

RETROSPECTIVA  
JURÍDICA 2018

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

# APRESENTAÇÃO

Com esta Retrospectiva Jurídica 2018, o Escritório Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados oferece a seus clientes uma síntese das principais decisões tomadas em 2018 pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no âmbito das áreas de atuação do Escritório.

Numa linguagem acessível e descomplicada, esta Retrospectiva preparada pelos nossos profissionais oferece aos gestores jurídicos e aos executivos de nossos clientes a possibilidade de se informarem objetivamente sobre o que ocorreu de mais importante em 2018 no cenário jurídico empresarial do Brasil e de Portugal.

Em muitos casos, como a medida provisória que autorizou que o investimento estrangeiro tenha até 100% do capital de companhias aéreas com sede no País, as decisões tomadas em 2018 terão desdobramentos importantes nos anos seguintes, motivo pelo qual essa Retrospectiva também propicia ao seu leitor que comece o ano de 2019 muito bem informado e atualizado sobre as impactantes reformas institucionais previstas para os próximos meses.

---

*Marciano Seabra de Godoi*

# SUMÁRIO

4 | **AERONÁUTICO**

7 | **AMBIENTAL**

14 | **COMPLIANCE**

21 | **CONCORRENCIAL**

26 | **CONTRATOS**

29 | **ENERGIA**

32 | **IMOBILIÁRIO**

35 | **MINERÁRIO**

40 | **REGULATÓRIO**

44 | **SOCIETÁRIO**

48 | **TECNOLOGIA**

53 | **TELECOMUNICAÇÕES**

57 | **TRIBUTÁRIO**  
BRASIL

84 | **TRIBUTÁRIO**  
PORTUGAL

# 4 | AERONÁUTICO

7

**MEDIDA PROVISÓRIA PREVÊ AUMENTO DOS  
LIMITES LEGAIS AO CAPITAL ESTRANGEIRO  
EM EMPRESAS AÉREAS**

---

## 01 ■

## Medida Provisória prevê aumento dos limites legais ao capital estrangeiro em empresas aéreas

*Medida Provisória nº 863/2018 prevê alterações no artigo 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica visando eliminar limite de 20% de participação de capital estrangeiro com direito a voto em empresas que prestam serviços públicos.*

A Medida Provisória nº 863/2018 traz significativa alteração no Código Brasileiro de Aeronáutica, no que se refere aos limites legais ao capital estrangeiro em empresas aéreas.

Desde os idos de 2016, o Governo Federal vem apresentando propostas relevantes referentes a alterações do limite de participação de capitais estrangeiros em empresas aéreas de bandeira brasileira, visando a possibilitar maiores investimentos e, conseqüentemente, trazer melhorias à aviação civil brasileira.

A primeira proposta apresentada foi a Medida Provisória nº 714/2016, pela qual previa-se um aumento do limite de 20% para 49% de participação estrangeira nas empresas brasileiras, além de prever melhorias nas tarifas aéreas, avanços tecnológicos, crescimento do número de rotas e localidades atendidas, bem como melhor integração com rotas internacionais. Neste primeiro momento, a proposta do Governo Federal era de aumentar o limite legal de participação estrangeira, sem que fosse retirado o controle das empresas de sócios brasileiros, que teriam a maioria de cotas ou ações.

Após longa discussão na Câmara dos Deputados, a MP foi emendada para permitir a participação de capital estrangeiro para 100%, mas o Senado Federal apenas aprovou a referida Medida, com a condição de veto do Presidente Temer quanto à abertura integral do capital. Assim, após veto parcial do Presidente, a Lei nº 13.319/2016 foi publicada sem alteração, entretanto, do limite legal ao capital estrangeiro em empresas brasileiras aéreas.

Mesmo diante da publicação da Lei 13.319/2016 sem a alteração do limite de participação estrangeira nas empresas aéreas brasileiras, o assunto permaneceu

em alta no Congresso, sendo que em abril de 2017 foi proposto pelo Governo Federal o Projeto de Lei nº 7.425/2017, pelo qual, novamente, busca-se a alteração dos limites do capital estrangeiro. Entretanto, desta vez, com supressão do artigo 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica, de modo que não mais subsistiria a limitação à participação de capital estrangeiro em empresas aéreas.

O referido projeto ainda está em discussão na Câmara dos Deputados, sendo que em 07/08/2018, o projeto foi encaminhado para apreciação conclusiva às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público, de Turismo, de Viação e Transportes, de Finanças e Tributação e de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Entretanto, antes mesmo que o Projeto de Lei fosse aprovado pelo Congresso Nacional, na tarde do dia 13/12/2018, o Presidente Temer assinou a Medida Provisória nº 863 de 13 de dezembro de 2018, autorizando a abertura do capital estrangeiro para 100% em companhias aéreas brasileiras. A referida MP foi publicada no próprio dia 13/12/2018, em uma edição extraordinária do Diário Oficial da União e passou a vigorar desde então. Por se tratar de Medida Provisória, a referida norma ainda terá que ser confirmada pelo Congresso Nacional no prazo de 120 dias.

Acreditamos, que diante dos já adiantados trâmites do Projeto de Lei que tramitava no Congresso Nacional referente ao mesmo assunto, a Medida Provisória nº 863 de 13 de dezembro de 2018 será aprovada sem dificuldades, sendo que, com a supressão da limitação anteriormente imposta à participação de capital estrangeiro em empresas aéreas brasileiras, o que se espera é o crescimento e desenvolvimento da atividade no país, visto que serão aplicados ao mercado novas tecnologias, com a utilização de equipamentos mais aprimorados, bem como na melhoria dos serviços já oferecidos no mercado.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Ricardo Alvarenga e Henrique Pieroni.

# 7 | AMBIENTAL

7

**JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE  
DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL, MANTENDO  
A VALIDADE DA MAIOR PARTE DOS  
DISPOSITIVOS DA LEI**

---

## 01. ■

## Julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do Novo Código Florestal, mantendo a validade da maior parte dos dispositivos da Lei

*O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) e de Ação Declaratória de Constitucionalidade que questionavam a constitucionalidade de diversos dispositivos do Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), mantendo a validade da maior parte dos dispositivos da Lei.*

---

*O Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu no dia 28 de fevereiro de 2018, o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 4901, 4902, 4903 e 4937, e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 42, que questionavam a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal nº 12.651/2012, também conhecida como Novo Código Florestal.*

*O STF, pelo entendimento majoritário dos ministros, afastou a aplicação do princípio da vedação retrocesso ao no caso, pois, tal princípio “não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais”\*. Nesse sentido, o Supremo afastou o argumento principal/conceitual dos autores das ADIs.*

*A Corte declarou como constitucionais a grande maioria dos dispositivos legais questionados.*

*Foram julgados inconstitucionais apenas dois dispositivos do Novo Código Florestal, sendo, parte do art. 3º, VIII, “b”, que permitia obras de gestão de resíduos e construção de instalações esportivas em áreas de preservação*



*permanente – APPs; e trecho do art. 3º, Parágrafo Único, que determinava a necessidade de demarcação das terras indígenas e de titulação das áreas de comunidades tradicionais para que tivessem o mesmo tratamento legal prestado às pequenas propriedades ou posses rurais familiares.*

*Outros dispositivos foram mantidos pelo Tribunal, porém, conferindo-se interpretação conforme o texto constitucional, valendo a pena destacar:*

*- Exigência de comprovação de inexistência de alternativa técnica e locacional para todos os casos de intervenção em APPs por utilidade pública (art. 3º, VIII) e interesse social (art. 3º, IX).*

*- Reconhecimento das APPs no entorno das nascentes e de olhos d'água intermitentes (art.3º, XVII e art. 4º, IV). Permissão de utilização da Cota de Reserva Ambiental – CRA para a compensação de Reserva Legal apenas em áreas situadas no mesmo ecossistema (art. 48, §2º).*

*- Interrupção da prescrição durante o período de suspensão da pretensão punitiva, ou seja, ante a celebração do Termo de Compromisso no âmbito do Programa de Regularização Ambiental – PRA até a regularização pelas infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008 (art. 59, §§ 4º e 5º).*

*Com o resultado do julgamento tem-se maior segurança jurídica e firma-se precedente relevante para a aplicação do Direito em matéria de proteção ambiental e florestal no país.*

*\*citação do voto do Ministro Celso de Mello.*

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Thiago Pastor Alves Pereira e Marcus Vinicius Neves Vaz.

# 14 | COMPLIANCE

1

**COMPLIANCE E PROTEÇÃO DE DADOS.  
PUBLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO  
DE DADOS NO BRASIL**

---

2

**OS AVANÇOS DO COMPLIANCE E INTEGRIDADE  
EM 2018**

---

## 01 ■

## Compliance e Proteção de Dados. Publicação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil

*Foi publicada em 15 de agosto de 2018 a Lei Federal nº 13.709/2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.*

---

Em 2018, o Brasil teve a sua estreia na regulamentação geral sobre proteção de dados a partir da publicação da Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD” – Lei nº 13.709/18), em 15 de agosto de 2018, alterada pela Medida Provisória (MP) nº 869, publicada em 28 de dezembro de 2018.

Apesar de já existirem normas esparsas quanto a proteção de dados em setores ou circunstâncias específicas antes da publicação da LGPD, esta lei significa um grande avanço para um país que, até então, não tinha tradição quando o assunto era proteção de dados.

Aos moldes do regulamento europeu – General Data Protection Resolution, que passou a vigorar em 25 de março de 2018, a LGPD prevê proteção aos dados de pessoas naturais (i) que tenham sido coletados em território nacional; ou (ii) cujo tratamento seja realizado no território nacional; ou ainda, (iii) cujo tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional.

Dentre os principais pontos da LGPD, destacam-se:

**Exigências para o tratamento de dados.** Para que um controlador dos dados pessoais possa tratá-los, a lei prevê que será necessário o consentimento do titular dos dados, expresso e inequívoco. Além disso, dentre outras exigências, os dados apenas poderão ser tratados se atenderem aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro. De acordo com a lei, o interesse legítimo se configura quando o tratamento dos dados servir como apoio e promoção de atividades do controlador, ou se forem necessários à proteção do titular ou à prestação de serviços que o beneficiem.

**Direitos dos titulares de dados.** Deve ser garantido aos titulares o acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca da(s): (i) finalidade específica do tratamento; (ii) forma e duração do tratamento; (iii) identificação do controlador dos dados e seus contatos; e (iv) informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador; entre outras características.

**Relatório de Impacto.** Trata-se da documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco. A elaboração deste relatório poderá ser exigida pela autoridade nacional, bem como esta poderá requerer a sua apresentação, em especial, quando o tratamento tiver como fundamento o interesse legítimo do controlador.

**Penalidades.** Em caso de descumprimento da lei, poderá ser aplicada, dentre outras penalidades, (i) multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração; (ii) ou multa diária, observado o limite total referido no item (i); bem como a publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência.

**Vetos.** A lei não foi sancionada em sua integralidade, havendo vetos aos artigos 56 a 59, referentes à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (“Conselho”). Tais artigos teriam sido vetados em função de supostas inconstitucionalidades formais.

**MP nº 869/18.** Para suprir os vetos feitos à LGPD e garantir sua efetividade, foi publicada em 28 de dezembro de 2018 a MP nº 869, que altera a LGPD, criando a ANPD e o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. ANPD. A ANPD será o órgão regulador vinculado à Presidência da República, dotado de expertise e autonomia técnica, com competência para interpretar a nova legislação, implementar a política de proteção de dados, bem como monitorar e promover o enforcement da LGPD.

**Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.** O Conselho terá como funções sugerir ações e avaliar a ANPD, bem como realizar estudos e disseminar conhecimentos sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral.

Apesar de a LGPD entrar em vigor apenas em 2020 – prazo de vacância 18 (dezoito) meses contados da sua publicação, o ano de 2019 certamente será marcado por um grande movimento das empresas no sentido de se adequarem a esta lei, estruturando uma governança de proteção de dados.

Dentre as medidas a serem tomadas pelas empresas para atender a LGDP, citam-se: (i) elaboração de cláusulas contratuais padrão sobre coleta e uso de dados; (ii) elaboração de plano de gerenciamento de crise em caso de vazamento ou tratamento indevido de dados; (iii) criação de comissão de Proteção de Dados para gerenciar as medidas para proteção de dados; (iv) elaboração do “data mapping”, identificando qual a data de entrada dos dados e quando devem ser eliminados da empresa; e (v) realização de treinamento das principais pessoas que lidam com os dados dentro da empresa.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Gustavo Miranda, Paulo Teixeira e Júlia Ribeiro.

## 02 ■

## Os Avanços do Compliance e Integridade em 2018

*O ano de 2018 trouxe avanços na área de compliance e integridade que vão desde a ampliação das exigências no mercado, por fornecedores, clientes, órgãos públicos, investidores e instituições financeiras, ampliação da discussão sobre a implementação de práticas efetivas, como também pela edição de novas normas nacionais e internacionais.*

---

**Pesquisa Trend Topics Compliance 2018:** Em pesquisa realizada pelo RVLC, profissionais de compliance já apontaram algumas das tendências que se confirmaram ao longo do ano, entre elas: (i) compliance visto cada vez mais como cultura de integridade, buscando efetividade e não mera formalidade; (ii) o desenvolvimento do Compliance no relacionamento com terceiros; (iii) a ampliação da reflexão do sentido de integridade em diferentes áreas e setores; (iv) a inexistência de um modelo único de compliance para as organizações.

