

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Destaques desta edição

Mercado de Capitais

Publicado o Relatório da Atividade Sancionadora de 2017 da Comissão de Valores Mobiliários	01
CVM abre audiência pública para alterar normas sobre multas cominatórias e recursos ao Colegiado	03
CVM revê entendimento sobre critérios caracterizadores de Crédito Imobiliário para fins de emissão de CRI	06
CVM divulga Ofício-Circular CVM/SP nº 02/2018, com orientações para companhias abertas	12

Previdenciário

EFPC: Resolução CNPC 27/2017 institui auditoria externa e comitê de auditoria	15
CRPC acolhe entendimento sobre preclusão administrativa em processos fiscalizadores	19
CRPC condena Membros do Conselho Fiscal de EFPC	21
Previdência Complementar Fechada: STJ decide pela possibilidade de inclusão de beneficiário posteriormente à morte de participante	22
PREVIC celebra novo Acordo de Cooperação Técnica com a CVM	24
PREVIC e TCU assinam Acordo de Cooperação Técnica	26

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues **Advogados**

Destaques desta edição

Tributário

Dividendos desproporcionais: Decisão interessante da Câmara Superior de Recursos Fiscais	28
Editada Instrução Normativa (1.801/2018) que extingue a Declaração sobre Utilização dos Recursos em Moeda Estrangeira Decorrente do Recebimento de Exportações (DEREX) e dispõe sobre limites para alíquota zero de PIS/COFINS nas variações cambiais decorrentes de recursos de exportação mantidos no exterior	34
Câmara Superior de Recursos Fiscais mantém incidência de contribuições previdenciárias sobre planos de opção de compra de ações (stock option plans)	36
Concedida liminar para suspender os efeitos do Decreto Estadual nº 63.099, de 22 de dezembro de 2017, editado com base no Convênio ICMS nº 106/2017 e que trata da incidência de ICMS sobre bens digitais	38
STF suspende a eficácia do art. 1º da LC 157/16, que alterou o local de incidência do ISS para determinados itens da Lista Anexa à Lcp 116/03	41
Tribunais analisam voto de qualidade proferido em Processos Administrativos Fiscais	43

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Destaques desta edição

Trabalhista

TST: Publicação via Diário de Justiça prevalece sobre intimação eletrônica 46

Energia

Consulta Pública sobre tarifas residenciais 48

Leilões para compra de energia no ambiente regulado de 2018 49

Tarifa Branca 50

Notícia

Maria Isabel Bocater concede entrevista à Revista RI 51

Conselho Nacional de Previdência Complementar: Novas resoluções. 52

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Mercado de Capitais

Publicado o Relatório da Atividade Sancionadora de 2017 da Comissão de Valores Mobiliários

Maria Isabel Bocater*
Millena Almeida Aranha de Castro**
Lucca Miguez Galatro de Almeida***

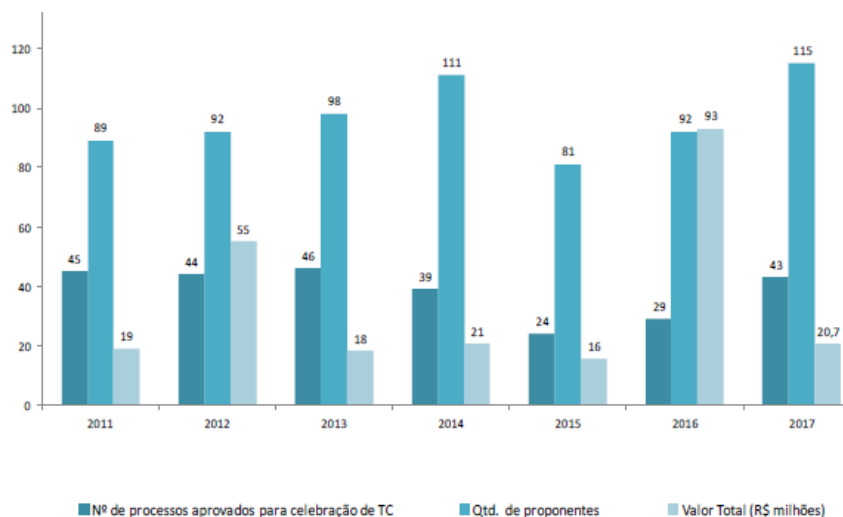
Em 28.03.2018, foi publicado o Relatório da Atividade Sancionadora de 2017 da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), com intuito de oferecer maior transparência e informação ao público. O Escritório Bocater, em linha com o entendimento da Autarquia, acredita que a consolidação dos dados sobre a atuação da CVM relacionada à supervisão, apuração e fiscalização de eventuais ilícitos no mercado de valores mobiliários é de suma importância para a manutenção da confiança, da integridade e do desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro.

