas como mecanismo de reajuste do preço a ser pago ao prestador de serviços de prestação continuada (e.g.: multas por atraso na entrega bens ou serviços; multas pelo cumprimento do serviço em desconformidade com os padrões fixados no contrato). Em que pese a literalidade da expressão “multa” constar no texto do instrumento celebrado entre as partes, os valores deduzidos pelo tomador dos serviços quando do pagamento efetivo pelos serviços prestados serão qualificados como vendas canceladas, e não como simples multa contratual.

Dessa forma, os reajustes no valor da contraprestação à qual faz jus a entidade contratada, conquanto contabilmente reconhecidos nos termos do CPC 47, implicam direito à dedução da receita bruta tributável, para fins de apuração da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, desde que representativos do não reconhecimento do cumprimento de uma obrigação de performance nos termos contratados e cuja culpa não seja atribuída à pessoa jurídica que prometeu a entrega dos bens ou serviços.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Cristiano Augusto Ganz Viotti e Luciano Rezende Freire Estrela

06 ■

Dedução do REINTEGRA da base de cálculo do IPRJ e CSLL

Em 19 de setembro de 2019, quando do julgamento do REsp nº 1.571.354/RS, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que os valores apurados pelo contribuinte por força do benefício fiscal do REINTEGRA, ainda que anteriores à vigência da MP nº 651/2014, não integram a base de cálculo do IPRJ e da CSLL. Trata-se de importante precedente na seara tributária, uma vez que, até então, somente a Segunda Turma do STJ havia se manifestado a respeito da matéria e de maneira desfavorável aos interesses dos contribuintes.

O Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA é um benefício fiscal inicialmente instituído em 2011 pela Medida Provisória nº 540/2011, posteriormente convertida na Lei nº 12.546/2011. O benefício foi criado com o escopo de incentivar a exportação, reduzindo custos tributários residuais existentes na cadeia de produção exportadora, de modo a possibilitar a redução do valor final do produto exportado, aumentando a competitividade das mercadorias brasileiras no mercado externo. Para tanto, o regime concede às empresas exportadoras um crédito calculado sobre a receita decorrente das suas vendas ao exterior, por meio da aplicação de uma alíquota-base. Desde a edição da MP de 2011, o Fisco entendia que os créditos apurados pelo REINTEGRA deveriam compor a base de cálculo do IPRJ e da CSLL do exportador, o que levou os contribuintes a ingressarem no Judiciário, uma vez que esses créditos não têm natureza de renda, lucro ou acréscimo patrimonial, mas tão somente de uma “reintegração” de parte do resíduo tributário despendido na cadeia de produção destinada à exportação.

Em 2014, por meio da Medida Provisória nº 651/2014 (convertida na Lei nº 13.043/2014, atualmente vigente) o Governo renovou o benefício fiscal, sob novas regras, prevendo expressamente que o valor do crédito apurado em decorrência do Regime não deveria compor a base de cálculo do IPRJ e da CSLL (art. 21, §6º da Lei 13.043/14). Sendo assim, os contribuintes se viram legalmente autorizados a não tributar os créditos apurados pelo REINTEGRA em momento posterior à vigência da norma de 2014.

Entretanto, permaneceu sob discussão no Judiciário a não tributação dos valores apurados pelo REINTEGRA entre a instituição do benefício, em 2011, e a edição da norma de 2014 que expressamente afastou a incidência da CSLL e do IRPJ sobre os créditos. A jurisprudência majoritária era desfavorável aos contribuintes, sobretudo em virtude do entendimento firmado pela Segunda Turma do STJ de que a redução da carga tributária pelo benefício fiscal acarretava, ainda que indiretamente, a majoração do lucro, de modo que deveria ser considerada no cálculo do IRPJ e da CSLL. Sendo assim, a recente decisão proferida pela Primeira Turma reanima a discussão e aumenta a expectativa de êxito dos contribuintes.

A Primeira Turma reconheceu que os créditos apurados pelo REINTEGRA não podem ser incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sob pena de se esvaziar a utilidade do instituto e o objetivo da política fiscal desoneradora, subvertendo o próprio escopo da norma, uma vez que a tributação dos valores beneficiados anularia a benesse concedida e o efeito pretendido. Os Ministros também consignaram que os valores do REINTEGRA não representam “lucro” da empresa, concluindo que esses valores não estariam abrangidos no campo de incidência do IRPJ e da CSLL, em entendimento contrário àquele ventilado pela Segunda Turma. Para os ministros, a expressa autorização legal para a exclusão desses valores da base de cálculo dos tributos pelo regramento de 2014 representou um “autêntico reconhecimento legislativo do indevido alargamento das bases de cálculo dessas exações desde antes da vigência da MP n. 651/2014”.

Em virtude da divergência de entendimento entre as duas Turmas de Direito Público do STJ, é possível que a matéria seja analisada pela Primeira Seção do Tribunal, em sede de embargos de divergência, com a finalidade de uniformização da controvérsia. Tendo em vista que o STF já se manifestou no sentido de que a matéria não possui índole constitucional, provavelmente virá do STJ a solução definitiva da discussão.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart, Aimberê Almeida Mansur e Guilherme Faber

07 ■

Entendimento do STF acerca do índice de correção de monetária aplicável aos débitos contra a Fazenda Pública

Em setembro de 2017, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema 810), sob a sistemática da repercussão geral, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, com redação dada pela Lei nº 11.960, de 29.06.2009, que determinou a utilização do índice de remuneração oficial da caderneta de poupança, qual seja, a Taxa Referencial (TR), para a atualização das condenações impostas à Fazenda Pública que ainda não transitaram em julgado e estão pendentes de expedição de precatório.

Quanto aos juros moratórios incidentes sobre a restituição de tributos recolhidos indevidamente, foi mantido o entendimento de que deve ser observado o mesmo critério utilizado pela Fazenda Pública para remunerar o crédito tributário (taxa SELIC).

Segundo o STF, o índice a ser utilizado para a atualização das condenações impostas à Fazenda Pública é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), tendo sido fixadas as seguintes teses:

“1. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os **juros** moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos **juros** moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;

2. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a **atualização monetária** das condenações impostas à Fazenda

Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.” - destacamos

Como o julgamento em questão ocorreu em sede de Recurso Extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade retroagiria até a data em que a referida norma foi editada, ou seja, 29.06.2009, de modo que produzisse efeitos desde então.

Por entenderem que a aplicação do IPCA-E ao invés da TR causaria graves danos financeiros aos cofres públicos, alguns Estados da Federação e o INSS opuseram Embargos de Declaração com o objetivo de modular os efeitos da decisão do STF.

O relator do processo, Ministro Luiz Fux, votou pela modulação dos efeitos da decisão, para vigorar somente a partir do dia 25.03.2015. Assim, somente a partir dessa data é que seria aplicado o IPCA-E. O voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

O Ministro Alexandre de Moraes, por seu turno, votou contra a modulação dos efeitos da decisão do Plenário, sob o entendimento de que a parcela da população que tem direito aos créditos oriundos da Fazenda Pública não pode ser mais uma vez prejudicada com a postergação da aplicação do índice cabível, no caso o IPCA-E. O voto do Ministro Alexandre de Moraes foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Desse modo, em 03.10.2019, restou decidido no RE nº 870.947/SE que as condenações impostas à Fazenda Pública, a partir de 2009, devem ser corrigidas monetariamente pelo IPCA-E e não pela TR. No caso da recuperação de tributos recolhidos indevidamente, foi mantida a aplicação do mesmo critério utilizado pela Fazenda Pública para remunerar o crédito tributário (taxa SELIC).

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart, Aimberê Almeida Mansur e Raphael Silva Barbosa

08 ■

Linhas gerais das propostas de reforma tributária e o posicionamento do Governo Federal

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 45/19, apresentada à Câmara dos Deputados, propõe uma reforma do modelo brasileiro de tributação através da substituição de cinco tributos atuais (IPI, ICMS, ISS, Cofins, PIS) por um único imposto sobre bens e serviços, IBS, que terá as características de um imposto sobre o valor adicionado (IVA). A proposta prevê, ainda, a possibilidade de criação de impostos seletivos, de competência exclusiva da União, com finalidade extrafiscal, destinados a desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos.

O IBS terá alíquota que será uniforme para todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos, podendo variar entre Estados, Distrito Federal e Municípios, que poderão fixar, cada um, suas alíquotas singulares de forma distinta da alíquota de referência, por meio de lei ordinária. A alíquota do IBS será formada pela soma das alíquotas fixadas por cada ente, sendo que, nas operações interestaduais e intermunicipais, incidirá a alíquota do ente de destino, a quem pertencerá o imposto. Na ausência de lei do ente federativo fixando a alíquota singular de referência, a alíquota do IBS será a alíquota de referência que será fixada pelo Senado Federal.

O IBS será não cumulativo, havendo amplo direito de crédito.

No que diz respeito à partilha da arrecadação do IBS, a PEC 45/2019 prevê que cada ente federativo terá sua parcela na arrecadação do tributo, com base na aplicação de alíquota singular, sobre a base de cálculo.

Propõe-se também, conforme a PEC 45, que o IBS não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado. Como a alíquota do IBS deixará de ser seletiva em função da essencialidade dos

produtos (tal como ocorre atualmente com o IPI e o ICMS), a PEC 45 determina uma devolução do imposto recolhido para as famílias mais pobres, conforme regulamentação infraconstitucional.

Na Câmara dos Deputados também foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição 128/19, que prevê a criação do imposto sobre bens e serviços unificado para os Estados, Distrito Federal e Municípios, substituindo o ISS e o ICMS, ou seja, o IBS estadual e municipal (dual).

Assim como na PEC 45/19, na PEC 128 a alíquota será uniforme para todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos, podendo variar entre Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo que a alíquota aplicável ao imposto será formada pela soma das alíquotas fixadas por cada ente, sendo que, nas operações interestaduais e intermunicipais, incidirá a alíquota do ente de destino, a quem caberá a arrecadação. Na ausência de disposição específica na lei estadual, distrital ou municipal, a alíquota do imposto de referência também será fixada pelo Senado Federal. Referido imposto será não-cumulativo e não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros.

No âmbito federal, cria-se também o imposto federal sobre bens e serviços (IBS), que unificará o PIS, a Cofins e o IOF, que também terá alíquota uniforme para todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos. O imposto também será não-cumulativo, além de não ser objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros. Ademais, cria-se o imposto sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (IMT).