**Efetividade das Normas Anticorrupção Federal e Estaduais:** Em 2018 foram instaurados mais de 300 processos administrativos de responsabilização (PAR) nos âmbitos federal, estadual e municipal, tendo resultado na punição de diversas empresas e a recuperação de mais de R\$ 7,23 bilhões só em 2018. Como destaque, a CGU realizou 33 operações de combate à corrupção, em parceria com órgãos como Polícia Federal (PF) e Ministério Público Federal (MPF), que apuraram um prejuízo de R\$ 298 milhões. Cerca de 1,5 mil empresas foram penalizadas por irregularidades pela CGU, havendo assinaturas de três acordos de leniência com o ressarcimento de R\$ 589,6 milhões, havendo outros 20 acordos em negociação.

**Legislações Internacionais:** No cenário internacional, notou-se enrijecimento das exigências de Compliance e Integridade, com alcance extraterritorial e possíveis impactos às empresas brasileiras. Exemplos nesse sentido são: (i) o início da vigência da Resolução da União Europeia 679/2016, que trata sobre o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (General Data Protection Regulation – GDPR), regulação de dados pessoais adotada para substituir a Diretiva 95/46/EC; (ii) a aprovação da Lei de Esclarecimento do Uso

Legal de Dados no Exterior (Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act – Cloud Act), H.R. 4943, aumentando o poder de acesso de autoridades americanas a dados de empresas que possuam, custodiem ou controlem dados de americanos; (iii) as mudanças no Justice Manual do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, estabelecendo como máxima prioridade do órgão a responsabilização de indivíduos por irregularidades em todas as investigações envolvendo empresas; (iv) o início da vigência na Argentina da Lei nº 27.401/17, que estabelece regime de responsabilidade penal às pessoas jurídicas de direito privado, estrangeiras ou nacionais que cometerem crimes contra a Administração Pública do País.

**Normas do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU):** Destacam-se também várias normas e documentos editados pela CGU. Entre eles: (i) a Instrução Normativa (IN) nº 2/2018, que estabeleceu metodologia de cálculo da multa administrativa prevista na Lei nº 12.846/2013, aplicada pelo órgão nos acordos de leniência firmados com empresas; (ii) a Instrução Normativa (IN) nº 5/2018, que estabeleceu procedimentos de ouvidoria e os tipos de manifestações padronizados e obrigatórios que as sociedades de economia mista, autarquias, fundações e empresas públicas no âmbito do governo federal devem observar; (iii) a Portaria nº 1.970, modificando a Portaria nº 910/15, que define os procedimentos para apuração de responsabilidade administrativa de pessoa jurídica de que trata a Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013);

**Exigências de Programa de Integridade para Contratações Públicas:** Estados estão tornando obrigatória a implantação de Programa de Integridade às empresas que pretendem contratar com a Administração Pública. Como exemplo, citam-se a iniciativa do Distrito Federal que editou lei específica (Lei nº 6.112/18), semelhante à legislação editada em 2017 pelo Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 7.753/17), estabelecendo a aplicação de multas e a impossibilidade de contratação da empresa com a Administração Pública do Distrito Federal até a comprovação de implantação e aplicação do Programa de Integridade.

**Regulamentação da Lei Anticorrupção no âmbito Estadual:** O Rio de Janeiro se juntou ao rol das 15 Unidades Federativas que regulamentaram a Lei Anticorrupção até o presente momento: Alagoas, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

Como se nota, 2018 trouxe diversos avanços nacionais e internacionais, referentes a criação normativa e aplicação de normas relacionadas ao Compliance. Em 2019 a expectativa não é diferente: avanços na aplicação e efetividade das normas, aumento do nível de exigência de clientes, fornecedores e autoridades em relação à efetividade dos Programas de Integridade de seus parceiros de negócio, maior tendência na responsabilização de indivíduos por infrações promovidas por empresas e o enrijecimento das legislações que dizem respeito ao tratamento de dados pessoais e sensíveis são algumas das tendências para o próximo ano para Compliance e Integridade.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

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



# 21 | CONCORRENCIAL

1

CADE INTENSIFICA O COMBATE AOS  
CARTÉIS NO PAÍS

---

2

CADE LANÇA GUIA DE REMÉDIOS  
ANTISTRUSTE

---

## 01. ■

## CADE intensifica o combate aos cartéis no país

*No final do segundo semestre de 2018, a Superintendência-Geral do CADE recomendou ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica da entidade, a condenação de diversas pessoas jurídicas e físicas por práticas anticoncorrenciais, em especial a formação de cartel para fraudar licitações das obras de construção de trens e metrô urbanos, bem como demais obras de infraestrutura realizadas no país.*

---

No final do segundo semestre de 2018, a Superintendência-Geral do CADE recomendou ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica da entidade, a condenação de diversas pessoas jurídicas e físicas por práticas anticoncorrenciais, em especial a formação de cartel na construção de metrô e trens urbanos.

Nesse período, o órgão também firmou Termos de Compromisso de Cessão (“TCCs”) com empresas vinculadas à Operação Lava Jato que resultaram no recolhimento de valores elevados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, também em razão de prática de cartel para fraudar licitações.

### **Cartel de Trens e Metrô – Processo nº 08700.004617/2013-41**

Em dezembro de 2018, a Superintendência Geral do CADE (“SG”) recomendou ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômico da entidade, a condenação de 16 empresas e 52 pessoas físicas por formação de cartel em licitações públicas de trens e metros nos estados de São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

A investigação do cartel iniciou-se em 2013 e segundo a SG, empresas e funcionários, atuaram em conluio e interferiram no resultado de 27 procedimentos licitatórios, tendo acordado dividir licitações e combinado valores a serem apresentados nas propostas dos certames.

Em caso de condenação pelo referido Tribunal, as empresas envolvidas poderão ser multadas em até 20% do seu faturamento bruto e as pessoas físicas envolvidas

sujeitam-se a multas que podem atingir até o montante R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

Trata-se de caso emblemático, que poderá se tornar um dos maiores do CADE em casos de condenação por formação de cartel, o que confirma a intensificação feita pelo órgão ao combate de práticas concorrenciais ilícitas por parte de pessoas físicas, e não apenas a pessoas jurídicas.

#### **Cartel - Operação Lava Jato – Processo 08700.002086/2015-14 e outros.**

Em novembro de 2018, o CADE homologou 16 Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”), em investigações feitas pelo órgão vinculadas à Operação Lava Jato.

Por meio dos TCCs, diversas construtoras e seus funcionários firmaram acordos com o CADE, no qual reconheceram a prática de atos lesivos à concorrência e se comprometeram a cessá-los. Além disso, deverão recolher contribuições pecuniárias ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD no importe de R\$900.000.000,00 (novecentos milhões de reais), aproximadamente.

As empresas e pessoas físicas envolvidas formaram cartéis para fraudar licitações na Petrobrás S.A., na construção de Angra 3, obras de ferrovias, estádios da Copa do Mundo e urbanização de favelas no Rio de Janeiro/RJ.

Por meio desses TCCs, o CADE reafirmou sua competência para fiscalizar e formalizar acordos em complementação às investigações conduzidas por diferentes instituições públicas.

---

#### **PROFISSIONAIS RELACIONADOS:**

Luis Gustavo Miranda, Paulo Fernandes, Marcos Vasconcelos.

## 02. ■

## CADE lança Guia de Remédios Antitruste

---

Os Atos de Concentração entre empresas podem gerar impactos relevantes no mercado de bens e serviços, tais como a diminuição/eliminação da concorrência ou incremento de uma posição dominante. Nesse sentido, o CADE, a teor do disposto no artigo 61 da Lei nº 12.529/11, poderá determinar restrições às partes envolvidas no Ato de Concentração, nos casos de sua aprovação parcial.

Dessa forma e visando, também, conferir maior transparência ao assunto, o CADE lançou, em outubro de 2018, a versão preliminar do Guia de Remédios Antitruste (“Guia”), que dispõe sobre os princípios e regras gerais de aplicação das restrições pelo órgão.

Assim, é de suma importância compreender como essas restrições são aplicadas e monitoradas pelo CADE, pois os Atos de Concentração aprovados parcialmente, com ressalvas, somente poderão ser integralmente aprovados após implementados os remédios determinados pelo CADE.

Nesse aspecto, as restrições poderão ser acordadas entre as partes por meio de um Acordo em Controle de Concentrações (“ACC”) ou impostas diretamente pelo CADE, inclusive por meio de Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”), de forma a coibir infrações concorrenciais.

Além disso, elas podem incluir: (i) a venda de ativos tangíveis e intangíveis; (ii) a cisão de empresas; (iii) a alienação do controle societário; (iv) a suspensão de uma atividade econômica durante um período determinado; (v) o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual, dentre outros.

Embora o Guia não seja considerado vinculativo, não possuindo o caráter de norma, ele revela o entendimento atual do CADE sobre os procedimentos para adoção e implementação dos remédios antitruste do órgão, devendo as partes

envolvidas em Atos de Concentração atentarem-se para as condições de sua aplicação.

---

#### PROFISSIONAIS RELACIONADOS:

Luis Gustavo Miranda, Paulo Fernandes, Marcos Vasconcelos.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

# 26 | CONTRATOS

7

**STJ: PRAZO PARA REPARAÇÃO POR  
INADIMPLENTO CONTRATUAL É DE 10  
(DEZ) ANOS**

---

## 01 ■

## STJ: prazo para reparação por inadimplemento contratual é de 10 (dez) anos

*Uma questão de hermenêutica: valendo-se de interpretação sistemática do Código Civil, Segunda Seção do STJ decide ser de 10 (dez) anos o prazo prescricional de discussões sobre questões contratuais.*

No dia 27 de junho de 2018, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser de 10 (dez) anos o prazo de prescrição para discussão judicial de questões contratuais (EREsp nº 1.280.825).

A controvérsia levantada está na interpretação dada aos prazos de prescrição dispostos nos artigos 205 e 206 do Código Civil. O artigo 205, de caráter residual, estabelece 10 (dez) anos de prazo para a ocorrência da prescrição nos casos em que a lei não definir prazo menor. A seu turno, o inciso V do §3º do artigo 206 estabelece ser de 3 (três) anos o prazo para prescrição da pretensão por reparação civil.

No STJ, o entendimento dessa temática oscilava, até então, de acordo com a hermenêutica considerada pelos julgadores. Até 2016, havia um conjunto de decisões inclinado à prescrição de maior prazo, previsto no art. 205. No entanto, a Terceira Turma “evoluiu” sua interpretação e cristalizou entendimento próprio pela aplicação da prescrição de 3 (três) anos, produzindo divergência jurisprudencial interna em relação à Quarta Turma, que mantinha o entendimento de prazo decenal.

No julgamento em questão, a relatora do caso, Ministra Nancy Andrighi, argumentou que o emprego do termo “reparação civil” nos demais dispositivos do Código Civil está sempre associado exclusivamente às regras que dizem respeito a questões extracontratuais. Por meio dessa interpretação sistemática, a ministra entendeu ser aplicável o prazo de 10 (dez) anos para as pretensões contratuais, o que, por consequência, reduz o alcance do artigo 206, restringindo-o a questões extracontratuais.

A maioria dos ministros acompanhou o posicionamento da relatora (5x3), consolidando o entendimento acerca do prazo prescricional de litígios decorrentes de inadimplemento contratual. Como a decisão foi tomada pela Segunda Seção do STJ, composta de ambas as turmas que divergiam entre si – Terceira e Quarta Turmas – tal entendimento se coloca em nível superior aos anteriormente proferidos pelas turmas de direito privado. Então, pela decisão da Segunda Seção, se não transcorrido o prazo de 10 (dez) anos, pleitos judiciais fundados em inadimplemento contatual não se encontram prescritos e podem gerar reparações.

Daqui em diante, restará verificar se essa compreensão será sedimentada como jurisprudência do próprio órgão, bem como se será seguida pelos tribunais de justiça do país.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Gustavo Miranda, Paulo Teixeira Fernandes, Victor Duarte Almeida.



# 29 | ENERGIA

7

**CONTROVÉRSIA SOBRE A TITULARIDADE  
DOS ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA  
CHEGA AO STF**

---

## 01 ■

## Controvérsia sobre a titularidade dos ativos de iluminação pública chega ao STF

*Constitucionalidade da norma editada pela ANEEL para viabilizar a transferência dos ativos de iluminação pública aos entes públicos competentes é objeto de ação de controle concentrado.*

Desde a sua edição no ano de 2010, a Resolução Normativa nº 414 da Agência Nacional de Energia Elétrica provocou debates envolvendo entes públicos, o órgão regulador e concessionárias do serviço público de distribuição de energia.

A referida norma institui, em seu artigo 218, um cronograma para que as concessionárias do serviço de distribuição de energia transferissem a titularidade dos ativos imobilizados em serviço necessários à prestação do serviço de iluminação pública aos entes públicos pertinentes, de acordo com a respectiva localização. Tal medida visava à regularização da prestação de tais serviços, de competência municipal, e à regularização do equilíbrio financeiro dos contratos de concessão das distribuidoras, muitas das quais prestavam, de fato, o serviço de iluminação pública sem a adequada contrapartida tarifária.

Após sucessivas prorrogações do cronograma fixado pela ANEEL, a vasta maioria (segundo a ANEEL, 94,2%) dos municípios brasileiros assumiu a titularidade dos ativos de iluminação, muito embora os demais (e até mesmo alguns dos que receberam os ativos) tenham levado o assunto ao judiciário, questionando a competência da ANEEL para editar a norma em questão e alegando a sua incapacidade para a prestação do serviço de iluminação pública.