Além disso, essa consolidação permitiu a elaboração de um conjunto de indicadores de produtividade, que tem por objetivo a conclusão dos processos com base nos parâmetros de quantidade e antiguidade.

De acordo com o apurado no Relatório da atividade sancionadora de 2017, foi aprovada a celebração de Termos de Compromisso por 115 proponentes, culminando no encerramento de 43 processos administrativos sancionadores e totalizando R\$ 20,7milhões.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados



Outro ponto que merece destaque e já observado por Maria Isabel Bocater em sua entrevista à Revista “Relações com Investidor” de março de 2018 é o movimento da CVM com maior foco no combate ao *insider trading* desde 2015. Nesse sentido, apurou-se que, em 2017, foram encaminhados 45 (quarenta e cinco) ofícios aos Ministérios Públicos nos Estados e 76 (setenta e seis) ofícios ao MPF envolvendo indícios dos crimes que podem acarretar em ações públicas¹, identificados tanto em procedimentos administrativos sancionadores como no curso da atuação geral da Autarquia.

A tabela abaixo estabelece a quantidade de comunicações de indícios de crimes ao Ministério Público a partir de 2014, demonstrando uma maior atuação da Autarquia no combate ao *Insider Trading* e crimes relacionados.

¹ Dentre os crimes comunicados estão aqueles tipificados na Lei nº 6.385/76, quais sejam a manipulação de mercado (art. 27-C), o *insider trading* (art. 27-D) e o exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função (art. 27-E), bem como a oferta pública de valores mobiliários sem registro na CVM (art. 7º, II, da Lei nº 7.492/86), crimes contra a economia popular (esquemas de pirâmide) e o estelionato (art. 171 do Código Penal).

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Ano	MPE	MPF	Total
2017	45	76	121
2016	39	54	93
2015	30	46	76
2014	12	27	39

Por fim, em relação aos processos administrativos sancionadores em estoque no Colegiado da Autarquia, no ano de 2017, foram julgados 45 processos de rito ordinário. Adicionalmente, foram julgados pelo Colegiado da CVM 6 processos de rito simplificado. No referido período havia o total de 183 processos administrativos sancionadores a serem julgados. Importante frisar que o rito simplificado foi adotado a partir da Deliberação CVM nº 775, de 10.07.2017 e, por isso, não possui representação expressiva no quadro abaixo.

Processos Administrativos Sancionadores em Estoque no Colegiado								
Ao fim de:	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
PAS de Rito Ordinário	46	54	68	65	87	109	145	174
<i>Julgados</i>	45	24	25	56	41	55	65 ⁽¹⁾	45
<i>Arquivados por Termo de Compromisso</i>	20	20	21	32	13	23	13	19
PAS de Rito Simplificado ⁽²⁾								9
<i>Julgados</i>								6
<i>Arquivados por Termo de Compromisso</i>								0

*Maria Isabel Bocater é sócia sênior de Bocater Advogados (isabel@bocater.com.br).

**Millena Almeida Aranha de Castro é advogada de Bocater Advogados (mcastro@bocater.com.br).

***Lucca Miguez Galatro de Almeida é estagiário de Bocater Advogados (lameida@bocater.com.br).

CVM abre audiência pública para alterar normas sobre multas cominatórias e recursos ao Colegiado

Luiza Rangel de Moraes*

Julia Maria Rajão Filgueiras**

A Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), visando à atualização e aperfeiçoamento do regime de multas cominatórias e no procedimento de recurso ao Colegiado de decisões emitidas pelos Superintendentes, coloca

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

em audiência pública propostas para revisão das atuais Instruções 452, 555 e 463.