O IPI é mantido, mas a sua finalidade passa a ser restrita ao desestímulo do consumo de determinados bens, serviços ou direitos em razão de riscos à saúde e à segurança pública, ou visando dar efetividade ao tratamento preferencial à Zona Franca de Manaus. Em relação ao Imposto de Renda, a proposta prevê a redução de sua alíquota e, em contrapartida, restabelece a incidência do imposto sobre os lucros ou dividendos pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, ou com base no tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, o qual será exclusivamente na fonte, sob a alíquota de 4%.

Por fim, a PEC 128/19 acrescenta um novo parágrafo 14 no art. 195 da Constituição Federal, dispondo que a lei poderá definir setores de atividade econômica para os quais a contribuição previdenciária sobre a folha de salários poderá ser substituída, total ou parcialmente, por contribuição incidente sobre a receita ou o faturamento.

Já no Senado Federal, foi apresentada no início do ano a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 110/19, que também tem como objetivo a reestruturação do sistema tributário brasileiro, através da simplificação do sistema atual. Pretende-se a extinção de oito tributos: IPI, IOF, Cofins, PIS, Salário-Educação, Cide-Combustíveis, ICMS e ISS, que serão substituídos por dois novos impostos, o imposto sobre o valor agregado de competência estadual, chamado de Imposto sobre Operações com Bens e Serviços (IBS) e um imposto sobre bens e serviços específicos, Imposto Seletivo, de competência Federal.

Segundo a PEC 110, caberá à lei complementar fixar as alíquotas do imposto, havendo uma alíquota padrão e será aplicada de maneira uniforme em todo o território nacional. Nesta proposta, há ainda, a previsão de extinção da CSLL e sua incorporação pelo IR.

Além da extinção, criação e fusão dos tributos, a proposta prevê a alteração de competências tributárias da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além da destinação das receitas, com a transferência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), da competência estadual para a federal, com a arrecadação integralmente destinada aos Municípios, além da ampliação da base de incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), para incluir aeronaves e embarcações, com a arrecadação integralmente destinada aos Municípios.

O Governo Federal, por sua vez, havia sinalizado apresentar também sua própria Proposta de Emenda à Constituição para reforma tributária, que, dentre outras, tinha como intenção a unificação do PIS e da Cofins, através do IVA Federal, bem como a criação de imposto sobre cigarros e bebidas. Ademais, pretendia a redução gradual das alíquotas Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, bem como pretendia a retomada da retomada da tributação de lucros e dividendos distribuídos aos cotistas e acionistas de empresas. No que diz respeito ao ICMS e ISS, não houve a sinalização de mudanças.

Contudo, no final do ano de 2019, diante do avanço no debate e nas discussões em relação às PECs já apresentadas no Congresso Nacional, o Governo Federal manifestou-se no sentido de que seria inócua uma nova proposta.

Portanto, embora não se tenha por definido o projeto concreto da reforma tributária, verifica-se empenho do Congresso Nacional junto ao Poder Executivo para concretizar a reforma tributária no Brasil, que poderá ocorrer ainda em 2020.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso, Gustavo Lanna e Catharina Gabarra

09 ■

O entendimento do CARF sobre a natureza de insumo de despesas com publicidade para creditamento de PIS e COFINS

No segundo semestre de 2019, o julgamento realizado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), no Processo Administrativo nº 19515.721360/2017-23, ganhou repercussão pela importância do tema, haja vista que foi reconhecida a natureza de insumo das despesas incorridas com publicidade, autorizando o crédito de PIS e COFINS no regime da não cumulatividade à luz dos critérios de essencialidade e relevância definidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.221.170/PR.

No caso objeto do Acórdão nº 3201-005.668, o direito ao crédito foi reconhecido em razão da natureza das atividades desenvolvidas pela empresa contribuinte, que presta “serviços relacionados à área de marketing e publicidade, inclusive o desenvolvimento de marcas e de mercado, utilizando serviços de marketing prestados por terceiros como insumo essencial à sua própria prestação de serviços [...]”.

O fundamento acolhido no voto da Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário pautou-se no confronto entre a natureza da receita operacional da empresa e os respectivos insumos utilizados em seu negócio, entendendo que os documentos trazidos aos autos teriam comprovado, de forma objetiva, que as despesas incorridas com publicidade estariam diretamente relacionadas com a atividade-fim do contribuinte, sendo explícita a sua essencialidade e relevância.

Há, todavia, um trecho do voto que merece atenção, pois a Relatora consignou que o tipo de operação de marketing realizado pelo contribuinte do caso concreto não se confundiria com o marketing realizado por empresas varejistas, que teriam o interesse comercial em manter e fortalecer a sua marca com objetivo

final de vender os seus produtos, sendo a publicidade, neste caso, meramente acessória – ponderação essa que reafirma o caráter casuístico do tema.

Nesta perspectiva, o acórdão reconheceu a natureza de insumo apenas das atividades cuja essencialidade restou comprovada em razão de sua interligação direta com o objeto social da empresa no caso concreto, dando parcial provimento ao recurso do contribuinte por maioria de votos (6 x 2).

Vale ressaltar que é possível identificar uma coerência entre este entendimento adotado pelo CARF e o acolhido pelo mesmo Tribunal Administrativo no Acórdão nº 3301-005.414, julgado em 25/10/2018, bem como pela Delegacia Regional de Julgamento (DRJ), quando da análise do Processo Administrativo nº 10540.721182/2016-78. Em todos os três casos, sendo comprovada, por meio de documentos, a essencialidade e relevância das despesas com publicidade e propaganda, reconheceu-se a sua natureza de insumo e, por conseguinte, o direito ao crédito de PIS e COFINS não cumulativos.

Assim, sendo comprovado que os resultados das campanhas de publicidade e propaganda geraram benefícios diretos no incremento da receita das atividades desenvolvidas pelo contribuinte, sobretudo em comparação aos produtos e/ou períodos que não tiveram tal investimento, estariam preenchidos, segundo os precedentes analisados, os critérios de essencialidade e relevância perpetrados pelo STJ para fins de enquadramento como insumo.

Essa comprovação documental é de grande importância, uma vez que o conceito de insumo é sempre analisado casuisticamente, examinando se determinado bem ou serviço é essencial ou relevante para a atividade principal desenvolvida pelo contribuinte.

Portanto, ainda que haja precedentes favoráveis e relevantes sobre o tema, o ponto crucial para o reconhecimento das despesas com publicidade como insumo com direito a crédito de PIS e COFINS é a comprovação da sua essencialidade e relevância para a atividade do contribuinte, no sentido de que a subtração dessas despesas prejudicaria substancialmente o prosseguimento normal de suas atividades.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Daniela Silveira Lara e Francine Cassia Bento Fernandes

10 ■

O ITCMD na transmissão de quotas e ações de sociedades de capital fechado no Estado de Minas Gerais

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens e Direitos (ITCMD) é de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal, conforme o inciso I, do artigo 155, da Constituição Federal.

A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido na data da abertura da sucessão ou do ato ou contrato de doação, conforme o art. 38 do CTN.

No Estado de Minas Gerais, o ITCMD incidente sobre a transmissão de quotas ou ações de sociedades tem bases de cálculo diferentes conforme o tipo societário. No caso de sociedades anônimas de capital aberto, a base de cálculo do ITCMD é a cotação média das ações na Bolsa de Valores na data da transmissão ou, caso não tenha havido pregão nessa data, o valor de pregão ocorrido até 180 dias antes do fato gerador, quando não for possível obter tal valor em prazo menor (art. 5º da Lei Estadual 14.941/2003).

Nos casos de sociedades limitadas e anônimas de capital fechado, a base de cálculo é o valor patrimonial das quotas ou ações na data da transmissão, equivalente ao resultado da divisão do patrimônio líquido pelo número total de quotas ou ações (art. 5º, § 1º da Lei Estadual 14.941/2003).

Nesse último caso, apesar da clara disposição legal, a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais tem desconsiderado o balanço das sociedades e reavaliado bens específicos de seu ativo, sobretudo imóveis, com o intuito de inflar o patrimônio líquido e, conseqüentemente, majorar o valor do imposto.

O Fisco fundamenta tal procedimento na parte final do § 2º do art. 13 do Decreto Estadual nº 43.981/05, que regulamentou a Lei Estadual 14.941/2003:

§ 2º - O valor patrimonial da ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital de sociedade será obtido do balanço patrimonial e da respectiva declaração do imposto de renda da pessoa jurídica entregue à Secretaria da Receita Federal, relativos ao período de apuração mais próximo da

data de transmissão, observado o disposto no § 4º deste artigo, facultado ao Fisco efetuar o levantamento de bens, direitos e obrigações.

Contudo, a parte final do referido § 2º não autoriza o Fisco a reavaliar bens do ativo da sociedade. Ele autoriza o 'levantamento' de bens, direitos e obrigações. Ou seja, permite-se que eventuais bens, direitos e obrigações sonogados do balanço sejam arrolados, inventariados e contabilizados pelo Fisco para fins de determinação do patrimônio líquido. Trata-se de hipótese excepcional em que o balanço carece de credibilidade, é forjado ou fraudulento.

§ 2º - O valor patrimonial da ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital de sociedade será obtido do balanço patrimonial e da respectiva declaração do imposto de renda da pessoa jurídica entregue à Secretaria da Receita Federal, relativos ao período de apuração mais próximo da data de transmissão, observado o disposto no § 4º deste artigo, facultado ao Fisco efetuar o levantamento de bens, direitos e obrigações.

Afinal, se o objetivo é a busca do pretense “valor de mercado” das quotas ou ações transmitidas, conforme sustenta o Fisco, a simples desconsideração dos demais elementos do balanço, sobretudo do passivo, associada ao desconhecimento da real situação econômico-financeira da sociedade, que só seria confirmada com a realização de trabalho sério de auditoria, entrevistas com a administração e aferição de todas as contas contábeis, item a item, deturpa o resultado obtido e aumenta artificialmente o valor do ITCMD, em ofensa aos princípios da legalidade e da capacidade contributiva.

Se não bastasse, a autorização conferida pelo Decreto Estadual nº 43.981/05 ao Fisco de “levantar bens, direitos e obrigações” não encontra respaldo na Lei Estadual 14.941/2003, transbordando seus limites, sendo, portanto, ilegal.

Não obstante, o Conselho de Contribuintes (CCMG) e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) têm referendado a posição do Fisco (conforme Acórdãos do CCMG 22.064/19/2ª e 22.066/19/2ª e os Acórdãos do TJMG 1.0000.19.098694-3/001 e 1.0000.19.057337-8/001 do ano de 2019).