A controvérsia que se seguiu, debatida em mais de 400 processos, vinha obtendo soluções distintas entre os Tribunais Estaduais e Federais, gerando insegurança jurídica para as concessionárias, os municípios e a sua população. Até então, e preponderantemente por razões de cunho processual, o mérito da discussão (a regularidade da norma editada pela ANEEL) não havia sido avaliada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, a Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica (ABRADEE) ajuizou Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) em prol da norma contida no artigo 218 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, visando a obter, em caráter erga omnes e definitivo, a pacificação da controvérsia.

A ADC nº 60 foi distribuída à relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a quem se encontra conclusa para a apreciação da medida liminar requerida para a suspensão da tramitação dos processos e da eficácia das decisões proferidas naqueles processos em que o tema é debatido até a decisão do plenário daquele Tribunal.

Acredita-se que, com a apreciação da medida liminar e com o julgamento da ADC, este tema possa ser superado no setor elétrico nacional, garantindo maior grau de segurança jurídica e permitindo o prosseguimento dos demais debates correntes no setor.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Maria João Rolim, Helvécio Franco Maia Júnior, Luís Felipe Bernardes Sá Teles, Felipe Renault Coelho da Silva Pereira.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

# 32 | IMOBILIÁRIO

7

**REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEIS É CONDIÇÃO  
PARA PROSSEGUIMENTO DO INVENTÁRIO**

---

## 01. ■

## Regularização de imóveis é condição para prosseguimento do inventário

*O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela legitimidade de decisão judicial que condiciona o prosseguimento da ação de inventário à regularização dos bens a serem partilhados.*

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou ser legítima a decisão judicial que condiciona o prosseguimento da ação de inventário à regularização dos bens que compõem o acervo submetido à partilha, perante o cartório competente. As irregularidades em questão foram modificações realizadas em bens submetidos à partilha, como a edificação de apartamentos em um terreno, sem que houvesse a averbação perante o registro de imóveis.

O STJ entendeu que a imposição judicial de regularização dos bens imóveis é condicionante razoável, que não caracteriza óbice ao direito fundamental de acesso à justiça, visto que a partilha de bens imóveis em situação irregular dificultaria ou até mesmo inviabilizaria a avaliação, precificação, divisão ou a eventual alienação dos referidos bens.

Os artigos 167 e 169 da Lei de Registros Públicos serviram de fundamento legal para a decisão do STJ. Segundo os dispositivos, devem ser obrigatoriamente averbadas nas matrículas modificações como edificações, reconstruções e demolições, bem como desmembramento e loteamento de imóveis.

Com o resultado do julgamento reforça-se a necessidade de manutenção da regularidade do ativo imobiliário, seja para (i) mitigar óbices em eventuais processos envolvendo os imóveis, (ii) valorizá-los no ponto de vista comercial para futuras operações e negócios, (iii) conformidade legal, e/ou (iv) evitar perda de direitos.

Estar com os ativos imobiliários em situação irregular expõe os seus titulares a riscos que podem e devem ser evitados.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luis Gustavo Miranda e Natália Miranda Sadi.

# 35 | MINERÁRIO

7

**ALTERAÇÕES NO REGULAMENTO DO  
CÓDIGO DE MINERAÇÃO**

---

## 01 ■

## Alterações no regulamento do Código de Mineração

*O Decreto Federal nº 9.406/2018 estabeleceu nova regulamentação do Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/1967), atualizando e aprimorando os procedimentos administrativos e a regulação do setor minerário.*

---

Em 13 de junho de 2018, foi publicado o Decreto Federal nº 9.406/2018, estabelecendo a nova regulamentação do Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227/1967), em continuidade ao Programa de Revitalização da Indústria Mineral Brasileira, lançado no ano passado pelo Governo Federal. O novo regulamento visa atualizar e aprimorar os procedimentos administrativos e a regulação do setor minerário.

O referido Decreto apresenta novos conceitos relativos à mineração, relevantes à compreensão e aplicação da legislação minerária.

Dentre as novidades, há a possibilidade do minerador requerer a desistência parcial do requerimento de autorização de pesquisa (parágrafo único do art.16), a ser definida por meio de resolução futura da Agência Nacional de Mineração (ANM). Além disso, foi incluída a possibilidade de renúncia parcial da autorização de pesquisa, que terá eficácia a partir da data do seu protocolo (art.22).

No que tange à apresentação do Relatório Final de Pesquisa (RFP), o novo Decreto prevê que a exequibilidade do aproveitamento econômico, objeto do RFP, dependerá de estudo econômico preliminar minerário, baseado em aspectos definidos na norma (Parágrafo 6º do art. 9º). A maneira de apresentar os resultados será definida em Resolução futura da ANM.

A norma prevê (Parágrafos 7º e 9º, do art. 9º) a possibilidade de continuar as atividades de pesquisa após a apresentação do RFP, e os dados obtidos nestas atividades de pesquisa poderão ser utilizados no Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) e para o planejamento adequado do empreendimento.



Contudo, não poderão ensejar a retificação do RFP.

O Decreto possui dispositivo que estimula os empreendimentos/atividades destinados ao aproveitamento de rejeitos, estéril e resíduos da mineração, mediante aditamento ao título por meio de procedimento simplificado, a ser disciplinado pela ANM, via Resolução.

O regulamento prevê a prorrogação do prazo da Autorização de Pesquisa (parágrafo 3º do art. 20), se o requerimento for feito de forma tempestiva, sendo que permanecerá em vigor até a decisão da ANM. Ademais, a norma prevê que para certas hipóteses seja possível mais de uma prorrogação (Parágrafo 2º do art. 20).

Com relação às obrigações do minerador na fase de Requerimento de Lavra, o novo regulamento estabeleceu (art. 31) o prazo de 60 dias para atendimento das exigências formuladas para melhor instrução do requerimento de lavra. Além disso, estabeleceu (Parágrafo 4º do art. 31) as obrigações relativas à comprovação do licenciamento ambiental do empreendimento.

A norma também estabeleceu que a autorização para extração anterior à concessão de lavra, denominada Guia de Utilização, poderá ser emitida uma vez, pelo prazo de 1 a 3 anos – a depender da substância mineral, sendo admitida uma prorrogação por igual período.

Quanto às obrigações do titular da concessão de lavra (art. 34), foram incluídas obrigações previstas em outras normas, como: (i) manutenção da mina em bom estado, para os casos de suspensão temporária; (ii) execução do plano de fechamento de mina antes da extinção do título minerário; e (iii) a observância da Política Nacional de Segurança de Barragens.

Já quanto à renúncia da concessão de lavra e demais regimes, a norma dispõe que será efetivada no momento de sua comunicação e dependerá de homologação da renúncia e ficará condicionada à conclusão do plano de fechamento da mina, previamente aprovado pela ANM.

No que tange à oneração de direitos minerários, o Decreto prevê a possibilidade de o título minerário ser oferecido em garantia para fins de financiamento e informa que será estabelecido em Resolução as hipóteses de oneração, bem como os requisitos e procedimentos para averbação de cessões, transferências

e operações dos direitos minerários (arts. 43 e 44).

O Regulamento traz a possibilidade de interrupção das atividades enquanto o requerimento de suspensão temporária de lavra estiver pendente de decisão pela ANM, e, caso a ANM não aceite as razões da suspensão, aplicará as sanções cabíveis e estabelecerá um prazo para o reinício das operações.

Das infrações previstas na norma, verificou-se a inclusão de sanções administrativas relativas aos trabalhos de pesquisa e extração mineral sem título autorizativo ou em desarco com o título obtido, e a aplicação de caducidade para as hipóteses de reincidência na lavra de substância não constante do título e reincidência na prática de lavra ambiciosa, sendo dispensada a advertência prévia.

A norma registra a possibilidade da ANM emitir Declaração de Utilidade Pública para fins de instituição de servidão mineral ou desapropriação do imóvel – que já havia sido instituída no inciso XXI do art. 2º da Lei nº 13.575/2017.

Outro aspecto relevante no Decreto é com relação à organização de procedimentos para ofertas e manifestação de interesse de áreas vinculadas a direitos minerários que expiraram ou foram objeto de caducidade. E com a intenção de avaliar o potencial de atratividade da área para leilão eletrônico, o Decreto prevê a possibilidade da ANM submeter à oferta pública prévia, conforme estabelecido em Resolução pela Agência.

A norma estabelece que a ANM deverá, em 180 dias, a contar da entrada em vigor do Decreto, definir, via Resolução, os prazos de tramitação dos processos minerários.

Os procedimentos para outorga da permissão de lavra garimpeira e registro de extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil para uso exclusivo em obras públicas, serão disciplinados por Resoluções da ANM, no prazo de 180 a contar da entrada em vigor do Decreto.

O Decreto estipulou a entrada em vigor a partir da instalação da ANM (art. 36 da Lei 13.575/2017), a qual se deu com a publicação do Decreto nº 9.587, de 27 de novembro de 2018, que além de instalar a Agência Nacional de Mineração (ANM), também aprovou sua Estrutura Regimental e o seu Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão.

Por fim, o Decreto Federal nº 9.406/2018 revogou o Decreto nº 98.812/1990 (regulamentava a lei da permissão de lavra garimpeira), o Decreto nº 3.358/2000 (regulamentava o registro de extração) e o Decreto nº 62.934/1968 (antigo regulamento do Código de Mineração).

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Thiago Pastor Alves Pereira, Marcus Vinicius Neves Vaz, Ana Letícia Lanzoni Moura.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

# 40 | REGULATÓRIO

7

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA  
RETROATIVIDADE NO ÂMBITO DO  
DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
APLICADO TAMBÉM PARA REVER A  
DOSIMETRIA PUNITIVA**

---

## 01. ■

## O princípio constitucional da retroatividade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador aplicado também para rever a dosimetria punitiva

*Por meio de decisão proferida no ano de 2018, o Superior Tribunal de Justiça vem posicionando a sua jurisprudência no sentido da aplicabilidade da garantia constitucional da retroatividade da norma punitiva mais benéfica ao Direito Administrativo Sancionador, também no aspecto da dosimetria punitiva.*

---

Como regra, a norma de caráter punitivo vige para o futuro; contudo, a Constituição da República prevê uma exceção, permitindo que norma sancionadora retroaja quando for para beneficiar o administrado (artigo 5º, inciso XL da CR/88).

Nesse contexto, inclui-se como dever de a Administração Pública rever a dosimetria da sanção imposta, observando a legislação mais benéfica, porquanto o princípio da retroatividade da lei mais benéfica deve também alcançar as leis que disciplinam o processo administrativo. Foi nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça no início de 2018 no RMS 37.031-SP, julgado em 8/2/2018.

Na oportunidade, ao reformar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a aplicabilidade do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica também ao Direito Administrativo Sancionador.

A interpretação adotada pela Corte Superior nada mais é do que um reflexo lógico da garantia constitucional estampada no inciso XL do art. 5º da Constituição da República, de modo que a retroatividade da lei mais benigna é um princípio constitucional implícito que vale para todo o exercício do jus puniendi estatal, aí incluído os procedimentos administrativos.

E não faria sentido algum negar aplicação desse princípio constitucional à seara administrativa, já que, de um modo geral, a doutrina penalista clássica estabelece em regra que a única diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo é o grau de reprovabilidade, ou seja, a intensidade que cada um viola um determinado valor moral protegido pelo Estado.

Na esteira da lógica adotada no julgamento do STJ, ao expressamente estatuir que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, partindo da própria “lei penal” qualquer outra norma de caráter punitivo ou sancionador, desde que benéfica ao administrado, também retroage.

Assim sendo, há uma extensão da garantia constitucional da retroatividade a todos os casos em que há o exercício punitivo pelo Estado, garantia que não se reserva apenas ao campo do direito penal ou do processo penal.

Note-se, a esse respeito, o voto-vista proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento do Recurso Extraordinário 600.817, por meio do qual assevera que “em sede de interpretação do encarecido comando que se lê no inciso XL do seu art. 5º, a Constituição não se refere à lei penal como um todo unitário de normas jurídicas, mas se reporta, isto sim, a cada norma que se veicule embutido em qualquer diploma legal” (STF. RE 600817, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

A retroatividade da norma mais benéfica é, portanto, aplicável sempre quando há o exercício do jus puniendi pela administração pública, direta ou indireta, incluindo-se as Agências Reguladoras, e inclusive no tocante à dosimetria punitiva. Dessa forma, tendo alguma norma jurídica posterior abrandado alguma situação de restrição imposta em norma anterior, o Estado deve aplicá-la integralmente.

A Constituição da República conclama, assim, a retroatividade de qualquer situação jurídica que, adjudicada por norma sancionadora mais recente, se revele mais benéfica ao administrado. Caso contrário, todavia, se da norma punitiva mais recente advier maior severidade, o que se observa é a vedação da retroatividade.

Inclusive, é por esse caminho que se a norma superveniente for mais favorável ao administrado, não pode o Estado exigir ou punir o administrado com base na norma anterior mais severa, nem mesmo valer-se do argumento de que “o tempo rege o ato” (tempus regit actum).

Em semelhante linha, reconheceu o Ministro Luiz Fux, em voto proferido também no julgamento do RE 600.817, que o “princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa”.

Logo, a garantia de retroatividade da lei penal mais benéfica assume um imperativo a ser observado pelo Estado sempre quando exerce a função punitiva. Inclusive, a recente decisão do STJ, proferida no RMS 37.031-SP, veio a consolidar ainda mais a linha jurisprudencial estabelecida naquela Corte Superior, que em outra oportunidade já consignara que “considerando os princípios do Direito Sancionador, a novatio legis in melius deve retroagir para favorecer o apenado” (STJ. REsp 1.153.083/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe 19/11/2014).