As minutas apresentadas propõem (i) a revogação da Instrução CVM 452 e estabelecimento de nova regulação sobre a aplicação de multas cominatórias (Minuta A ou 'Nova 452'); (ii) alterações na Instrução CVM 555 e em outras normas que tratam do tema (Minuta B); e (iii) mudanças no procedimento de recurso ao Colegiado de decisões emitidas pelos superintendentes da Autarquia, conforme previsto na Deliberação CVM 463 (Minuta C).

A reformulação da Instrução 452 teve por objetivo consolidar todas as normas aplicáveis às multas cominatórias e adaptá-las aos novos limites fixados na recém editada Lei 13.506/17, abrangendo as multas ordinárias e extraordinárias a serem aplicadas pela CVM, nos casos de falta de prestação de informações, sejam as periódicas, ou as determinadas em outras normas regulamentares, ou, ainda, que decorram de descumprimento de ordens específicas emitidas pela Autarquia.

Segundo a Superintendente de Desenvolvimento de Mercado da CVM, a alteração desta Instrução busca *aumentar a eficiência no uso dos recursos da CVM utilizados no processo de acompanhamento da entrega de informações e de aplicação de multas*².

Dentre as propostas constantes da nova Instrução 452 estão:

(a) a revisão dos valores aplicáveis às multas ordinárias, atribuindo penalidade em dobro para a falta de entrega, nos prazos previstos, de demonstrações contábeis auditadas; no caso de fundos de

² <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2018/20180403-1.html>. Consultado em 03.04.2018.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- investimento, e do formulário de referência, demonstrações financeiras, formulário de demonstrações financeiras padronizadas (DFP) e formulário de informações trimestrais (ITR), no caso de emissores de valores mobiliários;
- (b) a revisão dos valores aplicáveis às multas extraordinárias, e regulamentação dos limites máximos e dos critérios que serão levados em conta pelo Colegiado para a fixação da multa extraordinária prevista nas Deliberações emitidas pela CVM para prevenir ou corrigir situações anormais de mercado;
 - (c) a alteração do procedimento de alerta sobre o prazo de entrega das informações periódicas, que passa a se dar por meio da divulgação, no site da CVM, de um calendário anual consolidando as datas limite de entrega de informações, que será ainda mensalmente enviado aos participantes do mercado;
 - (d) a definição de normas próprias para o pedido de reconsideração do Colegiado no âmbito de recursos contra a aplicação de multa cominatória; Fim da previsão de multa por atraso na entrega do informe diário pelos fundos de investimento; e
 - (e) a previsão de negação de pedido de registro de novo fundo de investimento para administradores que estejam, em outros fundos geridos por ele, em atraso há mais de 30 dias na entrega de informações periódicas previstas na regulação.

A terceira minuta posta à discussão trata de mudanças no procedimento de recurso ao Colegiado, previsto na ICVM 463 e as principais alterações propostas consistem em:

- (a) aumento do prazo de 10 para 15 dias úteis para que as áreas técnicas apreciem o pedido de recurso;
- (b) delimitação, de forma mais clara e objetiva, das situações em que o Colegiado apreciará pedidos de reconsideração das decisões

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- proferidas no âmbito de recursos em decisões das Superintendências, contemplando as alegações de existência de omissão, obscuridade, contradição, ou erro material ou de fato na decisão; e
- (c) previsão de que o pedido de reconsideração não será conhecido caso:
- (i) seja intempestivo;
 - (ii) seja formulado por pessoa não autorizada pela norma;
 - (iii) não apresente fato novo que ampare a reavaliação da matéria em outro contexto ou seja formulado sem a devida demonstração do enquadramento nas hipóteses admitidas na norma.

As alterações normativas propostas pela CVM trazem profunda modificação às normas vigentes e devem merecer cuidadoso estudo e reflexão, por todos os participantes do mercado, para o encaminhamento de comentários e sugestões até o dia 3 de maio próximo.

Espera-se que o debate construtivo dos temas suscitados nas propostas normativas da CVM venha a contribuir para o aprimoramento da regulamentação das matérias em tela, de modo a trazer efetivo aperfeiçoamento ao desenvolvimento do mercado de valores mobiliários.

*Luiza Rangel de Moraes é sócia de Bocater Advogados (lrangel@bocater.com.br).