Todavia, esse entendimento por certo será revisto pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como já ocorreu em outras situações também envolvendo o Estado de Minas Gerais (conforme AgInt no REsp 1690263/MG), em mais um exemplo de desnecessária judicialização de exação claramente ilegal e indevida.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira, Fábio Appendino e Letícia Maciel Santana

11 ■

O posicionamento do CARF sobre a necessidade de comprovação pelo fisco da conduta dolosa do contribuinte para aplicação da multa qualificada

A Câmara Superior de Recursos Fiscais julgou, ao longo do ano de 2019, diversos casos envolvendo a aplicação da multa qualificada nos autos de infração, e a partir de uma análise por amostragem dos julgados proferidos no último semestre, verifica-se que tem prevalecido decisões desfavoráveis aos contribuintes, com a manutenção da multa de 150%.

A multa de ofício de 75% do valor do tributo, prevista no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, pode ser duplicada nos lançamentos em que a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) identificar a ocorrência de sonegação, fraude ou conluio (condutas tipificadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64). Este tipo de multa tem sido amplamente aplicada, representando significativa majoração das cobranças fiscais.

A principal questão que se coloca perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) ao apreciar o tema é se a RFB tem comprovado as aludidas condutas dolosas nos casos concretos, não bastando meras alegações, como a pretensão de economia tributária ou o prejuízo ao erário para justificar a majoração da multa, e sem a devida diferenciação entre condutas culposa e dolosa.

Muitas dessas autuações já foram submetidas à análise da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do CARF. Ao analisar uma seleção por amostragem de 13 decisões proferidas ao longo do segundo semestre de 2019 – sobre matérias relevantes e recorrentes, como aproveitamento de ágio e divergências na escrituração de obrigações acessórias, verifica-se que a maioria dos acórdãos proferidos foram favoráveis ao Fisco.

Contudo, entendemos que em boa parte desses julgados não houve a demonstração clara de que a RFB teria efetivamente comprovado a conduta dolosa do contribuinte, apta a justificar a aplicação da multa agravada. Ademais, em alguns casos, a CSRF, de certa forma, amplia os tipos penais da fraude, sonegação e conluio, para abranger, por exemplo, a simulação.

No acórdão proferido no Processo Administrativo nº 11020.002030/2009-85, julgado na sessão de 7 de agosto de 2019, relatado pela Conselheira Viviane Vidal Wagner, representante do fisco, por exemplo, foi dado provimento ao Recurso Especial da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por maioria de votos, para restabelecer a multa de 150%, sendo acolhidos os argumentos de que configuraria simulação dolosa a existência de duas empresas que constituem um único empreendimento de fato, mas divididas em: (i) uma abrangendo a atividade-fim; e (ii) outra optante pela tributação do Simples Nacional.

A fim de justificar a manutenção a multa qualificada inicialmente aplicada no Auto de Infração, a Relatora descreveu como “conduta fraudulenta” a simulação decorrente da “criação de pessoa jurídica supostamente independente, objetivando vantagem tributária por meio da divisão da receita bruta, de forma a permitir a inclusão (indevida) no SIMPLES, e argumentou também que tal conduta dolosa afetaria os princípios da livre concorrência e da solidariedade social”. Assim, trouxe interpretação que extrapola o texto da Lei nº 4.502/64.

Já quanto às autuações envolvendo divergência de apuração de valores em obrigações acessórias, vale comentar o Processo Administrativo nºs 19515.000667/2006-34, julgado na sessão de 11 de julho de 2019, de relatoria do Conselheiro Relator Demetrius Nichele Macei, representante dos contribuintes.

No referido julgado, a apuração de valores e informações não condizentes com a realidade foram motivo suficiente para que a Turma, por maioria, restabelecesse a multa no patamar qualificado. O racional do entendimento dos julgadores foi no sentido de que a divergência de informações entre o LALUR e a DIPJ, havendo retificação após o início da fiscalização, configuraria a sonegação fiscal. Ou seja, concluiu-se que, apesar de a empresa possuir os registros contábeis e fiscais com a indicação de valores superiores aos apresentados ao fisco muito antes do início da ação fiscal, apenas retificou as obrigações acessórias após intimada para esclarecimentos, retardando o conhecimento da autoridade fazendária a respeito da obrigação principal.

Tratou-se, portanto, de interpretação muito mais rigorosa do que a da Câmara baixa do CARF, que havia reduzido a multa qualificada, por considerar que: (i) não teria se tratado de conduta reiterada por parte do contribuinte; (ii) os valores omitidos nas declarações foram todos obtidos do próprio livro diário e do LALUR; e (iii) a possibilidade de a conduta delitiva ter sido meramente culposa.

Há também decisões proferidas pela CSRF que dispõem acerca da reiteração da conduta infracional e da omissão de receita identificada por meio da constatação de divergência em relação à apuração de tributos estaduais, situações em que haveria elementos suficientes para caracterização do elemento subjetivo do dolo. Tome-se como exemplo o Processo Administrativo nº 10120.016062/2008-96 (sessão de 05 de novembro de 2019, Relatora: Amélia Wakako Morishita Yamamoto), em que o contribuinte enviou declarações ao Fisco Federal no sentido de que os valores do tributo seriam zero e ao Fisco Estadual com valores superiores, durante o ano de 2005. Nesse caso, apesar de não verificada reincidência da conduta, decidiu-se, por maioria de votos, que “o dolo é evidente quando o recorrente informa valores imensamente superiores ao Fisco Estadual, e isso ao longo de todo o ano-calendário”. Ou seja, a hipótese de mero erro culposo foi mais uma vez afastada pela maior parte dos Conselheiros.

Ressalte-se que os julgadores da CSRF, em muitas das decisões proferidas, ao aplicarem a causa da qualificação da multa como sendo a mesma da conduta (por exemplo, a escrituração e não declaração ao Fisco), acabam impondo interpretação desproporcional da legislação tributária penal, já que pune de formas similares condutas com gravidades distintas.

Por outro lado, importante destacar que houve também decisões importantes em favor do contribuinte – como nos Processos Administrativos de nºs 15868.000001/2011-92 e 10580.723472/2010-94 (publicados em 1.º e 24 de outubro de 2019, Relatora Livia De Carli Germano) e Processo Administrativo nº 13971.720693/2017-71, Relator André Mendes de Moura) – com entendimento no sentido de que apenas a omissão de receitas, a reiteração de conduta e a suposição de fraude não seriam elementos suficientes para consolidar o elemento subjetivo para a qualificação da multa.

Nestes casos, foi decidido que indícios como estes deveriam ser reunidos com outras circunstâncias capazes de dar força probatória da intenção proposital do contribuinte de lesar o fisco. Foi o caso, por exemplo, do Processo Administrativo nº 16561.720163/2012-39, julgado em 10 de julho de 2019, no qual os julgadores, por maioria de votos, vencido o Relator André Mendes de Moura, representante

do Fisco, decidiriam que, mesmo diante da indedutibilidade do ágio no caso concreto, não se aplicaria a qualificação da multa por não se identificar a fraude, havendo ao menos dúvida razoável (ao tempo dos fatos geradores) acerca da legalidade do ágio amortizado.

Constata-se, portanto, que a jurisprudência acerca do tema perante a CSRF não se encontra consolidada, de modo que os contribuintes devem permanecer atentos à indevida manutenção da multa qualificada nas situações em que o dolo não é comprovado e/ou devidamente tipificado de acordo com a Lei nº 4.502/64, a fim de que se possa garantir a prolação de precedentes que efetivem a necessária segurança jurídica.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Manuela Britto Mattos e Marcelle Dantas de Freitas

12.

Prazo prescricional para redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios-gerentes

Há algum tempo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se encontrava consolidada no sentido de que o redirecionamento da Execução Fiscal em face dos sócios-gerentes, com fundamento no art. 135, III, do Código Tributário Nacional (CTN), deveria ocorrer no prazo máximo de cinco anos contados da citação da pessoa jurídica.

Todavia, verificando que a orientação da Corte vinha sendo aplicada de forma indiscriminada pelos órgãos jurisdicionais, sem a devida reflexão sobre especificidades dos casos concretos que justificavam a flexibilização do posicionamento consolidado, admitiu-se a necessidade de rever o entendimento de que o termo inicial do prazo de redirecionamento da Execução Fiscal seria sempre a citação da pessoa jurídica.

Visando dar tratamento mais detalhado à uniformização da jurisprudência sobre o tema, na sessão de julgamento de 08 de maio de 2019, a 1ª Seção do STJ finalmente concluiu a análise do Recurso Especial nº 1.201.993/SP (Tema 444), julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, fixando teses relativas à contagem do prazo prescricional para o redirecionamento da Execução Fiscal para os sócios-gerentes considerando a prática do ato ilícito **antes** ou **após** a citação da pessoa jurídica, o que alteraria seu termo inicial.

Na situação de o ato ilícito, e especialmente a dissolução irregular, se dar **antes** da citação, não houve maiores dificuldades em concluir-se que já se inicia a contagem do prazo para o redirecionamento: “a) à data da diligência [para citação] que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005”.

Já quando o ato ilícito é verificado **após** a citação, observou-se que sequer havia sentido lógico na aplicação do posicionamento anteriormente consolidado, pois, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não haveria falar, naquele momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento aos sócios-gerentes com base nesse fato. Ao mesmo tempo, não se poderia admitir que tal prazo restasse em aberto, ficando ao critério da Fazenda Pública o momento de requerer o redirecionamento.

A Solução encontrada nesse ponto partiu do pressuposto de que a responsabilidade tributária de terceiros, para os fins do art. 135 do CTN, pode resultar tanto do ato de infração à lei do qual resulte diretamente a obrigação tributária, como do ato infracional praticado em momento posterior ao surgimento do crédito tributário que inviabilize a cobrança do devedor original, como nas situações de fraude à execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do CPC/2015) e da fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN). Assim, foi acolhido como termo inicial para contagem do prazo para o redirecionamento, nessa hipótese, “a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo”, sendo ônus da Fazenda Pública provar a prática de tal ato.

Portanto, ao dar provimento, por unanimidade, ao Recurso Especial nº 1.201.993/SP (Tema 444), interposto pela Fazenda Pública, a 1ª Seção do STJ fixou as seguintes teses:

(i) O prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte,

a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC – fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustrro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

Veja-se que as teses fixadas pelo STJ no REsp nº 1.201.993/SP não levaram em consideração controvérsias específicas – que foram sendo levantadas no decorrer do prolongado julgamento do repetitivo –, como **(i)** a necessidade ou não de o sócio-gerente em face do qual ocorre o direcionamento ter figurado no processo administrativo em restou constituído o débito; **(ii)** contra qual sócio-gerente seria feito o redirecionamento (aquele que administrava a empresa na época da ocorrência do fato gerador ou aquele que exercia tal função no momento em que se caracterizou a dissolução irregular); ou **(iii)** se seria necessário instaurar o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previamente ao redirecionamento.