Portanto, o que se mostra relevante é o efeito irradiante do princípio da retroatividade da norma punitiva mais benéfica que, para além da esfera penal, adentra a todas as situações em que há o exercício do jus puniendi pelo Estado. Logo, o abrandamento do rigor de determinada norma sancionadora, tornando-a menos repressiva, deve ser considerado pelo Estado, inclusive nos processos administrativos, à luz da Constituição e da jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Ticiane Moraes Franco, Derick de Mendonça Rocha.

# 44 | SOCIETÁRIO

7

**A LEI DAS ESTATAIS NÃO PODE SER FLEXIBILIZADA POR NORMA ESTADUAL, SEGUNDO A CVM**

---



## 01. ■

## A Lei das Estatais não pode ser flexibilizada por norma estadual, segundo a CVM

*O Colegiado da CVM se posicionou acerca da competência dos Estados para alterar, por meio de Decreto Estadual, matéria prevista na Lei Federal nº 13.303/2016, também conhecida como Lei das Estatais, conforme decisão de 09/10/2018 proferida no processo SEI no 19957.003858/2017-10*

---

O Colegiado da CVM se posicionou acerca da competência dos Estados para alterar, por meio de Decreto Estadual, matéria prevista na Lei Federal nº 13.303/2016, também conhecida como Lei das Estatais, conforme decisão de 09/10/2018 proferida no processo SEI no 19957.003858/2017-10.

No âmbito do referido processo, o Colegiado da CVM analisou a eleição para os cargos do Conselho de Administração de sociedade de economia mista, Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A., que contou com o voto do Estado de Santa Catarina, na qualidade de acionista controlador da Companhia.

Isso porque, na ocasião, foi eleito como administrador da Companhia dirigente municipal de partido político ao qual o governador do Estado de Santa Catarina era filiado, o que infringiria o §2º, do artigo 17, da Lei das Estatais, que veda a indicação de dirigentes de partidos políticos para cargos do Conselho de Administração e Diretoria.

Nas razões do recurso, o Estado de Santa Catarina alegou, entre outros argumentos, a legitimidade da eleição aos cargos do Conselho de Administração porque foi realizada com fundamento nos Decretos Estaduais no 1.007/2016 e no 1.025/2017, que regulamentaram a Leis das Estatais no âmbito estadual.

De acordo com o Estado de Santa Catarina, as eleições estariam de acordo com o artigo 13 do Decreto Estadual no 1.025/2017, que determina a aplicação imediata dos requisitos e vedações impostos às eleições dos administradores

das empresas estatais, exceto para hipóteses de recondução, como era o caso.

Além disso, o Estado defendeu a legitimidade da eleição realizada na Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária de 28/04/2017, pois foi realizada dentro do prazo fixado no artigo 19 do Decreto Estadual no 1.007/2016 para as empresas estatais se adaptarem às novas regras de eleição de administradores.

Contudo, os argumentos apresentados pelo Estado de Santa Catarina não foram aceitos. Segundo o relator do processo, o Diretor da CVM Henrique Machado, a Lei das Estatais estabeleceu importantes normas de governança corporativa para as empresas estatais no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, sendo, portanto, uma Lei de caráter nacional.

Concluiu o Relator, em seu voto, que os Decretos Estaduais não teriam competência para alterar Lei de âmbito nacional.

*Entretanto, portanto, evidenciada a competência legislativa da União para estabelecer estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Ou ainda, conseqüentemente, releva-se inconstitucional ato normativo estadual que disponha contrariamente às normas editadas pela União no exercício adequado de sua competência constitucional privativa.v*

Diante da existência de conflitos entre os Decretos Estaduais e a Lei das Estatais, prevaleceu, portanto, o texto consagrado na Lei Federal. Assim, o Colegiado da CVM, por maioria, decidiu pelo não provimento do recurso do Estado de Santa Catarina.

Não obstante, ainda está longe de ser encerrada a discussão acerca da eleição aos cargos de administração das empresas estatais de pessoas vinculadas a partidos políticos, entre outras questões relevantes. Isso porque, o Projeto de Lei no 6621/16 (originário no 52/2013) do Senado Federal, conhecido como Lei Geral das Agências Reguladoras, pretende flexibilizar os critérios de elegibilidade dos administradores de empresas estatais impostos pela Lei das Estatais.

Em nossa opinião, o Projeto de Lei no 6621/16 está na contramão das melhores

práticas de governança corporativa consolidadas na Lei das Estatais, que incentivam a transparência, autonomia e independência das empresas estatais.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Fábio Appendino, Alessandra Rezende Torres, Deliana Salomão de Castro,  
Nathália Milagres Mendes.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

# 48 | TECNOLOGIA

7

**A CONTROVÉRSIA DA INCIDÊNCIA DO ICMS  
OU ISS SOBRE BENS DIGITAIS EM 2018**

---

## 01.

## A controvérsia da incidência do ICMS ou ISS sobre bens digitais em 2018

---

O Convênio ICMS nº 106/2017 do CONFAZ, a pretexto de dispor acerca dos procedimentos de cobrança do ICMS sobre bens e mercadorias digitais comercializados por transferência eletrônica de dados, criou uma nova incidência tributária ao arrepio da legislação de regência, principalmente da Lei Complementar nº 116/2003 que trata dos serviços sujeitos ao ISS, sendo instaurado, em 2018, um cenário de completa insegurança jurídica para os contribuintes do setor de tecnologia da informação que buscaram o Poder Judiciário para evitar a dupla tributação.

Desde a sua publicação, em outubro de 2017, dos 11 (onze) Estados da Federação que incorporaram formalmente a disciplina do Convênio ICMS nº 106/2017 às suas legislações internas, de longe o Estado de São Paulo é o mais avançado nessa discussão e tem sido um dos principais defensores desta incidência tributária nos mais diversos fóruns de debates sobre o tema.

Por outro lado, o Município de São Paulo também tem enfrentado diretamente a questão com a defesa da tributação dessas atividades com bens digitais pelo ISS, em razão de estarem previstas na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 157/2016, como os itens 1.03 relativo à atividade de processamento e armazenamento de dados, 1.05 que dispõe sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação e o 1.09 que trata da disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet (streaming).

Como consequência dessa forte atuação estatal e municipal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi o primeiro instado a se manifestar sobre a “nova” controvérsia em torno da tributação de bens digitais ocasionada pelo advento do Convênio ICMS nº 106/2017 (incorporado à legislação paulista por meio do Decreto Estadual nº 63.099/2017) versus a Lei Complementar nº 116/2003, em

razão de diversas ações ajuizadas por contribuintes e entidades representativas do setor de tecnologia da informação.

Em primeira instância foram proferidas algumas decisões liminares e sentenças favoráveis ao afastamento da tributação do ICMS nessas operações com bens digitais imposta pelo Decreto Estadual nº 63.099/2017. Naquele momento, a discussão quanto à legalidade da disciplina instituída por meio de Convênio ICMS do CONFAZ e Decreto Estadual ganhou mais relevância do que exatamente a controvérsia quanto à possibilidade da tributação de operações com softwares por download ou pelas novas formas de acesso e de contratação de uso de programas de computador, como no cloud computing e streaming.

Importante lembrar que o STF iniciou a análise da tributação das operações de software sem meio físico, mas ainda limitado ao download, na cautelar da ADI nº 1945/MT, em 2010, sendo que, por maioria apertada, decidiu de forma desfavorável aos contribuintes, mas ainda em uma realidade tecnológica e legal bem diferente da atualmente enfrentada. Todavia, essa cautelar pautou algumas decisões do ano de 2018, sem a devida observância, pelos julgadores, do contexto específico e mais alargado das novas tecnologias, como na sentença do Mandado de Segurança Coletivo nº 1027745-46.2018.8.26.0053 proferida pelo juiz da 7ª vara da Fazenda Pública de São Paulo.

Por outro lado, uma das decisões mais significativas sobre a matéria foi, sem dúvida, a sentença proferida pela juíza da 9ª vara da Fazenda Pública de São Paulo, Dra. Simone Casoretti, no Mandado de Segurança Coletivo nº 1010278-54.2018.8.26.0053, em que, além de analisar a ilegalidade do Decreto Paulista nº 63.099/17 pela necessidade de lei complementar para dispor sobre as regras gerais de tributação do ICMS e a indevida bitributação com o ISS, a juíza considerou também a evolução tecnológica e a ausência de operação de circulação de mercadoria, fato gerador do ICMS, quando não há a ocorrência da transferência de titularidade nas operações com softwares via download ou pelo acesso na “nuvem” do programa (cloud computing) ou do conteúdo (streaming).

Já no Tribunal de Justiça de SP, muitos agravos de instrumento foram interpostos em face das decisões de primeiro grau que analisaram pedidos de liminares e de tutelas de urgência, e além da questão acerca da violação ao princípio da reserva de lei complementar (art. 146 da Constituição Federal), a argumentação em torno do risco de bitributação com o ISS teve mais espaço, direcionando o Tribunal à análise de mérito mais aprofundada sobre a possibilidade ou não

de incidência do ICMS nas operações com softwares e outros bens digitais (aplicativos, jogos, programas, dentre outros) em todos os novos ambientes e formatações (download, cloud computing, streaming).

Neste ponto, vale destacar a decisão monocrática da Desembargadora Teresa Marques que concedeu a tutela provisória de urgência no Processo nº 2159030-13.2018.8.26.0000, para suspender a incidência do ICMS, na forma do Decreto nº 63.099/2017, nas operações com licença de uso de software, por não envolver a transferência da propriedade do bem, requisito essencial para a caracterização do fato gerador do imposto. No mesmo sentido de suspender os efeitos do Decreto nº 63.099/2017, as decisões nos agravos de instrumento nºs 2065250-19.2018.8.26.0000, 2199170-89.2018.8.26.0000, 2086668-13.2018.8.26.0000 e 2086215-18.2018.8.26.0000, respectivamente das 5ª, 9ª, 10ª e 11ª Câmaras de Direito Público do TJSP. Em sentido contrário, a decisão no agravo de instrumento nº 2163461-90.2018.8.26.0000 da 8ª Câmara de Direito Público do TJSP.

Recentemente, após o enfrentamento da matéria em sede de recurso de apelação no Mandado de Segurança nº 1035280-26.2018.8.26.0053, com a alegação de vício de ilegalidade e inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 63.099/2017 e do Convênio ICMS nº 106/2017 por violação ao princípio da reserva de lei complementar, ao definir critérios de tributação do ICMS nas operações com bens e mercadorias digitais, a 13ª Câmara de Direito Público decidiu remeter os autos ao Órgão Especial do Tribunal, para análise de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, autuado sob o nº 0047908-29.2018.8.26.0000, que segue pendente de análise.

Necessário ainda mencionar a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5958/DF, interposta em 2018 perante o Supremo Tribunal Federal, específica para a discussão da inconstitucionalidade do Convênio ICMS nº 106/2017. Além desta, estão também em trâmite no STF outras 03 (três) ações diretas de inconstitucionalidade contra normas estaduais específicas sobre a tributação de ICMS em operações com bens digitais a saber, ADI nº 1945/MT (contra a Lei nº 7.098/98 do Mato Grosso), ADI nº 5576/SP (contra os Decretos nºs 61.522/2015 e 61.791/2016, de São Paulo) e ADI nº 5659/MG (contra o Decreto nº 46.877/2015 de Minas Gerais).

Por fim, há a perspectiva de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo saia na frente dos demais órgãos do Poder Judiciário e se pronuncie em breve a respeito da (in)constitucionalidade do Decreto Estadual nº 63.099/2017 e, conseqüentemente, do Convênio ICMS nº 106/2017, em razão da análise do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, com boas chances de ao menos

minimizar o cenário de insegurança jurídica para os contribuintes.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Daniela Silveira Lara, Gleice Diniz de Oliveira.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados



7

**BLOQUEIO DE PORTAS DE COMUNICAÇÃO  
TCP/IP EM PLANOS DE SERVIÇOS DE  
TELECOMUNICAÇÕES PODE OCORRER EM  
CASOS ESPECÍFICOS, ENTENDE A ANATEL.**

---

## 01. ■

## Bloqueio de portas de comunicação TCP/IP em planos de serviços de telecomunicações pode ocorrer em casos específicos, entende a Anatel.

*Por meio de decisão proferida no ano de 2018, a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel decidiu que o bloqueio de portas de comunicação TCP/IP em alguns casos específicos não fere a neutralidade de rede.*

---

Em 15/11/2018, o Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, motivado por consulta do Ministério Público Federal - Procuradoria da República do Estado do Rio de Janeiro, visando à interpretação da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet (MCI), sobre o “bloqueio de portas” de comunicação TCP/IP, em planos de acesso à Internet do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), entendeu em decisão colegiada que (i) “são permitidos modelos de negócio praticados por meio de ofertas de planos de serviço de acesso à Internet distintos para uso residencial e comercial, desde que não se verifique ofensa aos demais princípios estabelecidos no art. 3º do MCI”; e que (ii) “é lícito o gerenciamento técnico das redes que dão suporte à internet com o objetivo de preservar sua estabilidade, segurança e funcionalidade” (ANATEL. Processo 53500.025589/2016-50. Relator. Conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Jr. Sessão de 15/12/2018).