**Julia Maria Rajão Filgueiras é estagiária de Bocater Advogados (jfilgueiras@bocater.com.br).

CVM revê entendimento sobre critérios caracterizadores de Crédito Imobiliário para fins de emissão de CRI

Matheus Corredato Rossi*
Flavia Cristina Biagiotti da Silveira**
Isabela de Andrade Pereira***

No início deste ano, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) proferiu no âmbito de pedido de registro da oferta pública de distribuição de Certificados de Créditos Imobiliários (“CRIs”) (Processo SEI nº 19957.008927/2017-73), decisão firmando entendimento inédito a

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

respeito dos critérios caracterizadores de crédito imobiliário apto a lastrear emissão de CRI, qual seja, admitir, por decisão da maioria de seus membros, que os “Instrumentos Particulares de Empréstimo com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia” podem lastrear emissões de CRI.

Referida decisão decorre de recurso interposto por participante que questiona exigência formulada pela SRE no sentido de excluir “Instrumentos Particulares de Empréstimo com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia” dos créditos que serviriam de lastro para a referida emissão, em vista das exigências feitas pela área técnica da autarquia no pedido de registro da oferta pública de distribuição de CRI.

Em suas razões recursais, o participante ressalta que a manifestação da CVM a respeito da definição de crédito imobiliário se evidencia necessária em prol da segurança jurídica do mercado imobiliário e de capitais. Argumenta que *“(...) o crédito com lastro em Contratos de Refinanciamento é um produto que tem a finalidade precípua de viabilizar crédito mais barato ao jurisdicionado, que atende às regras do disposto na Lei nº 9.514/97 e ainda, é definido pelo CMN e pelo BACEN como crédito imobiliário (...)”*.

A SRE destaca que a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 (“Lei 9.514/1997”) não define crédito imobiliário, de forma que a CVM vem construindo o entendimento sobre esse tema caso a caso, por meio de apreciação de seu Colegiado. Ainda, reforçou que a possibilidade de emissão de CRI lastreado em empréstimos garantidos por alienação fiduciária de imóveis não havia sido apreciada pelo Colegiado até o referido momento.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Entre os argumentos trazidos pela área técnica, ressalta-se o argumento de que os créditos em questão não se enquadrariam no conceito de crédito imobiliário seja em sua origem, seja em sua destinação. E, em comparação a produtos como Letra de Crédito Imobiliário (“LCI”) e Letra Imobiliária Garantida (“LIG”), o CRI apresenta características distintas, merecendo interpretação diferenciada quanto às possibilidades de lastro para sua emissão.

Assim sendo, a área técnica manifestou-se no sentido de que “a oferta só possa ser registrada após a exclusão dos “Instrumentos Particulares de Empréstimo com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia” entre seus lastros, tendo em vista que, em nosso entendimento, tais Instrumentos não podem ser considerados créditos imobiliários para fins de lastro de CRI, nem na origem, tampouco na sua destinação, pois os mesmos não proveem da exploração ou do financiamento do imóvel, além de não haver qualquer previsão de direcionamento dos recursos a serem captados por meio da oferta a imóveis previamente identificados”.

Entretanto, parte dos membros do Colegiado divergiram do entendimento da área técnica, votando a favor do provimento do Recurso. Entendeu-se que “o empréstimo a pessoa natural com pacto adjetivo de alienação fiduciária de imóvel em garantia constitui crédito imobiliário na sua origem, uma vez que o proprietário tira proveito econômico do seu imóvel, mediante a outorga da garantia real, para obter recursos a custos reduzidos”. Além disso, pode-se verificar que o valor de alienação do imóvel à satisfação do crédito, visto que o credor tem a segurança de receber a prestação devida a partir do produto obtido com a execução da garantia, em caso de inadimplemento, nessa modalidade de mútuo.

No caso em tela, a pertinência desse empréstimo com o mercado imobiliário é evidenciada pelo fato de o originador ser companhia

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

hipotecária, integrante do Sistema Financeiro Imobiliário (artigo 2º da Lei nº 9.514/1997) e do Sistema Financeiro Habitacional (artigo 8º, VI da Lei nº 4.380/1964), que tem por objeto típico a concessão de empréstimos e financiamentos garantidos por hipoteca ou alienação fiduciária de bens imóveis (artigo 3º, II da Resolução CMN nº 2.122/1994). Desta forma, ao se permitir que o mútuo sirva de lastro para a emissão do CRI, existe contribuição para expansão das atividades desempenhadas por esse participante do mercado imobiliário.