O fato de as referidas teses não adentrarem nesses pontos não é ocasional, mas resulta da opção do STJ de que “questões relacionadas apenas de modo indireto com o objeto da lide fossem deixadas de lado, para serem oportunamente julgadas em outros recursos, e que convicções individuais fossem ajustadas em prol da obtenção de provimento jurisdicional coletivo”, como explicou em seu voto o Relator Herman Benjamin. Assim, restou fixada a premissa de que a discussão deve ser restrita aos casos de dissolução irregular anterior ou ulterior à citação da empresa, porque foi apenas este o tema examinado no acórdão hostilizado.

A publicação da íntegra do acórdão do REsp nº 1.201.993/SP ocorreu em 12 de dezembro de 2019 e, na prática, apesar de buscar critérios objetivos, é certo que a aplicação do entendimento firmado no recurso repetitivo trará desafios na análise de cada caso concreto que versar sobre o tema.

Nos casos de dissolução irregular posterior à citação da pessoa jurídica, como visto, o termo inicial do prazo para o redirecionamento ao sócio-gerente foi fixado a partir da data da realização do ato ilícito que demonstre o intuito de obstar a satisfação do crédito tributário já executado. Todavia, ao assim decidir, o STJ, apesar de exigir que a Fazenda Pública demonstre a ocorrência do referido ato ilícito, ao mesmo tempo lhe garante prazo muito fluido e que, na prática, pode vir a ser bastante estendido, causando inegável insegurança jurídica.

A terceira tese fixada pela Corte que prevê que, em qualquer das hipóteses de contagem do termo inicial, para que seja reconhecida a prescrição é necessária a comprovação da inércia da Fazenda Pública no decorrer do prazo prescricional, também não traz orientação decisiva para sedimentar a questão.

Seja pelo fato de ter abarcado apenas uma das diversas controvérsias que envolvem a contagem do prazo prescricional para o redirecionamento, seja pelas teses fixadas conterem elementos muito subjetivos, provavelmente a orientação da Corte deverá sofrer nova flexibilização no futuro. Espera-se apenas que, da mesma forma que os julgadores se sensibilizaram pelos prejuízos sofridos pela Fazenda Pública com a aplicação irrefletida da orientação anteriormente sedimentada, estejam igualmente atentos aos descompassos que os contribuintes possam vir a enfrentar, a fim de que o sistema de precedentes agregue segurança jurídica, e não seja utilizado de forma a perpetuar injustiças.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Manuela Britto Mattos e Daniele Dias de Oliveira

13.

STJ decide pela incidência de ISSQN sobre a prestação de serviços acessórios de telecomunicação

Em 06/11/2019, foi publicado o acórdão por meio do qual a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) deu provimento ao Recurso Especial nº 1.810.842/SP, interposto pelo Município de Marília/SP, com vistas à reforma de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”), que havia extinguido débitos de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISSQN”) exigidos do contribuinte na prestação de serviços acessórios ao serviço de telecomunicação.

No caso em apreço, o contribuinte é empresa operadora de TV a cabo que foi autuada para a cobrança de ISSQN sobre a prestação a seus clientes dos serviços de adesão, instalação, assistência técnica, reconexão e troca de seleção de canais.

O TJSP entendeu que tais atividades não configurariam serviço de TV a cabo em si, que é definido na legislação federal (Decreto nº 2.206/97) como “serviço de telecomunicações, não aberto a correspondência pública, que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos”.

Por conseguinte, o Tribunal Estadual considerou que esses serviços de adesão, instalação, assistência técnica, reconexão e troca de seleção de canais teriam natureza de atividades-meio para a prestação do serviço de telecomunicação por TV a cabo, e, portanto, por não traduzirem atividade-fim da empresa, deveriam estar livres de incidência do ISSQN.

Reanalisada a discussão em sede de Recurso Especial interposto pelo Município, instaurou-se na Segunda Turma do STJ uma divergência de entendimentos, tendo sagrado vencedor, por maioria, o voto do Relator, Ministro Herman Benjamin.

Inicialmente, o Ministro Og Fernandes, em voto-vista, defendeu a manutenção do entendimento do Tribunal a quo, com base na jurisprudência do STJ acerca da não incidência do ISSQN na execução de atividades-meio que fossem indispensáveis à prestação do serviço de telecomunicação.

Com isso, pugnou pelo não conhecimento do apelo especial com base na Súmula STJ nº 83: *“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”*.

Em sentido contrário, o Ministro Relator afastou a suscitada aplicação da Súmula STJ nº 83, conhecendo do recurso. Em seu voto, invocou precedentes da própria Corte Superior, que definem as atividades em discussão como acessórias ao serviço de telecomunicação por TV a cabo, conferindo uma interpretação extensiva ao item de “assistência técnica” presente nas listas de serviços sujeitos ao ISSQN, anexas ao Decreto-lei nº 406/68 (item 21) e à Lei Complementar nº 116/2003 (item 14.02).

Desse modo, concluiu que *“os serviços acessórios ou preparatórios aos de comunicação strictu sensu encontram-se fora do âmbito de incidência do ICMS, mas estão inseridos no item 21 do Decreto-Lei 406/1968 e no item 14.02 da LC 116/2003”*, sendo este o posicionamento vencedor no julgamento do Recurso Especial.

Vale destacar que o REsp nº 1.810.842/SP não foi julgado sob a sistemática de recursos repetitivos e a conclusão sobre o tema não foi unânime, fulminada pelo placar de 3 votos a favor da incidência do ISSQN e 2 votos contrários, o que aponta que a jurisprudência sobre o assunto ainda pende de pacificação.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Daniela Silveira Lara e Daniela Gregório Rodrigues Rocha

14 ■

STJ inicia julgamento sobre a legalidade da limitação de 30% para a compensação de prejuízos fiscais de empresas encerradas

Em 17 de outubro de 2019, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) iniciou o julgamento do Recurso Especial nº 1.805.925/SP, que tem como objeto a arguição da ilegalidade da aplicação do limite de 30% para a compensação de prejuízos fiscais (IPRJ) e bases negativas (CSLL), nos casos de empresas extintas, que aferiram lucro em seu último período de apuração.

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), que autorizou a compensação integral dos prejuízos fiscais acumulados por uma empresa com os lucros aferidos no exercício anterior à sua extinção por incorporação.

Iniciado o julgamento, o Relator do caso, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, votou pelo desprovimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, argumentando que a legislação instituiu o limite de 30% pressupondo que a empresa continuará existindo e poderá compensar o restante dos prejuízos em exercícios seguintes. Como a compensação de prejuízos não é um benefício fiscal, não há amparo legal para sua limitação no caso da empresa que encerra as suas atividades. Arguiu, ainda, que a despeito do Supremo Tribunal Federal ter declarado, em junho de 2019, a constitucionalidade da “trava de 30%” para a compensação dos prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa, não ocorreu a análise dessa limitação sob a ótica das empresas extintas.

Por sua vez, o Ministro Gurgel de Faria, em seu voto vista, deu provimento ao Recurso Especial por entender que a compensação dos prejuízos fiscais e de base de cálculo negativa tem natureza de benefício fiscal, conforme decidido no RE 344.944/PR, não constituindo direito do contribuinte, mas mera expectativa

de direito e, por isso, se restringe às limitações estabelecidas em lei.

Votaram, ainda, os Ministros Sérgio Kukina, que acompanhou o voto do Ministro Gurgel de Faria e a Ministra Regina Helena Costa, a qual acompanhou o voto do Ministro Relator, Napoleão Nunes Maia Filho. Atualmente aguarda-se o prosseguimento do julgamento, com a prolação do voto do Ministro Benedito Gonçalves.

Caso o julgamento do Recurso Especial nº 1.805.925/SP finalize de forma favorável aos contribuintes, estará assegurado o aproveitamento dos prejuízos fiscais acumulados do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IPRJ) e bases negativas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) para empresas que encerram as atividades com apuração de lucro na sua declaração de encerramento.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso e Alex Fernandes Leite Lira Gomes

15.

Termo inicial para a incidência da correção monetária nos pedidos de ressarcimento de créditos escriturais federais

Um problema recorrente enfrentado por muitos contribuintes é a dificuldade na recuperação de créditos escriturais objeto de pedidos administrativos de ressarcimento, em razão da demora na obtenção de uma decisão por parte da Receita Federal quanto aos valores pleiteados, e também em razão da demora na própria devolução/ressarcimento dos valores que venham a ser reconhecidos.

Mesmo com a previsão expressa no art. 24 da Lei nº 11.457/07 de obrigatoriedade de ocorrência de decisão administrativa dentro de 360 dias, o que se vê na prática é a não observância deste prazo por parte da Administração Pública Federal. Não são raras as vezes em que os contribuintes são obrigados a esperar por vários anos até que obtenham uma resposta por parte da Administração Pública Federal, ainda sendo obrigados a esperar por mais tempo o efetivo pagamento destes valores após o reconhecimento do seu direito creditório.

Em razão deste cenário, muitos contribuintes têm pleiteado judicialmente a análise e efetiva finalização de seus pedidos de ressarcimento: o que se observa é que aqueles contribuintes que não ajuízam demandas judiciais acabam por ficar prejudicados, uma vez que a própria Administração Pública Federal prioriza o atendimento de decisões judiciais que determinem a liquidação destes pedidos sob o fundamento de ausência de recursos disponíveis para pagamento e/ou de inexistência da mão-de-obra necessária para a devida análise, na íntegra, dos pedidos que são protocolados por toda a coletividade de contribuintes.

Daí a importância do entendimento vinculante fixado pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Recursos Especiais (REsp) nº 1.138.206/RS e 1.035.847/RS: o STJ não apenas reconheceu o caráter vinculante do prazo estabelecido no art. 24 da Lei nº 11.457/07, mas também deixou claro que é devida a correção monetária de créditos escriturais quando o Fisco apresenta óbice indevido ou demora injustificada no reconhecimento do direito de crédito pleiteado pelos contribuintes.

Consolidando este entendimento, foi editada a Súmula 411/STJ, estabelecendo que “é devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco”. Ainda que esta súmula se refira expressamente aos créditos de IPI (e não àqueles de PIS e Cofins), este entendimento é aplicável a qualquer tipo de crédito escritural cujo aproveitamento seja obstado pela Fazenda Pública.

Isso significa que, quando os créditos escriturais são aproveitados pela própria sistemática da não-cumulatividade (isto é, na escrituração dos respectivos tributos), não é devida a correção monetária por ausência de previsão legal. Contudo, se o aproveitamento do crédito pelo contribuinte sofre demora em virtude de resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco, tal como o desrespeito ao prazo de 360 dias para a análise de pedidos de ressarcimento, estes créditos deverão ser corrigidos monetariamente.