Nesse compasso, rememora-se que o Marco Civil da Internet introduz alguns fundamentos (art. 2º) e princípios (art. 3º) relacionados à disciplina do uso da Internet no Brasil, com destaque ao art. 3º, IV, que trata da preservação e garantia da neutralidade de rede, ao art. 3º, V, que trata da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com padrões internacionais e estímulo de boas práticas, além do art. 3º, VIII que trata da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, quando não conflitantes com os demais princípios estabelecidos na referida lei

No que se refere à preservação e garantia da neutralidade de rede, o art. 9º da Lei ressalva algumas exceções à regra da neutralidade quando prevê que o tráfego de dados pode sofrer discriminação ou degradação em situações específicas: “I – requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações” e “II – priorização de serviços de emergência”. No art. 6º, do Decreto nº 8.771/2016, que regulamentou o MCI, reconhece-se a necessidade de práticas de gerenciamento nas redes, compatíveis com padrões internacionais.

A leitura do conjunto desses dispositivos leva à conclusão de que o MCI veda a discriminação arbitrária, admitindo, no entanto, uma gestão razoável da rede para garantir a preservação da estabilidade, da segurança e de sua funcionalidade, sendo esta a interpretação referendada pela Anatel na referida decisão.

A Autarquia Reguladora reconheceu que a lei prevê que alguns tipos de restrições possam existir, desde que necessárias para o gerenciamento das redes, valendo-se inclusive de precedentes internacionais de serviços de acesso à Internet, orientados a uma classe de usuários em particular, nos quais se admite o bloqueio de conteúdo de pacotes de dados para preservar a estabilidade, a segurança e a funcionalidade da rede.

Nessas situações, as práticas de gerenciamento impostas devem ser divulgadas antecipadamente pelas empresas, em atendimento ao princípio da transparência, de modo que o usuário fique ciente de que o acesso a um determinado serviço será restrito em circunstâncias específicas (art. 7º, do Decreto nº 8.771/2016), identificando ao destinatário da contratação quais são os tipos e motivos do gerenciamento que possam vir a implicar em discriminação ou degradação de tráfego, incluindo a descrição das práticas, os efeitos sobre a qualidade e a motivação para sua adoção, não podendo, contudo, entrar em conflito com o estabelecido Lei nº 12.965 (§§1º e 2º do art. 9º).

A Agência também se valeu do precedente brasileiro de bloqueio seletivo de porta – o caso da gestão da porta 25 –, para planos residenciais, medida recomendada pelo Comitê Gestor da Internet - CGI.br, visando à mitigação da prática do spam, indispensável à prestação adequada dos serviços e aplicações. A discussão, traduzida na decisão da Agência, embora tangenciada por um conceito técnico (bloqueio de portas), está relacionada à possibilidade jurídica de desenvolvimento de distintos modelos de negócios para provimento de

plano de serviço de banda larga pelas prestadoras de telecomunicações no Brasil. E chama atenção pela importância de se garantir uma gestão adequada do tráfego cursado nas redes a partir das características distintas dos planos de serviços ofertados, ainda que, nesse caso, sejam necessárias práticas específicas de gerenciamento de rede.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Ticiane Moraes Franco, Derick de Mendonça Rocha, Clinger Sousa Barros.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

# 57 | TRIBUTÁRIO BRASIL

---

1

**STJ DEFINE QUE A FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS PRÓPRIO, AINDA QUE DECLARADO AO FISCO, CONFIGURA CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA**

---

2

**CARF JULGA VÁRIOS CASOS ENVOLVENDO PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA**

---

3

**RECENTES E INCONSTITUCIONAIS MEDIDAS DA RECEITA FEDERAL E DA PGFN PARA A COBRANÇA EXTRAJUDICIAL DE TRIBUTOS.**

---

4

**DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA TAXA DO SISCOMEX**

---

5

**POSIÇÃO DO STJ E DA PGFN ACERCA DO CONCEITO DE INSUMO PARA FINS DO CRÉDITO DE PIS E COFINS**

---

6

**O POSICIONAMENTO DO CARF SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA EM OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS COM FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP)**

# 58 | TRIBUTÁRIO BRASIL

---

7

**PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE É ANALISADA  
PELO STJ EM RECURSO REPETITIVO**

---

8

**PRIMEIRAS DECISÕES SOBRE A APLICAÇÃO  
DO ART. 24 DA LINDB NO ÂMBITO  
TRIBUTÁRIO**

---

9

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
REAFIRMA ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A  
POSSIBILIDADE DE PROTESTO DE CERTIDÃO  
DE DÍVIDA ATIVA**

---

10

**A SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA COSIT  
Nº 13/2018, CONFLITA COM ENTENDIMENTO  
FIRMADO PELO STF SOBRE A EXCLUSÃO DO  
ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA  
COFINS**

---

11

**TJ DE SÃO PAULO AFASTA COBRANÇA  
DO ITCMD SOBRE DOAÇÕES E HERANÇAS  
RECEBIDAS NO EXTERIOR**

## 01 ■

## STJ define que a falta de recolhimento do ICMS próprio, ainda que declarado ao Fisco, configura crime de apropriação indébita

*A Terceira Seção do STJ julgou Habeas Corpus (399.109) na tentativa de estabilizar jurisprudência da Quinta e Sexta Turmas e decidiu, por maioria, que o não recolhimento de ICMS em operações próprias configura crime de apropriação indébita, ainda que o imposto tenha sido declarado ao Fisco, desde que comprovado o dolo do acusado.*

---

Em agosto do corrente ano, ao julgar Habeas Corpus (399.109) impetrado por dois empresários, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, por maioria, que o não recolhimento do ICMS em operações próprias, ainda que declarado ao Fisco, configura crime de apropriação indébita, nos termos do art. 2º, II da Lei nº. 8.137/90.

A questão foi submetida à Terceira Seção com o objetivo de uniformizar o entendimento da Quinta e da Sexta Turmas do Tribunal, que divergiam em relação aos aspectos essenciais para tipificação da conduta, mesmo baseando-se em semelhantes premissas fáticas. Enquanto a Sexta Turma entendia corretamente que apenas nas operações submetidas à substituição tributária o crime poderia estar configurado (quando o ICMS retido pelo substituto tributário não era repassado aos cofres públicos), a Quinta Turma não estabelecia essa distinção, entendendo que tanto as operações sujeitas à substituição tributária quanto as operações próprias enquadrar-se-iam na conduta penal tipificada no art. 2º II da Lei 8.137/90, desde que comprovado o dolo do agente.

Ao apreciar o tema, a Terceira Seção, confundindo as figuras do substituto tributário e do responsável tributário com a do contribuinte, concluiu que, mesmo nas operações próprias, o não recolhimento do ICMS não caracteriza mero inadimplemento fiscal, na medida em que o valor do imposto é repassado ao adquirente da mercadoria ou serviço embutido no preço. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca chegou a mencionar em seu voto, de forma claramente

equivocada, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº. 574.706 (no qual se fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS), em que a Corte consignou, em sede de repercussão geral, que o imposto deve ser entendido como pertencente ao Erário, não se incorporando ao patrimônio do contribuinte.

Na ocasião, os Ministros do STJ fixaram quatro aspectos essenciais a serem observados na apuração do crime: (i) o fato de o contribuinte registrar, apurar e declarar o imposto é indiferente para a tipificação da conduta, uma vez que o crime não pressupõe a clandestinidade (ii) nada impede que o sujeito ativo possa ser, ao menos em tese, o próprio contribuinte do tributo, uma vez que a lei não faz tal distinção, (iii) a configuração do crime exige a demonstração do dolo do agente, “consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido” e (iv) somente o contribuinte que “desconta” ou “cobra” o tributo de outrem pode responder pelo crime.

Embora tenha prevalecido na Terceira Seção o entendimento adotado pela Quinta Turma, o julgamento não se deu sob o rito dos recursos repetitivos, ainda sendo controversa a matéria entre os próprios Ministros. Vale destacar que os acusados interpuseram Recurso Extraordinário em face do acórdão, de forma que a questão ainda poderá ser apreciada pelo STF, caso admitido o recurso.

De todo modo, o julgamento permanece válido, sendo um alerta para os contribuintes (gestores e empresas), sobretudo em relação à apuração e recolhimento dos tributos indiretos.

Espera-se que o STJ reveja o entendimento firmado pela Terceira Seção, que é inclusive contrário ao posicionamento sumulado pela Corte no que diz respeito à atribuição da responsabilidade tributária aos sócios/administradores da pessoa jurídica (Súmula nº. 430/STJ - “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”). Além disso, no âmbito do STF, a expectativa é que o Tribunal reconheça que a tipificação do mero inadimplemento fiscal em operações próprias representa verdadeiro instrumento de coação penal para cobrança de tributos, em completo desrespeito a garantias constitucionais e tratados internacionais, além de implicar violação à vedação constitucional à prisão civil por dívida (arts. 5º, LXVII).



---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira, Déborah Crevelin, Natália Mara R. de Sousa Vinhal.

## 02 ■

## CARF julga vários casos envolvendo Preços de Transferência

*O CARF julgou durante o ano de 2018 vários processos envolvendo preços de transferência, com destaque para casos sobre o método CAP nas exportações, o marco temporal de vigência do artigo 20-A da Lei nº 9.430/96 e o conceito de “pessoa vinculada” nos casos de contratos de exclusividade.*

Entre os meses de novembro e o início de dezembro de 2018, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) decidiu três importantes controvérsias sobre a aplicação das normas brasileiras de Preços de Transferência.

(i) **Método CAP**

A 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, decidiu que nas operações de exportação, feitas por intermédio de empresa comercial exportadora, com a utilização do Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP), o preço por ele determinado pode ser considerado parâmetro para fins de apuração de eventuais ajustes decorrentes das normas de preços de transferência, sem que haja necessidade de novo acréscimo a título de margem de lucro da empresa comercial exportadora.

Isso porque o §4º do artigo 25 da Instrução Normativa SRF nº 32, de 2001 (bem como o § 4º do artigo 26 da Instrução Normativa nº243/02), vigentes à época dos fatos, dava direito ao cálculo do preço parâmetro a partir do custo de produção do fabricante, acrescido da margem de lucro de 15%, sem necessidade de qualquer outro tipo de ajuste, nos seguintes termos:

*§ 4º O preço determinado por este método, relativamente as exportações diretas, efetuadas pela própria empresa produtora, poderá ser considerado parâmetro para o preço praticado nas exportações por intermédio de empresa comercial exportadora, independentemente de novo acréscimo a título de margem de lucro.*

A decisão favoreceu um contribuinte que exerce a atividade de “comercial exportadora”, mas o Fisco havia entendido que não se tratava de trading company e que não poderia ter se aproveitado da prerrogativa acima.

Todavia, o CARF entendeu que a Instrução Normativa em comento utilizou o termo “empresa comercial exportadora” em seu sentido amplo, e não restrito apenas às empresas comerciais exportadoras de que trata o Decreto-Lei nº 1.248/1972, vulgarmente denominadas trading companies.

À época da edição do referido Decreto-Lei, os benefícios fiscais previstos nas vendas com fim específico de exportação somente se aplicavam às empresas comerciais exportadoras que cumprissem diversas exigências, entre as quais possuírem um capital mínimo e estarem constituídas sob a forma de sociedades por ações. As empresas comerciais exportadoras que atendessem aos requisitos eram vulgarmente denominadas trading companies. Entretanto, com o passar dos anos, a legislação evoluiu, e os benefícios fiscais, nas vendas com fim específico de exportação, foram estendidos também às empresas exportadoras em geral.

Portanto, não há necessidade de que a empresa adquirente seja uma trading company, bastando que seja empresa comercial exportadora, sendo de se ressaltar ainda que nenhum dos atos acima referidos, em qualquer momento, exigiu que esta empresa fosse exclusivamente comercial.

(ii) **Marco temporal de vigência do artigo 20-A da Lei nº 9.430/96**

O segundo caso, julgado pela 1ª Turma da Câmara Superior do CARF, diz respeito à aplicação no tempo da regra prevista no art. 20-A da Lei nº 9.430/1996, incorporada ao texto legal em setembro de 2012 pela Lei nº 12.715/2012.

O dispositivo prevê que, a partir do ano-calendário de 2012, o contribuinte não poderia mais alterar o método de preço de transferência adotado em suas operações após ser submetido a processo de fiscalização.

Todavia, a norma traz a possibilidade de o contribuinte, uma vez fiscalizado, ser intimado para, em 30 dias, apresentar novos cálculos, o que propicia a autoregularização do contribuinte. No caso concreto, a fiscalização ocorreu em 2014, com relação a fatos geradores ocorridos em 2011, ou seja, anteriores ao ano-calendário de 2012.

O entendimento que prevaleceu, por maioria de votos, contando com voto

de desempate da presidente do CARF, foi no sentido de que o artigo 20-A é procedimental e se aplica a fatos geradores anteriores, caso a fiscalização tenha começado depois de 2012.

(iii) **Conceito de “pessoa vinculada”**

Já o terceiro caso, julgado por unanimidade pela 1ª Turma da Câmara Superior, aborda o conceito de “pessoa vinculada” para fins de preço de transferência, tendo como base o inciso X do artigo 23, da Lei nº 9.430/1996, que considera vinculadas as empresas brasileiras e estrangeiras que tenham exclusividade na aquisição de produtos, serviços ou direitos, agindo como agente, distribuidora ou concessionária.

O contribuinte autuado, que teria sido, durante um certo período, a única empresa no Brasil a adquirir mercadorias de três pessoas jurídicas específicas, argumentou que suas importações não resultavam na qualificação de “pessoas vinculadas”, pois a empresa simplesmente adquiria insumos importados para aplicação na indústria, e não para comercialização posterior, e ainda que não estariam presentes as características de pessoas vinculadas previstas pela legislação, visto que o inciso X condiciona a configuração de pessoas vinculadas àquelas que “gozem de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos”.