Ainda, ressalta-se que a admissão dessa modalidade de empréstimo como lastro de CRI se mostra consentânea com o entendimento que vem sendo adotado pelo Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional a respeito da qualificação do crédito imobiliário, como se vê da Circular BACEN nº 3.614/2012, relativa à LCI, e da Resolução CMN nº 4.598/2017, que regulamentou a LIG. Portanto, conclui-se que a interpretação sobre o conceito de crédito imobiliário promove a coerência regulatória entre os diferentes instrumentos de captação de recursos utilizados no âmbito do mercado imobiliário.

O voto vencedor destacou ainda que a análise técnica da SRE não identificou riscos aos investidores ou ao bom funcionamento do mercado de valores mobiliários que poderia advir da qualificação desse crédito como lastro de CRI. Ao contrário, o fato de ser um empréstimo dotado de garantia fiduciária imobiliária, concedido por instituição integrante do sistema financeiro segundo a regulamentação do Banco Central do Brasil, é um fator que tende a atenuar o risco assumido pelo adquirente do CRI. No mesmo sentido, o fato de o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional aceitarem esse tipo de lastro para a LCI e a LIG constitui, sob o aspecto regulatório, outra evidência da adequação material dessa interpretação.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Por fim, foi ressaltada a importância da CVM continuar desenvolvendo estudos sobre a extensão do conceito de crédito imobiliário e suas eventuais repercussões no funcionamento e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários.

Por outro lado, parte dos membros do colegiado acompanhou o entendimento da área técnica, votando pelo não provimento do Recurso, uma vez que entende que a aceitação de “Instrumentos Particulares de Empréstimo com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia” como créditos imobiliários passíveis de lastrear CRIs não encontra respaldo jurídico, nos termos das disposições contidas da Lei nº 9.514/1997, a qual não define créditos imobiliários.

De acordo com o voto vencido, tais contratos de empréstimo não se enquadrariam nos conceitos de crédito imobiliário pela origem ou pela destinação construídos nas decisões do Colegiado da CVM, e desta forma, não sendo certa sua utilização para a finalidade de financiamento imobiliário preceituada pela Lei nº 9.514/1997. Nesse sentido, estaria correto o entendimento da SRE de que além do fluxo de pagamento de uma operação de securitização com lastro em mútuos não ter origem na exploração ou financiamento de imóveis, a destinação de tais recursos também não estaria vinculada a nenhuma atividade relacionada ao setor imobiliário, e desta forma, a destinação dos empréstimos analisados seria livre. Portanto, o fato de existir uma garantia de natureza imobiliária não transforma a natureza do crédito em si, considerando inclusive o caráter acessório e substituível da garantia. Ainda, pontuam que a Lei nº 9.514/1997 dispõe que o crédito, e não apenas sua garantia, tem que estar vinculado a imóveis.

Quanto ao argumento de que os conceitos de crédito imobiliário previstos nas normas relativas a outros produtos bancários, quais sejam, a LIG e a

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

LCI, incluem empréstimos garantidos por alienação fiduciária de bens imóveis, em linha com o posicionamento da área técnica, salientou-se que se trata de instrumentos de natureza e com especificidades diversas. Exemplificando, mencionam que a composição da carteira de ativos que lastreia LIGs seria mais flexível, podendo ser composta por até 20% de títulos públicos, e que, enquanto CRIs são emitidos por companhias securitizadoras, LCIs e LIGs somente podem ser ofertadas por entidades autorizadas a operar do Sistema de Financiamento Imobiliário, de modo que estes títulos atingiriam naturalmente o objetivo legal de financiamento imobiliário.

Embora a flexibilização da interpretação do conceito poderia admitir uma expansão das possibilidades de financiamento via mercado de capitais, operação atualmente disponível apenas por meio de financiamento bancário, ressaltou-se no voto vencido que a ampliação pretendida somente deveria ser realizada por meio de regulação, uma vez que todos os aspectos envolvidos deveriam ser ponderados de forma mais sistemática.