A partir da premissa de que é devida a correção monetária nestes casos, instaurou-se a controvérsia quanto ao termo inicial para a sua incidência, cabendo ao STJ definir se a correção deveria ser a partir da data do protocolo do pedido administrativo de ressarcimento ou apenas após o vencimento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei 11.457/07.

A jurisprudência do STJ tem oscilado quanto a este tema, havendo decisões em ambos estes sentidos. Contudo, embora a questão aparentemente estivesse pacificada por meio do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 1.461.607/SC (no sentido de que o termo inicial de correção apenas se daria após o fim do prazo de 360 dias), o STJ selecionou os REsps nº 1.767.945/RS, 1.768.060/RS e 1.768.415/SC para julgamento vinculante e definitivo do tema, o qual foi iniciado em 09/10/2019 e atualmente se encontra suspenso em razão do pedido de vista da Ministra Regina Helena.

Assim, é de suma importância que os contribuintes que tenham pedidos de ressarcimento em aberto tomem as medidas necessárias para requerer sua pronta análise e devida quitação, pugnando pela correção monetária destes créditos desde a data do protocolo dos pedidos para se resguardar caso seja esta a orientação dada pelo STJ – sem prejuízo de que recebam de imediato os valores a que fazem jus com a correção a partir do esgotamento do prazo legal de 360 dias, a partir do qual é incontroverso o seu direito de correção.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart, Fernanda de Oliveira Silveira e Ana Luísa Romualdo Januário Dutra

16 ■

Tributação dos Contratos de Rateio de Custos na visão do CARF

Em julho de 2019 foi publicada a decisão da 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) no processo nº 16327.000525/2005-15 (Acórdão 1402-003.864), em recurso relacionado a um Auto de Infração de 2005, lavrado para a cobrança de COFINS sobre repasses efetuados entre empresas do mesmo grupo (das controladas à controladora) que visavam ressarcir despesas efetuadas pela controladora.

De acordo com a fiscalização, a “empresa-mãe” recebia das outras empresas do mesmo grupo econômico valores referentes ao financiamento de áreas como a de recursos humanos, contabilidade-financeira, marketing, tecnologia da informação, consultoria e contencioso jurídicos, etc., todos formalizados em documento denominado “Convênio de Rateio de Custos Comuns – CRCC”.

O entendimento do CARF, seguindo o raciocínio já aplicado pela Receita Federal do Brasil (RFB) na Solução de Divergência COSIT nº 23/2013, foi o de que os valores recebidos “pela empresa-mãe” a título de “compartilhamento de custos” não configuram receita da pessoa jurídica, mas mero repasse para reequilíbrio financeiro, com natureza de reembolso de custos e despesas, veja-se:

Há sem dúvida, situações nas quais, rotineiramente, é aplicável o rateio, quer de custos, quer de despesas. A situação mais comum ocorre em grupos empresariais, nos quais a holding ou a empresa líder, objetivando a racionalização dos custos do grupo, centraliza determinadas atividades que, em maior ou menor grau, aproveitam às demais empresas do conglomerado.

Em tais situações, a empresa/instituição centralizadora assume, em nome das demais, custos e despesas que, obviamente, não lhe são próprios, merecendo, portanto, ressarcimento pelos dispêndios efetuados. Neste caso, inexistente transação de mercado ou negociação de valores ou de condições de pagamento, tal como se depura da análise dos autos. (...)

Dessa forma, nos termos do voto da Conselheira Edeli Pereira Bessa, como os valores recebidos pela controladora não configuram receita da pessoa jurídica, não haveria que se falar na incidência da COFINS, por ausência da ocorrência do seu fato gerador.

Destacamos que, embora a análise do CARF tenha se limitado à COFINS, a mesma lógica acima descrita pode ser utilizada também para a contribuição ao PIS, inclusive para contratos de compartilhamento de custos (cost sharing) internacionais.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Frederico de Almeida Fonseca, Rogério Abdala Bittencourt Junior e Bárbara Machado Rodrigues Morais

A visão do CARF sobre os limites do planejamento tributário após a venda de participação societária

A 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do CARF, quando do julgamento do processo nº 16561.720127/201518 (acórdão 9101004.335), decidiu que as operações de reorganização societária, sem propósito negocial, feitas com o intuito exclusivo de reduzir a tributação sobre o ganho de capital auferido com a venda de participação societária não produzem efeitos perante o Fisco, caso tenham sido realizadas após o recebimento de oferta vinculante de compra das ações.

A contribuinte autuada realizou uma série de operações de reorganização societária que culminaram na transferência de participação societária para outra pessoa jurídica, que, por sua vez, vendeu as respectivas ações a uma terceira sociedade.

Embora todas as operações tenham sido lícitas, o Fisco levou em consideração alguns elementos fáticos que indicavam que a venda das ações já havia sido acordada em momento anterior à realização dessas operações, depois do recebimento de uma oferta vinculante de compra das ações da pessoa jurídica. Por esse motivo, chegou-se à conclusão de que a operação se prestou, apenas, a alterar a incidência tributária sobre o ganho de capital na venda do ativo da pessoa jurídica, ou seja, constatou-se que a operação estava desprovida de propósito negocial e, por essa razão, deveria ser desconsiderada pelo Fisco.

A Conselheira Edeli Pereira Bessa, ao proferir o seu voto vencedor, explicou que “para efetivar opção fiscal válida, a Contribuinte deveria ter promovido a transferências das ações (...) antes de receber oferta vinculante de compra das ações em 04/12/2009, até porque já presentes interesse de alienar e oferta não vinculante antes apresentada. Em tais condições, a faculdade prevista no art. 22 da Lei nº 9.249/95 poderia ser exercida sem objeção fiscal à reorganização societária que constituísse outra pessoa como titular das participações societárias a serem negociadas. Inadmissível, porém, que, frente a uma oferta

vinculante de compra estipulando o preço a ser pago pelas ações pretendidas e materializando o ganho de capital a ser auferido, a Contribuinte invoque aquele permissivo legal para ser substituída na figura de alienante com vistas, apenas, a reduzir a incidência tributária”.

Dessa forma, o CARF firmou o entendimento de que, caso haja uma oferta vinculante de participação societária prévia, as operações societárias subsequentes que tenham como objetivo apenas reduzir a carga tributária serão desconsideradas para fins tributários.

Portanto, caso não houvesse ocorrido oferta vinculante anterior à reorganização societária que importou em economia tributária, provavelmente a operação teria sido considerada válida pelo CARF.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Frederico de Almeida Fonseca, Rogério Abdala Bittencourt Junior e Bárbara Machado Rodrigues Morais

18 ■

Verdade material e preclusão no entendimento do CARF

Segundo os arts. 16, III, §4º, e 17 do Decreto nº 70.235/1972, o contribuinte deve apresentar na impugnação a auto de infração e na manifestação de inconformidade contra despacho decisório todos os fatos, fundamentos e provas de que dispõe para combater a exigência fiscal, sob pena de preclusão, ou seja, de que seja presumida a veracidade do respectivo ato administrativo.

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Certas decisões do CARF têm relativizado a aplicação da norma do art. 16 para admitir a apresentação de provas e documentos em momento posterior à impugnação ou manifestação de inconformidade, mesmo em hipóteses não previstas no §. 4º, com base no princípio da verdade material ou da primazia da realidade:

PAF. PROVA EXTEMPORÂNEA. VERDADE MATERIAL. PRIMAZIA DA REALIDADE. ADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO. MITIGAÇÃO. ART. 16, § 4º, DECRETO 70.235/1972.

Não há óbice à apreciação de elementos probatórios apresentados apenas na segunda instância de julgamento, vez que no processo administrativo fiscal deve prevalecer a verdade material, a primazia da realidade, em face do formalismo processual, mitigando-se assim a preclusão prevista no art. 16, § 4º do Decreto n. 70.235/1972, além das hipóteses que menciona. (Acórdão nº 2402007.832 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão de 8 de novembro de 2019)

De fato, como o objetivo do processo administrativo tributário é a verificação da legalidade do lançamento, o princípio da verdade material não admite a preclusão do direito do contribuinte de produzir prova documental após a impugnação ou manifestação de inconformidade. O que importa, nesse caso, é a busca da realidade dos fatos, e não o apego a formalismo que impeça a realização do interesse público de autocontrole dos atos administrativos.

Não obstante, o CARF considera preclusas as matérias que não são combatidas na impugnação ou manifestação de inconformidade, com base no art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, a não ser que se trate de matéria de ordem pública (vide, entre muitos, os Acórdãos nºs 3201-004.624 e 1401-004.006), que visem a combater a decisão de primeira instância ou que sejam lastreadas em prova documental.

No recente Acórdão nº 9101-004.599, em que se discutiu a possibilidade de análise de matéria suscitada apenas no recurso voluntário, a Câmara Superior de Recursos Fiscais decidiu que não é vedada a apresentação de novas razões de direito que sejam vinculadas a prova documental, uma vez que, se o §4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972 permite a juntada de prova documental após o oferecimento da impugnação ou manifestação de inconformidade, a decorrência lógica é a possibilidade de dedução de novas razões de direito lastreadas nessa nova prova ou em prova já produzida nos autos.

Não é admitido, porém, que seja iniciada no recurso voluntário a discussão de matéria que não foi objeto de contestação na impugnação ou manifestação de inconformidade, uma vez que a parcela não impugnada não tem a sua exigibilidade suspensa (art. 151, III do CTN) e é passível de destaque e cobrança imediata.

No início de 2019, contudo, foi publicado o Acórdão nº 9101-003.953, da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em que restou corretamente assentado, na forma do voto do Conselheiro Demetrius Nichele Macei, que se o que caracteriza a busca da verdade material é a possibilidade de o órgão administrativo, a qualquer tempo, buscar fatos e fundamentos de direito que embasem seu convencimento, mesmo que não constem dos autos, não é razoável que não sejam admitidos fatos e razões de direito suscitados pelo contribuinte após a impugnação ou manifestação de inconformidade. Afinal, ainda que o julgador não tenha a obrigação de analisar todos os itens de defesa, tem a obrigação de verificar a legalidade do lançamento tributário.

A decisão contida no Acórdão nº 9101-003.953 aplicou corretamente o princípio da verdade material, uma vez que o processo administrativo é procedimento de accertamento do crédito tributário, ou seja, de controle da legalidade dos atos da fiscalização. Os órgãos administrativos, portanto, que integram a própria estrutura da fiscalização, têm a obrigação legal de buscar a verdade, não sendo legítima a alegação de insuficiência de provas ou fundamentos apenas como forma de manutenção, a qualquer custo, da exigência fiscal.