O CARF entendeu que o fato de a empresa brasileira ser a única importadora no País não é um requisito suficiente para verificar a “vinculação”, e que não houve, no caso concreto, outros elementos que comprovassem que a importadora e as fornecedoras estrangeiras tinham alguma vinculação de fato.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Ana Carolina Moreira Garcia, Rogério Abdala Bittencourt Júnior.

## 03 ■

## Recentes e inconstitucionais medidas da Receita Federal e da PGFN para a cobrança extrajudicial de tributos.

*Medidas instituídas pelo Ministério da Fazenda que visam dar maior efetividade à cobrança extrajudicial tributária, violam diversos direitos fundamentais do contribuinte, sendo revestidas de caráter nitidamente coativo e que acabam por proporcionar um aumento nas discussões judiciais.*

Em 2018, várias foram as medidas instituídas pelo Ministério da Fazenda no intuito de dar maior efetividade à cobrança extrajudicial dos tributos federais.

Em outubro de 2018, passou a vigorar a Portaria PGFN nº 33/18, que regulamenta a averbação pré-executória instituída pela Lei nº 13.606/18, que consiste na possibilidade de a PGFN, antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal, tornar indisponíveis bens do contribuinte por meio da averbação da CDA em órgãos de registro de bens e direitos. O STF irá julgar a legitimidade da medida no bojo da ADI 5881, que já conta com parecer do Ministério Público Federal pela inconstitucionalidade da averbação, por representar sanção política, criada com o objetivo de coagir o devedor ao pagamento forçado do tributo.

Também em outubro, a Receita Federal disponibilizou, por meio da Consulta Pública nº 4, a minuta da Portaria que instituirá o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária (Pró-Conformidade). Esse Programa, na verdade, prevê critérios de classificação que penalizam os contribuintes que discutem judicialmente a cobrança de tributos que consideram ilegais ou inconstitucionais, coagindo as empresas a aceitarem cobranças fiscais indevidas.

Já em novembro, foi publicada a Portaria RFB nº 1.750/18, que prevê a divulgação ao público, no site da Receita, do nome e do CNPJ/CPF dos contribuintes citados em Representações Fiscais para Fins Penais encaminhadas ao Ministério Público, antes mesmo da apuração do fato pelo MPF. O pagamento da dívida tributária é um dos motivos que gera a exclusão do nome do contribuinte da

lista disponibilizada no site da RFB, o que revela mais uma vez o nítido caráter da norma de promover o constrangimento do contribuinte para que proceda ao pagamento da dívida tributária.

Esse conjunto de medidas extrajudiciais representa um quadro tenebroso para o contribuinte que já sofre com a complexidade da legislação tributária e a difícil relação com o Fisco, que tende a considerar que todos os contribuintes são, em princípio, contumazes sonegadores.

Ademais, estas medidas de cunho coativo vão de encontro a diversos preceitos legais e constitucionais, como a inafastabilidade da jurisdição, o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, além de não guardarem razoabilidade e proporcionalidade com o fim a que almejam. Os referidos mecanismos violam também o princípio da reserva de lei em matéria tributária, na medida em que são inseridos no ordenamento por meio de meras Portarias.

Por tais razões, não acreditamos que tais medidas conferirão efetividade à cobrança extrajudicial tributária, e sim que contribuirão para mais uma disputa judicial acerca da já tão desgastada relação entre fisco e contribuinte.

É chegada a hora de se resgatar a credibilidade e a confiança na relação entre fisco e contribuintes por meio de programas que vão muito além do Pró-Conformidade. As medidas ocorridas em 2018 vão na contramão desse objetivo.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira e Guilherme Faber.

## 04. ■

## Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da majoração da Taxa do SISCOMEX

*Diversos importadores ingressaram com ações no Judiciário visando ao reconhecimento do seu direito de não se sujeitarem à cobrança majorada da Taxa SISCOMEX, nos termos da Portaria MF nº 257/11 e da IN RFB nº 1.158/11. A partir da publicação da Portaria MF nº 257/11, deixou de ser cobrada a taxa de R\$30,00 pelo registro de cada Declaração de Importação (DI) e de R\$10,00 para cada adição de mercadoria à DI, passando a serem cobrados os valores de R\$185,00 e R\$29,50, respectivamente.*

Diversos importadores ingressaram com ações no Judiciário visando ao reconhecimento do seu direito de não se sujeitarem à cobrança majorada da Taxa SISCOMEX, nos termos da Portaria MF nº 257/11 e da IN RFB nº 1.158/11. A partir da publicação da Portaria MF nº 257/11, deixou de ser cobrada a taxa de R\$30,00 pelo registro de cada Declaração de Importação (DI) e de R\$10,00 para cada adição de mercadoria à DI, passando a serem cobrados os valores de R\$185,00 e R\$29,50, respectivamente.

A exigência da Taxa SISCOMEX com base nos valores fixados pela Portaria MF nº 257/11 e pela IN RFB nº 1.158/11 é inconstitucional e ilegal, vez que é vedado ao legislador, sob pena de violação ao princípio da legalidade, delegar ao Poder Executivo a competência para majorar tributos. E, ainda que assim não se entenda, os citados atos infralegais não se adequam nem mesmo à exigência prevista na Lei nº 9.716/98 (que instituiu a Taxa SISCOMEX), pois não indicam qualquer correlação entre a majoração da taxa e eventuais aumentos de custos e investimentos relacionados ao SISCOMEX.

A medida judicial não tem o objetivo de questionar a legitimidade da exigência da Taxa SISCOMEX, apenas a sua abusiva e ilegal majoração pelo Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal já analisou inúmeros casos análogos e sempre

declarou a inconstitucionalidade de atos infralegais que pretenderam criar ou majorar o valor de taxas, invocando, como razão de decidir, o princípio da estrita legalidade tributária (p. ex. ADI nº 2.247 MC, ADI nº 1.823 MC, ADI nº 1.709, ADI nº 1.444).

Especificamente sobre a matéria, em recentes decisões o Supremo Tribunal Federal declarou ser inconstitucional a delegação de poderes ao Poder Executivo, prevista no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716/98, já que o legislador não fixou as balizas mínimas e máximas para uma eventual delegação tributária (RE 959.274, RE 1.095.001).

Em decisão monocrática recentíssima, publicada em 07/12/2018, nos autos do ARE 1158078 AgR, o Ministro Gilmar Mendes, que antes entendia que o tema teria índole infraconstitucional, reconsiderou seu posicionamento e deu provimento ao recurso extraordinário apenas para determinar que a majoração da Taxa Siscomex observe os limites dos índices oficiais de correção monetária do período, posicionamento esse que também está sendo adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ainda não há um posicionamento consolidado. A Segunda Turma, em recente julgamento, determinou o retorno dos autos em análise para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região para que sejam analisados os custos de operação e de modernização do Siscomex, conforme argumentação trazida pelas partes.

A matéria ainda deverá ser analisada pelo Pleno do STF, com efetivas chances de afastamento da integralidade da majoração da Taxa do SISCOMEX ocorrida em 2011. Mas, ainda que prevaleça a glosa apenas parcial da majoração, haverá relevante ganho econômico para os importadores que tiverem ajuizado ação judicial, inclusive, tendo em vista que está em andamento o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 168 do CTN.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso; Tatiana Rezende Torres.



## 05 ■

## Posição do STJ e da PGFN acerca do conceito de insumo para fins do crédito de PIS e COFINS

*Em 22 de fevereiro de 2018, no Recurso Especial nº 1.221.170, os Ministros da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pretenderam encerrar a antiga controvérsia acerca do conceito de insumo para fins do direito ao crédito de PIS e COFINS no regime não-cumulativo dessas contribuições.*

Em 22 de fevereiro de 2018, no Recurso Especial nº 1.221.170, os Ministros da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pretenderam encerrar a antiga controvérsia acerca do conceito de insumo para fins do direito ao crédito de PIS e COFINS no regime não-cumulativo dessas contribuições. Essa controvérsia gira em torno do alcance do inciso II do artigo 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, que prevê a possibilidade de o contribuinte apurar créditos em relação aos “bens e serviços, utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados a venda”.

Nesse julgamento, o STJ entendeu ser ilegal a disciplina de creditamento mais restritiva das INs nºs 247/02 e 404/04, segundo a qual os insumos seriam apenas os bens empregados diretamente no produto em fabricação, optando por adotar o conceito intermediário de insumo que leva em conta a essencialidade e a relevância de determinadas despesas com bens e serviços para o desenvolvimento da atividade econômica da empresa.

Não obstante, a discussão acerca do efetivo direito a esse crédito está longe de terminar, uma vez que o STJ também entendeu que os critérios de essencialidade e relevância devem ser apurados com base na imprescindibilidade ou importância de determinado insumo no desenvolvimento da atividade econômica da empresa, o que faz com o direito ao crédito de PIS e COFINS dependa da análise do processo produtivo específico de cada contribuinte.

Nesse mesmo sentido é a Nota nº 63/18, da PGFN, que autorizou a dispensa de contestação e recursos sobre as ilegais INs SRF nºs 247/02 e 404/04, mas

ressaltou que se deve “levar em conta as particularidades de cada processo produtivo, na medida em que determinado bem pode fazer parte de vários processos produtivos, porém, com diferentes níveis de importância”.

*Destarte, o STJ adotou conceito intermediário de insumo para fins da apropriação de créditos de PIS e COFINS, o qual não é tão restrito como definido na legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados, nem tão amplo como estabelecido no Regulamento do Imposto de Renda, mas que privilegia a essencialidade e/ou relevância de determinado bem ou serviço no contexto das especificidades da atividade empresarial de forma particularizada. Neste aspecto, observa-se que se trata de matéria essencialmente de prova de ônus do contribuinte. (Processo nº 13502.000491/2005-01)*

Por essa razão, é imprescindível que os contribuintes revejam seus critérios de creditamento de PIS e COFINS com base na decisão do STJ, que pode gerar valores a recuperar ou a recolher, municiando-se da necessária documentação suporte para apresentação ao fisco ou para constituição de prova judicial, caso necessário.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira; Antonio Levenhagen.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

## 06 ■

## O posicionamento do CARF sobre a incidência do imposto de renda em operações societárias com Fundos de Investimento em Participações (FIP)

---

As operações societárias envolvendo Fundos de Investimento em Participações (FIP) têm sido objeto de atenção especial da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) na fiscalização de planejamentos tributários supostamente abusivos, de modo que diversos cotistas já foram autuados sob o argumento de utilização dos aludidos Fundos de forma artificial ou visando exclusivamente vantagens fiscais.

A tributação pelo Imposto de Renda dos rendimentos decorrentes dos investimentos em FIP, conforme o art. 2º da Lei nº 11.312/2006, se dá apenas no resgate ou amortização das cotas à alíquota de 15% sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e seu custo de aquisição. Ou seja, a incidência do Imposto de Renda não se dá nos próprios fundos, mas no nível dos cotistas.

Nesse contexto, o fato de o aludido regime de tributação somente ocorrer no resgate das cotas tem sido interpretado pelo Fisco como motivação para o envolvimento de FIP em operações que visem essencialmente vantagens tributárias, o que seria supostamente ilegítimo.

No ano de 2018 foram submetidas ao julgamento do CARF algumas autuações lavradas pela SRFB a respeito do tema, sendo que as Turmas julgadoras que tiveram a oportunidade de se debruçar sobre a matéria se posicionaram de forma divergente, antecipando o fato de que a controvérsia relativa a esse tipo de planejamento ainda renderá muita discussão.

Como precedente favorável aos contribuintes, destaque-se o acórdão proferido pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720133/201575, julgado em 15 de junho de 2018. Por maioria de votos, os Conselheiros deram provimento ao Recurso Voluntário do

contribuinte, e negaram provimento ao recurso de ofício, reconhecendo que a utilização do FIP nas operações societárias é induzida pela própria legislação, ao lhe conferir tributação mais favorecida. Portanto, ausentes fraude, simulação ou abuso de direito, se estaria diante de planejamento tributário válido, tendo sido considerada legítima a justificativa de utilização do FIP em planejamento sucessório familiar. Assim, foi afastada a autuação que pretendia a cobrança de Imposto de Renda sobre suposto ganho de capital, acrescida de multa de 150%, nos termos do voto vencedor redigido pelo Conselheiro Luis Fabiano Alves Penteado, representante dos contribuintes.

Também a 2ª Turma da 2ª Câmara da 2ª Seção, ao julgar os Processos Administrativos nºs 12448.725823/2016-47 e 12448.727473/2016-53, na sessão de 12 de setembro de 2018, decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício, afastando as alegações fazendárias de que a participação de FIP na operação envolvendo a venda de laboratório para um grupo empresarial, em 2011, teria ocorrido com exclusivo intuito de economia tributária. No acórdão relatado pelo Presidente e Relator ad hoc Ronnie Soares Anderson (voto de Dilson Jatahy Fonseca Neto, que na data de formalização já não integrava a Turma), entendeu-se que seria válida a diluição da participação de determinado acionista da empresa frente à entrada de FIP, do qual é cotista, previamente à reestruturação societária, tendo em vista que os novos recursos implicaram em valorização da sociedade. Assim, a participação do FIP foi considerada legítima diante da sua qualidade, no caso concreto, de instrumento indispensável à realização dos novos investimentos.