Em resumo, o Colegiado decidiu, por maioria, divergindo do entendimento da área técnica, prover o Recurso a fim de admitir que os “Instrumentos Particulares de Empréstimo com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia” sirvam de lastro para o CRI. Referida decisão, associada a outras decisões recentes emitidas pela CVM, modificaram entendimentos até então mais restritivos, e certamente funcionarão como catalisadores para novas emissões de CRI e para o consequente desenvolvimento do mercado de securitização imobiliária em 2018.

*Matheus Corredato Rossi é sócio de Bocater Advogados (mrossi@bocater.com.br).

**Flavia Cristina Biagiotti da Silveira é advogada de Bocater Advogados (fbiagiotti@bocater.com.br).

***Isabela de Andrade Pereira é estagiária de Bocater Advogados (ipereira@bocater.com.br).

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

CVM divulga Ofício-Circular CVM/SP nº 02/2018, com orientações para companhias abertas

Matheus Corredato Rossi*
Flavia Cristina Biagiotti da Silveira**
Isabela de Andrade Pereira***

A Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), divulgou no dia 28 de fevereiro de 2018, o Ofício-Circular CVM/SEP nº 02/2018 (“Ofício Circular”).

O Ofício Circular, atualizado anualmente, é destinado a orientar os emissores de valores mobiliários sobre os procedimentos a serem observados no envio de informações periódicas e eventuais à CVM, incluindo a consolidação das orientações sobre interpretações mais recentes do Colegiado da CVM e da SEP, envolvendo aspectos relevantes da legislação e regulamentação.

Destacamos abaixo as principais inovações contidas no Ofício Circular: **(i)** alterações nos procedimentos de voto a distância (item 7.1.6); **(ii)** alterações recentes no Formulário de Referência (item 3.3.2 e Capítulo 10); **(iii)** orientações sobre o novo Informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas (item 3.3.6); **(iv)** orientações sobre contratos de indenidade (itens 3.4.2.a, 10.2.12.i e 10.2.13.k); **(v)** remuneração de administradores; **(vi)** informações sobre demonstrações financeiras; e **(vii)** novos julgados da CVM sobre conflitos de interesse.

Dentre os pontos mencionados acima, destacamos os mais relevantes:

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- **Informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas**

Este documento deverá ser entregue pelas companhias abertas registradas na Categoria A em até 7 (sete) meses contados da data de encerramento do exercício social, com indicação de que a CVM não avaliará a escolha dos emissores pela prática recomendada no Código, mas verificará se as informações prestadas no Informe são verdadeiras, completas, consistentes e se não induzem o investidor a erro. As companhias abertas estarão obrigadas a apresentar o informe a partir de: **(a)** 01º de janeiro de 2018, para os emissores cujas ações integrem o IBrX-100 ou o IBOVESPA; e **(b)** 01º de janeiro de 2019, para os demais emissores autorizados por entidade administradora de mercado à negociação de ações em bolsas de valores.

O formulário estruturado para preenchimento e entrega do informe do CBGC encontra-se em fase de elaboração. A SEP comunicará aos emissores quando de sua disponibilização.

- **Informações sobre Remuneração de Administradores**

No entendimento da SEP, o emissor deve comentar: **(a)** os motivos pelos quais os membros do seu Conselho de Administração recebem remunerações distintas; e **(b)** a razão para membros do Conselho de Administração receberem remunerações em valores incompatíveis.

Cumpra ressaltar também que a CVM tem dedicado especial atenção sobre a disciplina da remuneração de administradores, uma vez que vem identificando pagamentos irrazoáveis em relação à performance das companhias e em relação aos cargos ocupados, o que pode configurar eventual distribuição disfarçada de resultados.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- **Informações sobre Demonstrações Financeiras**

Nos termos do artigo 25, VIII da Instrução CVM nº 308, de 14 de maio de 1999 (recentemente alterada pela Instrução CVM nº 591, de 26 de outubro de 2017), os auditores independentes deverão comunicar os principais assuntos de auditorias nos relatórios de demonstrações financeiras de todas as entidades reguladas ou supervisionadas pela CVM, nos termos das normas profissionais de auditores independentes aprovadas pelo Conselho Federal de Contabilidade (“CFC”).