Conforme Hugo de Brito Machado Segundo, como o autocontrole do ato administrativo poderia ser exercido independentemente do processo, o formalismo processual somente poderá ser exigido para viabilizar a defesa do contribuinte, e não para manter exigências fiscais descabidas e ilegais (SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, Processo Tributário, 10 ed, 2018).

Dessa forma, espera-se que o CARF reveja sua posição excessivamente formalista, hoje majoritária, para que seja dado o correto tratamento às provas e fundamentos de direito capazes de reduzir ou extinguir o crédito tributário, mesmo que não tenham sido apresentados na impugnação ou manifestação de inconformidade, como forma de fazer valer o interesse público na busca da verdade material.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira, Aimberê Almeida Mansur e Priscila Maria Alves dos S. Pinto



181 | PROCESSO TRIBUTÁRIO

1

**A COMPENSAÇÃO COMO ARGUMENTO DE
DEFESA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO**

2

**AVANÇOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO NEGÓCIO
JURÍDICO PROCESSUAL EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

3

**PORTARIA DA PGFN REGULAMENTA A
POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA
INSTITUÍDA POR MEDIDA PROVISÓRIA**

4

**POSICIONAMENTO DO CARF SOBRE A
APLICAÇÃO DO ARTIGO 24 DA LINDB**

5

**STJ DEFINE AS REGRAS DAS PROVAS PRÉ-
CONSTITUÍDAS PARA DECLARAÇÃO DE
DIREITO À COMPENSAÇÃO EM MANDADO DE
SEGURANÇA**

01 ■

A compensação como argumento de defesa em Embargos à Execução

Atualmente, grande parte dos créditos tributários constituídos e executados decorrem de compensações declaradas pelo contribuinte e não homologadas pela autoridade fiscal. O indeferimento do pedido de compensação formulado pelo contribuinte pode ocorrer em razão da não demonstração do crédito pleiteado por meio de documentos fiscais e contábeis idôneos ou pela divergência na interpretação da legislação que fundamenta o direito ao crédito.

Esgotada a via administrativa e encaminhado o débito para cobrança, resta ao contribuinte levar a discussão acerca do seu direito creditório e, conseqüente, homologação do débito compensado, para o Judiciário. E a forma mais usual é por meio da oposição de Embargos à Execução Fiscal, precedida do oferecimento de garantia nos autos do feito executivo.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando o entendimento de que somente se admite a compensação como argumento de defesa, em sede de Embargos à Execução Fiscal, nas hipóteses em que essa tiver sido previamente homologada na esfera administrativa – como se observa nos Acórdãos AgInt no REsp 1694942/RJ; AgInt no AREsp 1327944/SP; AgRg no Ag 1364424/PR .

A partir de uma interpretação equivocada do que foi decidido no julgamento do Recurso Especial nº 1.008.343/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, as duas Turmas da Primeira Seção do STJ passaram a sustentar que não é lícito se discutir, nos Embargos à Execução, controvérsia acerca da compensação não homologada na esfera administrativa, por força do disposto no art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

O paradigma citado, no entanto, é claro ao permitir que a compensação efetuada pelo contribuinte, antes da inscrição do débito em dívida ativa, “pode figurar como fundamento de defesa dos embargos à execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário.”

Ou seja, em momento algum, a decisão vinculante do STJ condicionou a possibilidade de arguição da compensação como matéria de defesa à hipótese de seu deferimento na esfera administrativa. Não há, em nenhum trecho do acórdão a sustentação de que a compensação indeferida no âmbito administrativo não pode ser objeto de defesa em sede de Embargos à Execução.

E nem poderia ser diferente, já que, se a compensação não tivesse sido indeferida na via administrativa, o débito sequer estaria sendo executado.

A vedação contida no §3º do artigo 16 da Lei nº 6.830/80, na realidade, impede que o contribuinte requeira, em sede de Embargos à Execução Fiscal, a compensação do débito executado com outros créditos que considera possuir contra o exequente. Caso em que, o devedor reconhecendo a procedência e a existência da dívida executada, opõe-se ao seu pagamento, alegando ser credor da Fazenda Pública, e requer a extinção do crédito tributário pela compensação.

Diametralmente diversa é a hipótese em que o executado alega que o crédito tributário exigido já se encontrava extinto em virtude da anterior compensação realizada administrativamente, comprovando a legitimidade e suficiência dos créditos utilizados para a quitação prévia do débito executado. Nesse caso, a compensação constitui causa extintiva do crédito tributário, nos termos do artigo 156, II, do CTN, atingindo a presunção de liquidez e certeza da CDA, razão pela qual pode ser arguida como matéria de defesa nos Embargos à Execução Fiscal.

Ao negar ao contribuinte a possibilidade de se arguir, em Embargos à Execução, a legitimidade da compensação não homologada administrativamente e da qual decorreu o crédito tributário exigido, o STJ, na prática, restringe indevidamente o acesso do executado ao judiciário.

Isso porque, a desconstituição do crédito tributário, por meio da ação prevista no art. 169 do Código de Processo Civil ou de Ação Anulatória de Débito Fiscal, exige o depósito integral do valor do débito para suspensão da sua exigibilidade. O oferecimento de outra modalidade de garantia, em regra, não assegura a suspensão dos atos executórios, embora viabilize a concessão de certidão de regularidade fiscal.

Diante do evidente retrocesso jurisprudencial, a questão impõe precaução na definição da melhor estratégia para se opor, judicialmente, à cobrança do crédito tributário decorrente da não homologação de compensação na via administrativa, de forma a assegurar o exercício da ampla defesa e do contraditório e, na mesma medida, minimizar os custos e riscos para o contribuinte.

Por outro lado, espera-se que a jurisprudência seja acertada, reconhecendo o direito do contribuinte de discutir, na via dos Embargos à Execução, a validade da compensação que deu origem à cobrança executiva.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso, Petrina Rodrigues de Mello e Gustavo Henrique Franco Ferreira

02 ■

Avanços na implementação do Negócio Jurídico Processual em matéria tributária

Seguindo a tendência mundial de otimização de procedimentos e a busca pela redução do contencioso tributário, o Negócio Jurídico Processual se apresenta como uma importante ferramenta para o estreitamento da relação entre fisco e contribuinte, tendo apresentado importantes avanços no ano de 2019.

Com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015 (“CPC/2015”), os métodos alternativos de solução de conflitos ganharam especial destaque e foi reforçado o prestígio aos princípios norteadores do processo civil, com ênfase na atuação das partes de forma cooperativa de modo a se obter decisões de mérito justas e efetivas em tempo razoável.

Muito embora não se classifique tecnicamente como um método alternativo de solução de conflitos, foi nesse contexto que a figura do Negócio Jurídico Processual (NJP) foi inserida no texto do artigo 190 do CPC/2015, em expressão máxima de prestígio à autonomia das partes litigantes, com possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres, antes ou durante o processo, além da possibilidade de ajustarem procedimentos, desde que os direitos em debate admitam a autocomposição.

No âmbito tributário, dada a especificidade do crédito tributário ser direito indisponível, não era muito comum se falar em métodos alternativos de solução de conflitos. Contudo, essa é uma realidade que está mudando na atualidade, seguindo a tendência mundial de necessidade de otimização e redução de contencioso tributário, com maior aproximação entre fisco e contribuinte.

Alinhada a essa tendência, a partir do ano de 2018, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) passou a dar mais atenção ao NJP e amadureceu o tema, culminando na edição de diversos atos normativos para regulamentar a sua aplicação no âmbito federal, conforme linha do tempo abaixo:

- Edição da Portaria PGFN nº 33, de 08/02/2018, que permitiu a celebração de NJP para recuperação de débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo determinado;

- Edição da Portaria PGFN nº 360, de 13/06/2018, que autorizou a celebração de NJP relativo ao cumprimento de decisões judiciais; à confecção ou conferência de cálculos; aos recursos, inclusive a sua desistência; e à forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores; e na sequência, a Portaria PGFN nº 375, de 15/06/2018, que regulamentou o atendimento aos advogados nas unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, representando um importante marco na abertura do diálogo entre fisco e contribuinte;

- Edição da Portaria PGFN nº 742, de 21/12/2018, que previu a possibilidade de implementação de NJP sobre assuntos relativos à calendarização da execução fiscal; ao plano de amortização do débito fiscal; à aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; e ao modo de constrição ou alienação de bens, com destaque à possibilidade de o contribuinte negociar a garantia a ser apresentada na transação.

A partir dessa regulamentação, o tema ganhou mais destaque no cenário tributário e no ano de 2019 o assunto veio à tona em meio ao texto da Lei nº 13.874, de 20/09/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e promoveu alterações importantes na Lei nº 10.522/2002, para estabelecer procedimentos para a redução do contencioso administrativo e judicial, com possibilidade de a PGFN regulamentar a celebração de NJP em seu âmbito de atuação.

Na sequência, uma nova portaria foi editada – Portaria PGFN nº 11.956, de 27/11/2019 – promovendo as seguintes alterações relevantes na Portaria PGFN nº 742/2018:

- Exclusão da previsão de necessidade de concordância expressa com ajuizamento de execução fiscal para celebração de NJP relativo a débitos inscritos e não ajuizados e, no caso de não concordância, a previsão de obrigatoriedade de parcelamento dos débitos;

- Aumento do valor mínimo dos débitos objeto do NJP que demandam autorização prévia da Coordenação-Geral de Estratégias da Recuperação de Créditos, de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais), possibilitando maior autonomia para celebração de NJP diretamente com o Procurador-Chefe de Dívida Ativa da respectiva

Procuradoria-Regional;

- Inclusão de previsão expressa de aplicação desse procedimento também às dívidas do FGTS.

Fato é que o NJP ainda é uma figura recente no cenário do contencioso tributário, mas certamente é um instituto que veio para aproximar fisco e contribuinte, abrindo espaço ao diálogo entre as partes, com o objetivo de se alcançar uma solução justa e cada vez mais célere aos litígios fiscais, colaborando com a otimização dos procedimentos e com a redução do contencioso tributário, almejada por todos os atores dessa relação jurídica: fisco, contribuinte e Poder Judiciário.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Daniela Silveira Lara e Gleice Diniz de Oliveira

03 ■

Portaria da PGFN regulamenta a possibilidade de transação tributária instituída por Medida Provisória

Em 17/10/2019, entrou em vigor a Medida Provisória nº 899, denominada “MP do Contribuinte Legal” que estabeleceu as condições e os requisitos para a regularização de débitos tributários perante União Federal, por meio do instituto da **transação tributária**, previsto no art. 171 do Código Tributário Nacional, cujo objetivo consiste na redução dos litígios entre contribuintes e a Administração Pública Federal, a partir da solução negociada de conflitos.