Mais recentemente, em julgamento realizado em 20 de novembro de 2018, a 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção, sob a relatoria do Conselheiro Abel Nunes de Oliveira Neto, representante do Fisco, cancelou a autuação lavrada no Processo Administrativo nº 10166.728697/2016-13. Todavia, apesar de nos debates travados terem sido discutidas questões como o tempo de permanência dos ativos no FIP e outros pontos ligados ao mérito do seu envolvimento na operação reputada abusiva pelo Fisco, ao final, acabou sendo acolhida, por unanimidade, preliminar de nulidade do lançamento, que foi lavrado considerando a sistemática de apuração pelo lucro real, ao passo que a empresa autuada, por anos seguidos, havia apurado rendimentos pela sistemática do lucro presumido, o que não foi observado ao formalizar-se a exigência fiscal.

Já a 2ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção, nos autos do Processo Administrativo nº 16561.720071/2016-82, em julgamento realizado em 04 de outubro de 2018, entendeu, por voto de qualidade, que o FIP, no caso concreto, teria sido utilizado

como empresa-veículo interposta de modo artificial na operação de alienação de cotas, com o único propósito de transferir a tributação do ganho de capital da pessoa física para a pessoa jurídica, com o diferimento do recolhimento do imposto de renda sobre o ganho de capital. Nesse cenário, a operação de alienação de ativos, com a participação do FIP, foi considerada abusiva pela Turma, mas não fraudulenta, de forma que foi mantida a decisão da DRJ pela redução da multa qualificada de 150% para 75%. Os Conselheiros dos contribuintes, por outro lado, durante o julgamento, entenderam pelo cancelamento total da autuação, pois o fato de o contribuinte utilizar um meio legal mais eficiente do ponto de vista tributário já configuraria o propósito negocial, não sendo ilícito utilizar o FIP para planejamento tributário, mas não houve declaração de voto no acórdão. Assim, prevaleceu, por voto de qualidade, o entendimento do Conselheiro Relator Luis Henrique Dias Lima, representante da Fazenda.

Igualmente pela redução da multa agravada aplicada ao contribuinte decidiu a 1ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção no julgamento do Processo Administrativo nº 16561.720188/2015-85, da relatoria da Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, representante dos contribuintes, julgado em 20 de novembro de 2018. Neste caso, foi discutido o envolvimento do FIP num contexto de planejamento sucessório em torno de operações que resultaram na venda de uma empresa para um grupo empresarial. O argumento da Procuradoria da Fazenda, que tem acompanhado de perto todos esses casos e realizado sustentações orais, foi no sentido da ausência de outras motivações para a participação do FIP além do propósito de economia tributária, o que insiste que seria ilegítimo. Nesse contexto, decidiu-se, por voto de qualidade, que se estaria diante de planejamento abusivo, e apesar de ter sido afastada a multa qualificada de 150%, foi mantida pela Turma a responsabilização solidária das pessoas físicas envolvidas.

Em todos os casos sintetizados acima, a palavra final deverá caber à Câmara Superior de Recursos Fiscais, de modo que se espera que os debates ainda evoluam bastante. Mas independentemente das particularidades dos casos concretos, é importante que os contribuintes estejam alinhados, em seus argumentos, à demonstração do papel atribuído ao FIP pelo legislador e do próprio estímulo à sua utilização decorrente da forma como se dá a tributação de seus rendimentos, buscando-se evitar, já nesse momento inicial de aprofundamento do tema, que sejam construídas as mesmas barreiras há muito enfrentadas, por exemplo, nos julgamentos dos casos de ágio, em que são exigidos requisitos não positivados sob uma ótica puramente fiscal dos negócios.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Daniela Silveira Lara, Manuela Britto Mattos.

## Prescrição Intercorrente é analisada pelo STJ em Recurso Repetitivo

*A contagem do prazo de prescrição intercorrente é julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial afetado à sistemática de Recurso Repetitivo, e beneficia milhões de contribuintes com processos executivos em curso no país.*

Em 12 de setembro de 2018, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) finalizou o julgamento do Recurso Especial nº 1.340.553, sob a sistemática de recursos repetitivos, no qual foi analisada a contagem do prazo de prescrição intercorrente prevista no artigo 40 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal – LEF).

Nos termos do voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques, restou decidido que o “espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais”. Ou seja, privilegiou-se a efetividade das Execuções Fiscais.

A prescrição intercorrente é caracterizada pela inércia contínua do Exequente na busca do devedor e de seus bens para a satisfação do crédito tributário executado. Nos termos do art. 40 da Lei nº 6.830/80, fica determinado ao Juiz a suspensão do curso da Execução Fiscal, por 1 (um) ano, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. Nesse período, o prazo de prescrição fica interrompido, sendo aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

Caso no referido período não seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento do processo. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. É este o comando da lei que foi interpretado pela Corte.

No julgamento, a Seção, por maioria, aprovou 4 (quatro) teses sobre o assunto. Todos os ministros negaram provimento ao recurso da Fazenda Nacional, porém eles divergiram em relação à fundamentação, vencidos os Ministros Assusete Magalhães, Herman Benjamin e Sérgio Kukina.

De acordo com a primeira tese, o prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§1º e 2º da LEF tem início automaticamente na data de ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Além disso, em se tratando de Execução Fiscal para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/05, o prazo da prescrição ordinária no período da redação original do inciso I do parágrafo único do artigo 174 do CTN é interrompido pela citação válida do devedor por carta, por oficial de justiça ou por edital. Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor de bens penhoráveis, o juiz suspenderá o curso da Execução.

Por outro lado, em se tratando de Execução Fiscal para a cobrança de dívida ativa de natureza não tributária (§2º, art. 8º da LEF), assim como em se tratando de Execução Fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da LC 118/05, que conferiu nova redação do artigo 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o juiz suspenderá a Execução.

Dessa forma, os pedidos de suspensão do feito pela Fazenda Pública, pelos prazos de 30 (trinta) ou mais dias para localização de bens não serão considerados, já que não encontram amparo legal na LEF.

De acordo com a segunda tese, decorrido o prazo de um ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deve ser arquivado sem baixa na distribuição, na forma do artigo 40, §2º da LEF, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá de ofício reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Nos termos da terceira tese, a localização do devedor e a efetiva constrição



patrimonial são aptas a suspender o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a busca do devedor e a realização da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Contudo, em caso de localização de bens, o prazo prescricional retroage à data do protocolo da petição que deu ensejo à penhora de bem, caso tal protocolo tenha ocorrido dentro da soma do prazo de 1 (um) ano e o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

A quarta tese, por sua vez, foi no sentido de que a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos, caso alegue nulidade pela falta de qualquer intimação nos termos do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu, exceto no caso de ausência de intimação quanto à não localização dos bens, em que o prejuízo é presumido.

Atualmente, o processo aguarda a análise dos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, mas a tese já poderá ser aplicada aos demais processos em que se discute a referida questão.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Fabiana Leão de Melo e Danielle Victor Ambrosano.

## 08. ■

## Primeiras decisões sobre a aplicação do art. 24 da LINDB no âmbito tributário

*O Decreto-Lei nº 4.657/1942, relativo à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sofreu alterações pela Lei nº 13.655/2018, dentre elas, a inclusão do art. 24, que dispõe sobre a revisão das decisões administrativas, de controladoria ou judiciais. No ano de 2018, a questão foi suscitada pelos contribuintes como matéria de defesa contra autuações tributárias, e foi apreciada, em algumas ocasiões, pelo CARF e pelo Poder Judiciário. Apesar de a maior parte das decisões ter afastado a aplicação da norma, há casos em que ela foi considerada pelo próprio Poder Judiciário.*

A LINDB, estatuída pelo Decreto-Lei nº 4.657/1942, foi alterada no ano de 2018 pela Lei nº 13.655, com o objetivo de tratar sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Dentre as principais alterações, o art. 24 dispôs 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”. Tal previsão normativa levou, em 2018, diversos contribuintes a suscitarem a aplicação de precedentes jurisprudenciais contemporâneos à época das autuações para o cancelamento das respectivas exigências fiscais.

A 2ª Turma da Câmara Superior do CARF, no julgamentos ocorridos em 21/06/2018 (acórdão 9202-006.996) e 29/08/2018 (acórdão 9202-007.145) rechaçou a aplicação da tese dos contribuintes, por entender que a vinculação do contencioso administrativo à LINDB é incompatível com os princípios do processo tributário administrativo, pois implica atribuir aos órgãos julgadores o poder de determinar, em cada caso, e de maneira definitiva, a posição a ser adotada por toda a administração tributária, sendo que este papel caberia às súmulas com efeito vinculante. Além disso, a 2ª Turma da CSRF entendeu que a aplicação da regra valeria tanto para decisões favoráveis quanto desfavoráveis

aos contribuintes, o que acarretaria para os contribuintes cerceamento do direito de defesa.

Já a 1ª Turma da Câmara Superior, em julgamento ocorrido em 08/08/2018 (Processo nº 10600.720016/2014-31), acolheu o pedido do contribuinte em caso de ágio e, por maioria de votos, conheceu do art. 24 da LINDB para converter o julgamento do recurso em diligência e intimar a Fazenda Nacional a se manifestar quanto à aplicação da norma e jurisprudência da época. Nesse caso específico, pesou a favor dos contribuintes o voto vencedor do Conselheiro Demetrius Nichele Macei, representante do Fisco e designado para a relatoria. Porém, em outros dois casos apreciados também pela 1ª Turma, em 11/09/2018 (10600.720035/2014-67 e 16561.720047/2014-81 – acórdãos ainda não publicados), sem a participação do Conselheiro Demetrius, prevaleceu o afastamento da norma.

No âmbito das Câmaras da 1ª Seção, as decisões ora determinaram a conversão dos autos em diligência para manifestação da Fazenda Nacional (Resolução 1301-000.597, de 09/08/2018, da 3ª Câmara, e Resolução 1401--000.588, de 14/08/2018, da 4ª Câmara), ora afastaram a tese defendida pelos contribuintes em casos relativos à amortização do ágio interno (acórdão 1301-003.284, de 14/08/2018 e acórdão 1401-002.884, de 18/09/2018). Nos casos de afastamento da norma, os principais argumentos adotados foram de que não haveria jurisprudência dominante e estável admitindo a dedutibilidade da amortização de ágio, que a edição de normas gerais em matéria tributária é reservada à Lei Complementar, e que o art. 100 do CTN estabeleceu que a observância das chamadas normas complementares exclui tão somente a imposição de penalidades, juros e correção monetária, mas não o principal do tributo.

No âmbito do Poder Judiciário, destaca-se o julgamento no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0013375-90.2014.8.26.0224), que afastou exigência de ICMS por suposta sonegação fiscal, em pedido de retratação, ao entendimento de que o caso não poderia ser revisto, mesmo após repercussão geral no STF, em razão de ter sido julgado em consonância com o entendimento adotado pelo STJ em sede de recurso repetitivo.

Portanto, em que pese os argumentos e precedentes desfavoráveis, é certo que as discussões sobre a aplicação do art. 24 da LINDB aos casos tributários continuarão sendo arguidas como matéria de defesa pelos contribuintes.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Luciana Goulart Ferreira e Ana Cecília Battesini P. Costa.

## 09.

## Superior Tribunal de Justiça reafirma entendimento do STF sobre a possibilidade de protesto de Certidão de Dívida Ativa

*Julgamento do Recurso Especial nº 1.684.690/SP, em caráter repetitivo, reafirmou o entendimento do STF sobre a possibilidade de cobrança extrajudicial de débitos de contribuintes por meio do protesto das certidões de dívida ativa (CDA).*

O Recurso Especial nº 1.684.690/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, reafirmou o entendimento do STF adotado no julgamento da ADI 5.135 que julgou ser constitucional a cobrança extrajudicial das dívidas públicas dos contribuintes, por meio do protesto das Certidões de Dívida Ativa (CDA).

O caso retoma a discussão ocorrida no STF em novembro de 2016 em que o Plenário definiu pela constitucionalidade da Lei nº 12.767 de 2012, que acresceu o parágrafo único ao art. 1º, da Lei nº 9.492/1997, incluindo, no rol dos títulos sujeitos a protesto, as CDAs da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. Na ocasião, foi firmada a tese de que “O protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”.

Segundo os tribunais superiores, as Fazendas Públicas poderão se valer do protesto, enquanto medida extrajudicial, para formalização da cobrança de débitos sem, contudo, haver a necessidade de se socorrer ao judiciário para tanto. Para o Estado esta seria uma alternativa mais econômica e célere face à onerosidade e morosidade dos processos de Execuções Fiscais.

Ocorre que os efeitos decorrentes dos protestos de CDAs são danosos aos contribuintes, na medida em que, além do prazo para pagamento ser menor que o das Execuções Fiscais, de três dias, caso o contribuinte não consiga suspender os efeitos do protesto mediante o ajuizamento de ação judicial dentro desse

prazo, terá seu nome imediatamente inscrito em cadastros de inadimplência e, por consequência, estará impedido de contratar com órgão público, terá dificuldades em contratar linhas de crédito, obter financiamentos, receber pagamento de fornecedores, participar de certames licitatórios, dentre outros problemas que impactam diretamente as atividades das empresas.

Por esses motivos, tais prejuízos acabam por forçar o contribuinte a pagar as dívidas que entende indevidas, a fim de evitar todos os transtornos atinentes aos referidos protestos, configurando verdadeira sanção política, com nítido interesse arrecadatório.

Entendemos que, apesar das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal possuírem efeito vinculante a todos os contribuintes, a análise dos tribunais superiores partiu da premissa de que os contribuintes são “grandes sonegadores”, sem, contudo, analisar os efeitos que tal permissão gera aos contribuintes e, além disso, desconsiderou que as Fazendas Públicas já possuem meios próprios para a cobrança de dívidas públicas, que estão elencados na Lei nº 6.830/80, a qual respeita o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Julia Pinho Salles e Matheus Santos Vitor de Mesquita.