Por conta disso, e em razão de recente decisão do Colegiado da CVM, em reunião de 07.02.2017, a SEP recomenda que todas as companhias abertas, estrangeiras e incentivadas registradas na CVM devem apresentar suas demonstrações financeiras individuais e consolidadas, com data base posterior à vigência da ICVM nº 591/2017, acompanhadas de relatório de auditoria independente contendo a seção relativa aos principais assuntos de auditoria.

- **Novos julgados da CVM sobre conflitos de interesse**

Em julgamento recente, o Colegiado da CVM, entendeu que o acionista-administrador encontra-se proibido de votar acerca da propositura de ação de responsabilidade contra si próprio. Nos termos de tal decisão, o impedimento não é afastado pelo fato do acusado ter renunciado ao cargo antes da realização da Assembleia Geral, pois os fundamentos para a propositura da ação de responsabilidade civil seriam fatos ocorridos durante o mandato do administrador.

Por outro lado, o Colegiado da CVM firmou entendimento de que o impedimento em questão não alcança a propositura de ação de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

responsabilidade contra outro administrador, ainda que eleito com votos favoráveis ou mesmo indicado pelo acionista-administrador.

O Ofício-Circular está disponível para consulta no *website* da CVM.

*Matheus Corredato Rossi é sócio de Bocater Advogados (mrossi@bocater.com.br).

**Flavia Cristina Biagiotti da Silveira é advogada de Bocater Advogados (fbiagiotti@bocater.com.br).

***Isabela de Andrade Pereira é estagiária de Bocater Advogados (ipereira@bocater.com.br).

Previdenciário

EFPC: Resolução CNPC 27/2017 institui auditoria externa e comitê de auditoria

Flavio Martins Rodrigues*
Matheus Corredato Rossi**
Bruno Zanardi***

No último dia 03.04.2018, foi publicada a Resolução nº 27 do Conselho Nacional de Previdência Complementar-CNPC (“Resolução CNPC 27/2017”), dispondo sobre a prestação de serviços de auditoria independente para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar (“EFPC”), bem como tornando obrigatória a constituição do órgão Comitê de Auditoria para algumas entidades fechadas. Há vários comandos novos para a rotina das EFPC, contudo essa nossa primeira análise traz alguns pontos que entendemos mais relevantes.

Até então, o trabalho da auditoria externa concentrava-se na verificação das informações da EFPC e emissão do relatório sobre as demonstrações contábeis. A partir de agora, o art. 13 da Resolução CNPC 27/2017 determina que a auditoria externa deverá também emitir relatório circunstanciado sobre as deficiências identificadas no curso dos trabalhos de auditoria e a adequação dos controles internos aos riscos suportados pela entidade, bem como recomendações destinadas a sanar essas deficiências. O referido relatório deverá conter ainda os comentários e plano de ação elaborados pela EFPC para solucionar as inadequações

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

apontadas, bem como os prazos para o cumprimento das ações propostas.

Adicionalmente, em relação a algumas EFPC, a auditoria externa deverá emitir também o relatório com o específico propósito de avaliar a adequação dos controles internos aos riscos suportados, bem como a governança da EFPC, de acordo com as orientações a serem expedidas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC (art. 13, III e § 2º).

Vale destacar que o Manual de Melhores Práticas Contábeis, elaborado pela PREVIC, já ressaltava a importância da contratação de auditoria independente e o maior grau de confiança a partir das informações devidamente auditadas. Por conseguinte, a nova norma segue na direção já antes indicada.

A Resolução CNPC 27 estabeleceu a obrigatória instituição de Comitê de Auditoria para algumas EFPC até o dia 31 de dezembro deste ano (art. 8º). Conforme estabelece o novo normativo, esse colegiado deverá ser composto por no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) integrantes, com mandato de 3 (três) anos, devendo os critérios para nomeação estar dispostos em regulamento próprio aprovado pelo Conselho Deliberativo. Ressalta-se que, pelo menos, um dos membros do Comitê deverá possuir comprovado conhecimento nas áreas de contabilidade e auditoria contábil de EFPC (art. 9º).