Para tanto, a transação tributária deverá atender o interesse público, além de observar os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência bem como, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade. Por meio do seu art. 2º, a MP 899 estabeleceu as três modalidades de transação tributária: (i) na cobrança da **dívida ativa**, (ii) no contencioso judicial ou administrativo tributário, e, por fim, (iii) no contencioso administrativo de baixo valor.

Em 29/11/19, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional publicou a Portaria nº 11.956/19, que regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União, estabelecendo os procedimentos, requisitos e condições à sua realização.

A transação pode ser proposta pela PGFN, nas modalidades “por adesão” ou “individual”, ou pelo devedor inscrito em dívida ativa da União, na modalidade “individual”:

a) caso o valor consolidado dos débitos inscritos em dívida ativa seja igual ou inferior a quinze milhões de reais, caberá apenas transação por adesão à proposta da PGFN.

b) nas hipóteses em que o somatório dos débitos inscritos em dívida ativa da União ultrapassar o valor de quinze milhões de reais, somente será admitida a transação individual, proposta pela PGFN ou por iniciativa do devedor.

Na modalidade de transação por adesão à proposta da PGFN, esta será realizada

mediante publicação de edital, que deverá conter o prazo para adesão à proposta; os critérios para elegibilidade dos débitos inscritos em dívida ativa da União à transação por adesão; os critérios impeditivos à transação, quando for o caso; bem como as demais condicionantes e procedimentos a serem adotados.

Na transação individual proposta pela PGFN, o devedor será notificado da proposta de transação individual formulada pela PGFN, por via eletrônica ou postal, podendo apresentar contraproposta à proposta de transação da PGFN, observando-se, para tanto, os mesmos procedimentos para apresentação de proposta de transação individual pelo devedor.

No que diz respeito à transação individual por iniciativa do devedor, esta deverá ocorrer mediante apresentação de proposta que contenha, dentre outros dados, o plano de recuperação fiscal, com a descrição dos meios para a extinção dos créditos inscritos em dívida ativa da União e a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira.

Dentre as concessões admissíveis, as transações poderão, a exclusivo critério da PGFN, abranger descontos quanto a débitos considerados irrecuperáveis ou de difícil recuperação; parcelamento; diferimento ou moratória; flexibilização das regras para aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias; flexibilização das regras para constrição ou alienação de bens; utilização de precatórios federais próprios ou de terceiros para amortização ou liquidação de saldo devedor transacionado.

Para análise e aceitação da transação individual ou por adesão, devem ser observados, isolada ou cumulativamente, os seguintes parâmetros: (i) tempo em cobrança; (ii) suficiência e liquidez das garantias associadas aos débitos inscritos; (iii) existência de parcelamentos ativos; (iv) perspectiva de êxito das estratégias de cobrança; (v) custo da cobrança judicial; (vi) histórico de parcelamentos dos débitos inscritos; (vii) tempo de suspensão de exigibilidade por decisão judicial; (viii) situação econômica e a capacidade de pagamento do sujeito passivo.

Importante observar que, ressalvadas as hipóteses de celebração de Negócio Jurídico Processual para equacionamento de débitos inscritos em dívida ativa da União, nos termos da Portaria PGFN nº 742/2018, é vedada a transação que envolva (i) redução do montante principal do débito inscrito em dívida ativa da União; (ii) multas qualificadas, previstas no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, e no § 6º do art. 80 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964; (iii) multas de natureza penal; (iv) débitos do Simples Nacional, enquanto não editada Lei Complementar

autorizativa, e do FGTS, enquanto não previsto em lei e autorizado pelo Conselho Curador do FGTS.

A Medida Provisória nº 899/2019 determina também que a proposta de transação observará o limite de quitação em até 84 meses, contados da formalização da transação, além de redução de até 50% do valor total dos créditos a serem transacionados.

Via de regra, a apresentação da proposta de transação não suspende a exigibilidade dos créditos nela abrangidos nem o andamento das respectivas execuções fiscais, enquanto não concretizada pelo devedor e aceita pela PGFN. No entanto, nas transações individuais propostas pela Procuradoria ou pelo devedor, é possível convencionar a suspensão do processo enquanto não assinado o respectivo termo e cumpridos os requisitos para sua aceitação.

Ao aderir a, ou firmar termo de transação, o devedor se obriga a renunciar a quaisquer alegações de direito, atuais ou futuras, sobre as quais se fundem ações judiciais, ou recursos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação; manter regularidade perante o FGTS; e regularizar, no prazo de 90 (noventa) dias, os débitos que vierem a ser inscritos em dívida ativa ou que se tornarem exigíveis após a formalização do acordo de transação. Ainda, durante o cumprimento do acordo é vedado ao devedor alienar bens ou direitos sem proceder à devida comunicação à Fazenda Nacional.

Por fim, em 04/12/2019, foi publicado o Edital nº 01/2019, que consignou a possibilidade de transação dos créditos inscritos em dívida ativa da União até 28/02/2020, inclusive aqueles que já foram objeto de parcelamentos anteriores rescindidos, em discussão judicial ou em fase de execução fiscal já ajuizada. Os benefícios variam de acordo com cada contribuinte e o prazo para adesão encerra-se no dia 28/02/2020.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso, Pedro de Oliveira Neto e Gustavo Henrique Franco Ferreira

04 ■

Posicionamento do CARF sobre a aplicação do artigo 24 da LINDB

A Lei nº 13.655/2018 promoveu alterações no Decreto-Lei nº 4.657/1942, que instituiu a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a inclusão do artigo 24 que dispõe que “a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

Com a inclusão do referido artigo, diversos contribuintes começaram a suscitar como matéria de defesa, já em 2018, a necessidade de aplicação da jurisprudência dominante quando da ocorrência de autuações fiscais, de forma a privilegiar a segurança jurídica na relação entre o Fisco e os contribuintes.

Contudo, o Conselho de Recursos Fiscais – CARF, notadamente a Câmara Superior de Recursos Fiscais, vem se mostrando relutante em relação à aplicação do art. 24 da LINDB no julgamento de autuações fiscais, já tendo rejeitado, em suas três turmas, as alegações trazidas por contribuintes.

A 1ª Turma da CSRF, por exemplo, no julgamento realizado em julho de 2019 (acórdão nº 9101-004.288), concluiu pela inaplicabilidade do art. 24 da LINDB, por entender que há incompatibilidade lógica do dispositivo com o rito do processo tributário administrativo. Isso considerando que este versa sobre a revisão de atos administrativos em geral, mas que a atividade realizada pelo CARF não permite tal revisão, mas tão somente o reexame de argumentos, dados e fatos trazidos aos autos pelas partes. Ou seja, segundo o entendimento firmado pela 1ª Turma, tratando-se o contencioso administrativo de atividade de reexame, e não de revisão, este deve observar limites e fronteiras impostos pela legislação, materializados em institutos como preclusão, prequestionamento, dentre outros, que, em caso de permissão da aplicabilidade do art. 24 da LINDB, não poderiam produzir nenhum efeito.

Da mesma forma, a 2ª Turma da CSRF, nos julgamentos realizados em agosto de 2018 (acórdão nº 9202-007.145) e junho de 2019 (acórdão nº 9202-007.943) rechaçou a aplicação da tese dos contribuintes, sob o entendimento de que vincular decisão presente àquilo que fora decidido no passado, em outros processos, é incompatível com os princípios que regem o processo administrativo tributário e implicaria atribuir aos órgãos julgadores administrativos o poder de determinar, em cada caso e de maneira definitiva, a posição a ser adotada por toda administração tributária.

Por fim, a 3ª Turma da CSRF, em julgamento realizado em maio de 2018 (acórdão nº 9303-006.839) baseou-se na premissa de que o art. 24 da LINDB apenas se refere à validade de ato, processo ou norma. Entretanto, a sua aplicação não é genérica a qualquer procedimento administrativo, mormente no que toca à revisão de autuações na esfera administrativa. Isso porque, segundo o entendimento consignado no acórdão, o processo administrativo em nada se assemelha a um procedimento de revisão da validade dos atos, processos e normas praticados pela Administração Pública.

Existe, portanto, tendência de pacificação do entendimento do CARF pela rejeição da aplicabilidade do art. 24 da LINDB em relação ao processo administrativo tributário.

Nesse contexto, contribuintes têm acionado o Judiciário visando ao cancelamento das autuações com base no mesmo argumento. O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Recurso de Apelação nº 0013375-90.2014.8.26.0224 em juízo de retratação, afastou a exigência de ICMS por suposta sonegação fiscal, sob o entendimento de que o voto condutor do acórdão seguiu orientação jurisprudencial firmada à época dos fatos, em sede de recurso repetitivo pelo STJ; de forma que, ainda que após julgamento de recurso com repercussão geral pelo STF, pela inteligência do art. 24 da LINDB, o entendimento anteriormente adotado não poderia ser alterado.

O ano de 2019 ficou marcado pela tendência de consolidação do entendimento desfavorável da matéria no CARF, ainda que esta não esteja pacificada por Súmula administrativa, e o consequente aumento da judicialização da discussão acerca da aplicação do art. 24 Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. A tendência para 2020 é de que tenhamos maior quantidade de decisões proferidas pelos Tribunais sobre a matéria, bem como a chegada dos primeiros processos nos Tribunais Superiores.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso, Gustavo Lanna Murici e Bernardo Rodrigues Fenelon

05 ■

STJ define as regras das provas pré-constituídas para declaração de direito à compensação em Mandado de Segurança

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, em 13/02/2019, os Recursos Especiais (REsp) n°s 1.365.095/SP, 1.715.294/SP e 1.715.256/SP, afetados à sistemática de recursos repetitivos, que delimitaram o alcance da tese firmada no Tema 118/STJ, objeto de julgamento no REsp n° 1.111.164/BA, que analisara a necessidade de prova pré-constituída para fins de reconhecimento do direito à compensação tributária por decisão em mandado de segurança.

A necessidade de delimitação da tese se deu em razão da aplicação reiterada do Tema 118, pelas instâncias inferiores, em sentido diverso do que havia sido decidido na ocasião do julgamento do REsp n° 1.111.164/BA, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, julgado em 13/05/2009.

A tese firmada no Tema 118 está dessa forma explicitada: “é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança”.