## 10 ■

## Solução de Consulta Interna Cosit nº 13/2018, conflita com entendimento firmado pelo STF sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS

*A Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, publicada em 18 de outubro de 2018, dispõe sobre o procedimento a ser adotado para cumprir as decisões judiciais transitadas em julgado que tratam sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista o entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 (Tema 69), com repercussão geral reconhecida.*

---

A Solução de Consulta Interna Cosit nº 13, publicada em 18 de outubro de 2018, dispõe sobre o procedimento a ser adotado para cumprir as decisões judiciais transitadas em julgado que tratam sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista o entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706 (Tema 69), com repercussão geral reconhecida.

O Pleno do STF, no julgamento do RE nº 574.706, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS no cálculo do PIS e da COFINS. Atualmente está pendente o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, no qual se requer a modulação dos efeitos da decisão proferida e, dentre outras questões, que seja esclarecida qual a parcela do imposto estadual deve ser excluída da base de cálculo das contribuições.

O posicionamento trazido na Solução de Consulta tem efeito vinculante no âmbito da RFB, determinando o procedimento a ser adotado pela Fiscalização.

Na consulta formulada, dentre outros questionamentos, foi suscitada questão relativa ao montante a ser excluído da base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS, tendo em vista a dúvida se a exclusão abarcaria o valor efetivamente pago pelo sujeito passivo após a consideração de créditos de ICMS ou o total de ICMS destacado em notas fiscais de venda de bens e prestação

serviços tributados pelo imposto estadual.

De acordo com a Solução de Consulta nº 13/18, o valor a ser excluído da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS seria o correspondente ao ICMS efetivamente pago pelo contribuinte, após o encontro de contas próprio do caráter não cumulativo. Visando embasar tal posicionamento, a Solução COSINT cita diversas passagens dos votos proferidos durante o julgamento do RE nº 574.706, especialmente o voto da ministra relatora Cármen Lúcia, fazendo uma interpretação isolada e fora de contexto de alguns trechos.

A Solução de Consulta nº 13/18 tem suscitado intensos debates na comunidade tributária, tanto que a Receita Federal do Brasil expediu nota de esclarecimento, em 6/11/18, alegando que o seu posicionamento estaria alinhado com o entendimento trazido nos votos dos ministros formadores da tese vencedora.

Entretanto, ao contrário do que defende a Receita Federal, a decisão proferida pelo STF no RE nº 574.706, considerando a tese vencedora e o voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, foi no sentido de que o ICMS destacado na nota fiscal de saída não constitui faturamento/receita dos contribuintes e, por isso, não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

A ministra relatora explicita, após a análise da sistemática da não cumulatividade, que todo o ICMS incidente nas operações de saída não constitui receita dos contribuintes e, por isso, não pode compor o cálculo do PIS e da COFINS; em suas palavras: “toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, **embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele**, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este STF, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”, entendimento que foi acompanhado pelos demais integrantes do Plenário que votaram com a relatora.

Inclusive, aplicando o entendimento esposado no RE nº 574.706, os TRF's já vêm reconhecendo que o STF decidiu pela exclusão do ICMS dos valores destacados nas notas fiscais. No próprio âmbito do STF, foi recentemente publicada uma decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, proferida em processo no qual se discute a exclusão do ICMS da base de cálculo da CPBR no STF, na qual se consignou expressamente que, no julgamento do RE nº 574.706 **“o Supremo Tribunal Federal afirmou que o montante de ICMS destacados nas notas**



**fiscais não constituem receita ou faturamento, razão pela qual não podem fazer parte da base de cálculo do PIS e da COFINS.”** (RE nº 954.262).

Na expectativa de dirimir esse imbróglio, espera-se que o STF analise com celeridade os Embargos de Declaração da Fazenda Nacional no RE nº 574.706, confirmando o teor do julgamento de mérito efetuado pelo seu Pleno.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Alessandro Mendes Cardoso, Gustavo Lanna Murici, Patrícia de Araujo Franco.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

## TJ de São Paulo afasta cobrança do ITCMD sobre doações e heranças recebidas no exterior

*O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem derrubado autuações feitas pela Fazenda Estadual contra contribuintes que receberam doações e heranças no exterior. A análise sobre a constitucionalidade da cobrança de ITCMD em casos assim ainda está pendente no STF, mas o TJ-SP vem julgando reiteradamente de forma favorável aos contribuintes.*

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem impedido a Fazenda Estadual de cobrar o ITCMD sobre as doações e heranças recebidas no exterior, por entender que a lei estadual que prevê tal cobrança é inconstitucional.

O Estado de São Paulo fundamenta a cobrança do imposto na Lei nº 10.705/2000, que autoriza a incidência do tributo sobre o recebimento de doações ou heranças mesmo quando o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o “de cuius” possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado fora do país.

Entretanto, como tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo, a Constituição Federal, no inciso III do §1º do artigo 155, determina que para que o ITCMD incidente sobre doações e heranças recebidos no exterior seja cobrado, a exigência precisa primeiro ser instituída e regulada por meio de lei complementar, cuja competência é da União. Dessa forma, os Estados somente estariam autorizados a cobrar o imposto por lei estadual após a publicação de lei complementar, o que ainda não ocorreu.

A questão não é nova. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2011, já se manifestara pela inconstitucionalidade do dispositivo da lei do ITCMD paulista no ponto que regula o assunto, entendendo que a instituição da

cobrança desse imposto sobre doação ou transmissão causa mortis de bens e direitos localizados no exterior é de competência da União, não podendo, assim, o Estado, sem edição prévia de lei complementar, exigir o ITCMD de bens e direitos recebidos e localizados no exterior.

O Estado de São Paulo, à época, recorreu da decisão, por meio do Recurso Extraordinário nº 851.108/SP, alegando que, ante a omissão do legislador nacional em editar a referida Lei Complementar, os Estados-membros poderiam fazer uso de sua competência legislativa plena assegurada pela própria Constituição Federal. Em razão da relevância da matéria e da possibilidade de efeito multiplicador de demandas judiciais, foi reconhecida a repercussão geral do tema em 2015. A Procuradoria-Geral da República (PGR) já se manifestou pela inconstitucionalidade da legislação estadual, entretanto, o recurso ainda aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF).

A Justiça Paulista, em decisões mais recentes tem suspenso a exigibilidade do ITCMD em relação aos bens recebidos por doação ou herança no exterior, entendendo, assim, que o dispositivo da lei paulista, que prevê a incidência do imposto sobre o recebimento de bens e direitos no exterior, é inconstitucional, sob os fundamentos citados acima.

Importante destacar que diversos Estados-membros possuem legislação similar que trata sobre a incidência do ITCMD sobre a transmissão de bens e direitos recebidos no exterior, e os mesmos argumentos contrários à cobrança se aplicam a todos os Estados.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Ana Carolina Moreira Garcia e Roberta Borges de Aquino.

# 84 | TRIBUTÁRIO PORTUGAL

---

7

**ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS EM PORTUGAL  
COM IMPACTO NA JUSTIÇA FISCAL**

---

## 01. ■

## Alterações Legislativas em Portugal com impacto na Justiça Fiscal

---

Num tempo em que o tema exclusivo era o Orçamento do Estado Português para o ano 2019 e o deficit de medidas que a proposta apresentava para as empresas e para o reforço da economia, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 81/2018, de 15 de outubro, com fundamento numa preocupação que como advogados temos há muito, a par de qualquer empresa que pretenda investir em Portugal e, desde logo, das empresas portuguesas – a morosidade da justiça administrativa e fiscal.

Para o aumento das pendências tem contribuído bastante a Autoridade Tributária e Aduaneira, ao manter contencioso fiscal em casos de evidente falta de sustentação legal das suas posições, não se abstendo de recorrer até à última instância, com todos os encargos que isso acarreta, quer para o contribuinte visado, quer para os contribuintes em geral, já que as taxas de justiça nos casos de decaimento da Autoridade Tributária e Aduaneira são suportadas pelo erário público. Ora, como refere e bem o legislador no preâmbulo da norma “a morosidade no funcionamento dos tribunais administrativos e fiscais obsta à realização plena da Justiça e tem também um impacto significativo na vida dos cidadãos e das empresas, afetando de forma determinante a competitividade da economia”. Assim, aplaudimos a medida, que comporta duas vertentes.

A primeira consiste na criação de equipas de juízes para a recuperação dos processos mais antigos (anteriores a 31 de dezembro de 2012), que estejam pendentes de decisão.

A segunda compreende a implementação de medidas acessórias de caráter extraordinário para a recuperação de pendências nos Tribunais Administrativos e Fiscais, designadamente:

1) A obrigação de a Autoridade Tributária e Aduaneira revogar ou rever, até ao final de 2019, os actos tributários ou administrativos que sejam objeto de um

processo pendente, quando haja alteração do entendimento administrativo em sentido favorável ao sujeito passivo ou jurisprudência reiteradamente em sentido favorável ao contribuinte;

2) A possibilidade de os contribuintes transferirem os processos de impugnação judicial instaurados, até 31 de dezembro de 2016, para os tribunais arbitrais em matéria tributária (com recurso à arbitragem tributária institucionalizada do Centro de Arbitragem Administrativa), com dispensa de pagamento de custas processuais no Tribunal Judicial de onde transitam;

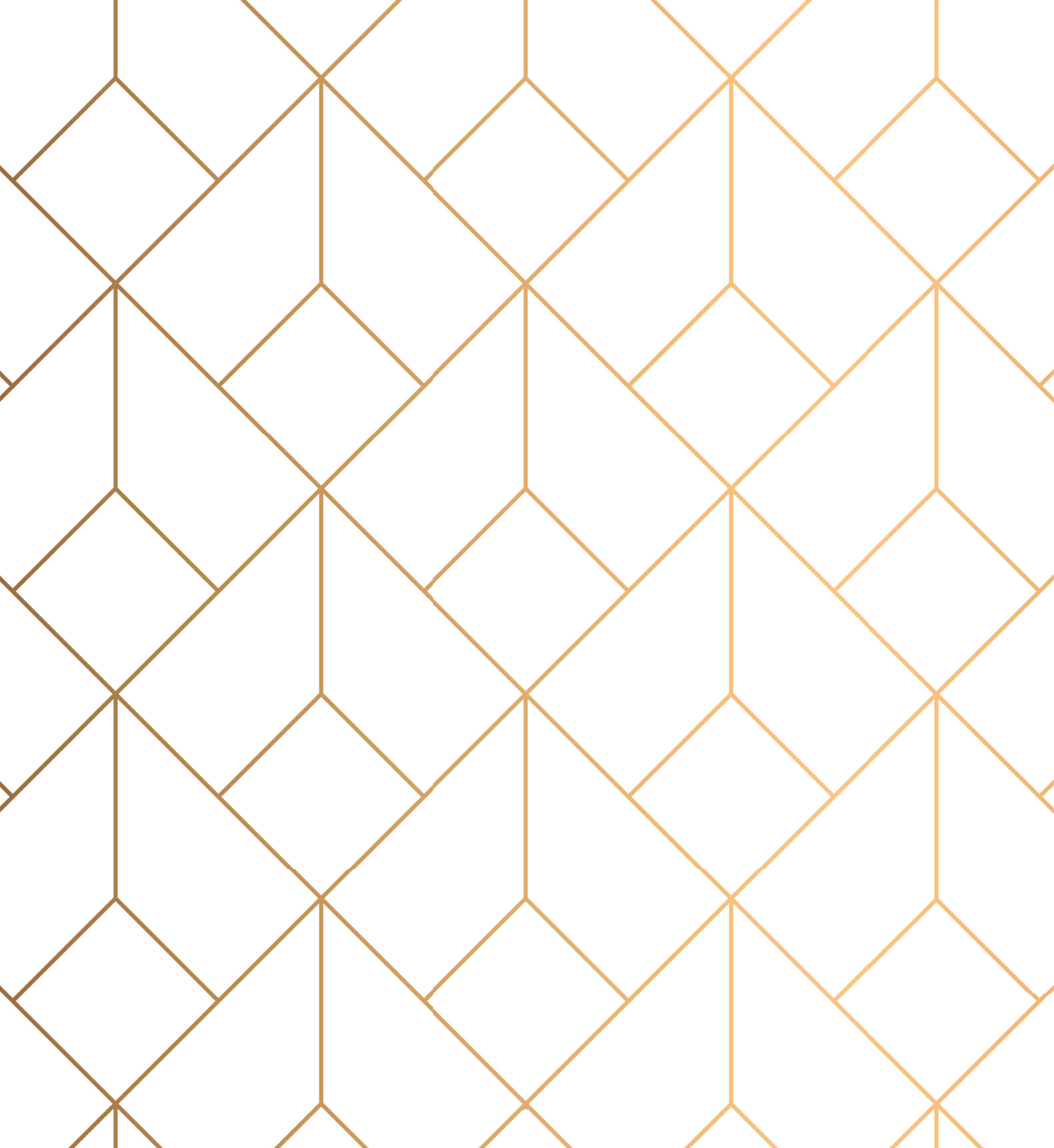
3) A isenção de custas processuais pela desistência de pedidos, até ao final de 2019, nos processos pendentes.

Foram estas as medidas de justiça tributária com maior relevo no ano de 2018, pois servem os fins de realização da justiça em prazo razoável e de diminuição dos custos no acesso à justiça, que obviamente aplaudimos.

---

## PROFISSIONAIS RELACIONADOS

Susana Soutelinho.



ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

25  
A N O S

SÃO PAULO | RIO DE JANEIRO | BELO HORIZONTE  
BRASÍLIA | CURITIBA | DÜSSELDORF | LISBOA | NOVA YORK