Ocorre que, ao analisar a questão resolvida pela referida tese, foram proferidas decisões por Tribunais Regionais Federais considerando ser necessária a apresentação de todos os comprovantes de recolhimento do indébito, na instrução da inicial de mandado de segurança no qual se requer a declaração do direito à compensação do indébito tributário, sob pena de indeferimento ou delimitação do pedido aos comprovantes apresentados

Tal interpretação é diametralmente oposta à tese formulada pelo STJ, com caráter vinculante às instâncias inferiores. Na realidade, a Primeira Seção do STJ sedimentou o entendimento de que, nos casos em que a pretensão deduzida se referir à declaração de inexistência de relação jurídica válida para a exigência fiscal e o conseqüente direito à compensação do indébito, sem

qualquer juízo específico acerca dos seus elementos concretos (como o valor do crédito e o índice de atualização, por exemplo), não se faz necessária a juntada de documentos que comprovem a integralidade dos recolhimentos indevidos, bastando a comprovação, pelo Impetrante, da sua condição de contribuinte (documentação por amostragem).

Por essa razão, o Ministro Napoleão Nunes Maia afetou os Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP, 1.715.294/SP e 1.715.256/SP para análise da Primeira Seção em caráter repetitivo, para que a tese firmada no Tema 118/STJ fosse melhor delimitada.

No julgamento, o Ministro Relator consignou, corretamente que na ocasião do julgamento do REsp nº 1.111.164/BA, o STJ diferenciou a situação em que contribuinte apenas pleiteia o reconhecimento do direito à compensação (amparado pela Súmula nº 213 do Tribunal), daquela em que o contribuinte pleiteia especificamente a homologação do valor do crédito utilizado na compensação ou outra providência que exija a análise dos efeitos in concreto da compensação. Apenas para essa última situação, a Corte concluiu ser necessária a prova pré-constituída da integralidade dos recolhimentos indevidos.

Assim, aplicando corretamente a tese do Tema 118, em 13/02/2019, a Primeira Seção do STJ, por unanimidade, consignou ser desnecessária a juntada da prova pré-constituída dos elementos concretos da própria compensação nos autos do Mandado de Segurança, que possui “natureza preventiva e cunho meramente declaratório”, já que esse procedimento é verificado/realizado na via administrativa.

Destaca-se a tese fixada para sistemática dos recursos repetitivos apenas para explicitar a fundamentação do acórdão proferido no julgamento do REsp nº 1.111.164/BA:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco;
- e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez

e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação.

A fixação desta tese deverá uniformizar o entendimento dos tribunais a respeito da matéria, dando maior segurança jurídica aos contribuintes, quando da impetração de mandado de segurança que vise, exclusivamente, a declaração do seu direito à compensação, em razão da inexistência de relação jurídica válida para a exigência fiscal, quando será necessária apenas a juntada de documentos por amostragem, para comprovação da sua condição de “credor tributário”.

Súmula 213/STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso e Júlia Goulart Swerts



197 | TENDÊNCIAS 2020

7

TENDÊNCIAS JURÍDICAS 2020

05 ■

Tendências jurídicas 2020

Dentro de um cenário de relativa previsibilidade, é interessante dizer algumas palavras sobre as tendências jurídicas mais relevantes do ponto de vista doméstico e internacional com reflexos no Brasil para 2020.

Com certeza uma grande tendência e expectativa é a aceitação do Brasil como membro efetivo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com impactos não só na legislação tributária, mas também com a aproximação a outros standards internacionais de educação e desenvolvimento econômico. Em matéria tributária, especialmente há tendência de mudanças quanto a preços de transferência, a introdução de uma norma geral antielisiva e de legislação doméstica introduzindo a arbitragem tributária em alguns casos possíveis, em que não envolvam matéria constitucional por exemplo, bem como cálculos de margens de lucro e elisão tributária. Tais mudanças podem ser positivas por buscarem uma maior justiça tributária e alternativas mais efetivas e rápidas para resolver litígios tributários.

Ainda para 2020, temos a expectativa real de aprovação da reforma tributária, seja no plano constitucional envolvendo Estados, Municípios e a União Federal tendo um IVA nacional unificado e mais simples, ou apenas no plano federal com maior simplificação, competitividade e eficiência tributária, por exemplo com redução da alíquota do IR e da CSLL das empresas e reavaliação dos incentivos fiscais. Ao menos é o que se espera já no primeiro semestre do ano, com aprovação final até o segundo semestre, dependendo de circunstâncias positivas e de acordo com atuais condições políticas favoráveis. Já na área de infraestrutura, mais do que uma tendência há um desafio de conciliar mais não somente os diferentes agentes econômicos, mas também os sistemas jurídicos em jogo, como o direito ambiental, de concessões, de regulação e outros afins como o de competição, de tributação e proteção do consumidor, trazendo mais segurança, previsibilidade e estabilidade a todos.

Outra tendência no cenário internacional com repercussão na jurisprudência constitucional brasileira é a referência a decisões de outros tribunais constitucionais e de tribunais internacionais como os tribunais regionais de direitos humanos, como por exemplo a Corte Interamericana de Direitos

Humanos em sua interação com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos.

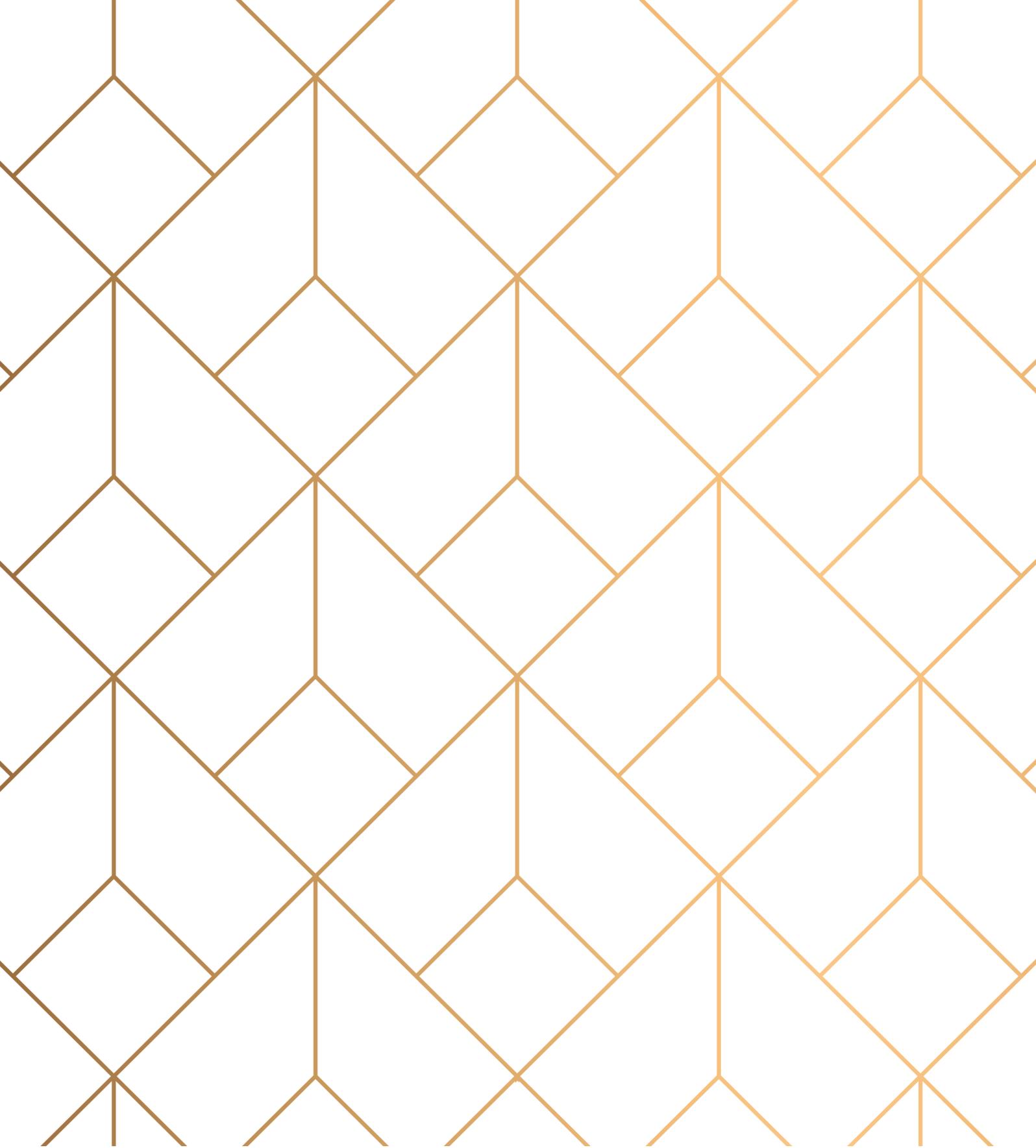
A proteção dos direitos humanos está tendo uma repercussão em áreas antes não descortinadas no plano supranacional, como o direito político a candidaturas avulsas, a exigência de “lawfulness” e de “rule of law” de acordo com standards mínimos internacionais, até mesmo em matéria ambiental e tributária substantiva e processual. A tendência seria mais no sentido de fundamentação das eventuais diferenças que seriam admissíveis e não apenas de se mencionar ou simplesmente citar decisões de tribunais internacionais, sem maiores indagações de suas fundamentações, mantendo-se o respeito e uma devida harmonia e integridade da ordem internacional. A repercussão do caso Urgenda decidido pela Suprema Corte da Holanda em dezembro de 2019 pode ter repercussão também no Brasil sobre a interação de direitos humanos e proteção ambiental.

Neste sentido, decisões do próprio órgão de apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC), apesar da resistência circunstancial de alguns países, em matéria de restrições ao livre comércio internacional de bens e serviços tendem a ser mais respeitadas e acatadas pela jurisprudência dos países membros desta organização internacional com seus tratados multilaterais. Ainda se espera a aplicação mais contundente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada pelo Brasil em 2015, a todos os tratados internacionais adotados pelo Brasil dando-lhes mais efetividade e uma interpretação mais condizente com os métodos previstos na referida Convenção que devem prevalecer sobre eventuais métodos mais restritos de interpretação previstos na legislação doméstica.

Uma outra tendência para 2020 seria termos resultados mais claros dos avanços da tecnologia e da própria inteligência artificial também na área do direito, testando a criatividade não somente do programador, mas da máquina em si mesma e até que ponto ela mesma seria capaz de trazer algo novo, que surpreenda e tenha valor e utilidade. Não há dúvida sobre a capacidade exploratória de pesquisa que a inteligência artificial pode fazer em rapidez e quantidade, e também de combinações que possivelmente podem ser feitas, e talvez até chegar a um terceiro estágio de uma criatividade transformacional, que até possa superar certos paradigmas jurídicos.

PROFISSIONAIS RELACIONADOS

João Dácio Rolim



ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BELO HORIZONTE
BRASÍLIA | CURITIBA | DÜSSELDORF | LISBOA | NOVA YORK