O Comitê de Auditoria será responsável por recomendar a empresa de auditoria independente a ser contratada pela EFPC, avaliar a aceitação das recomendações feitas (tanto pelos auditores internos como externos independentes), bem como a efetividade das auditorias realizadas. Incumbe ainda ao Comitê reunir-se com a Diretoria Executiva, o Conselho

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Fiscal, o Conselho Deliberativo e os auditores contratados para verificar o cumprimento das recomendações e discutir sobre práticas, procedimentos e correção ou aprimoramento de políticas identificadas no âmbito de suas respectivas atribuições (art. 11).

O Comitê de Auditoria revisará as demonstrações contábeis do exercício (art. 11, III) e deverá avaliar e monitorar os processos, sistemas e controles implementados pela administração para a recepção e tratamento de informações acerca do descumprimento pela EFPC de dispositivos legais e normativos a ela aplicáveis, além de seus regulamentos e códigos internos, assegurando-se que prevejam efetivos mecanismos para proteção do prestador da informação e da sua confidencialidade (art. 11, VI).

Em resumo, o Comitê de Auditoria atuará como estrutura técnica de apoio ao Conselho Deliberativo na melhoria da gestão e apresentação de informações da EFPC e de seus planos de benefícios. Haverá a ampliação da gestão de riscos, seguindo-se na linha da Gestão Baseada em Riscos, mitigando-se os riscos de problemas de governança, tais como fraudes contábeis.

As atribuições do Comitê de Auditoria não devem ser confundidas com as funções do Conselho Fiscal, o qual possui o dever, entre outras responsabilidades, de: **(i)** fiscalizar as atividades dos administradores; **(ii)** supervisionar a execução das políticas do Conselho Deliberativo; e **(iii)** executar o controle interno da EFPC. Portanto, os referidos órgãos possuem atribuições que devem ser distinguidas, atuando de forma harmônica para aprimorar a gestão da EFPC.

Há a novidade do “*whistleblower*”, que pode ser definido como um agente privado a quem a norma legal impõe o dever de informar ao órgão de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

supervisão estatal sobre atividades irregulares. Por exemplo, algumas normas da *Securities and Exchange Commission-SEC* (a Comissão de Valores Mobiliários dos EUA) trazem essa figura jurídica e a protegem contra perseguições. Talvez, esta proteção seja um elemento a constar nas regras internas do Comitê, a serem fixadas pelo Conselho Deliberativo.

Neste sentido, o art. 17 da Resolução determina que “o diretor responsável pela contabilidade, o auditor independente e o Comitê de Auditoria devem, individualmente ou em conjunto, no prazo de até 10 (dez) dias úteis contados do conhecimento do fato, comunicar formalmente à PREVIC a existência de: (I) inobservância de normas legais e regulamentares que coloquem em risco a continuidade das EFPC e dos planos de benefícios (...); (II) fraudes de qualquer valor (...); (III) fraudes relevantes perpetradas por funcionários das EFPC ou por terceiros; e (IV) erros que resultem em incorreções relevantes nas demonstrações contábeis das EFPC” (grifou-se).

As novas regras da Resolução CNPC 27/2017 convergem com as normas já existentes no âmbito das instituições financeiras, seguradoras e resseguradas, conforme previstas na Resolução CMN 3.198 de 25 de maio de 2004, e na Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados (“CNSP”) nº 321 de 20 de julho de 2015, respectivamente. Destaque-se ainda que tais normas foram inspiradas na lei americana “*Sabarnes Oxley*” de 2002, a qual, após inúmeras fraudes contábeis atingirem grandes corporações, passou a determinar maior responsabilidade aos auditores contratados e a implantação de Comitê de Auditoria como boa prática de Governança Corporativa. A nosso ver, a Resolução CNPC 27/2017 nitidamente busca a valorização das melhores práticas de governança no âmbito das EFPC.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Por fim, nos parece que as regras jurídicas devem ter aderência ao tempo em que são expedidas. O passado recente indica que é preciso maiores cuidados com a governança das entidades fechadas, sobretudo aquelas que possuem maior exposição a riscos (por exemplo, que administram grandes planos de benefício definido ou podem ser objeto de interferência política). Mais adiante, será necessário que a regulação das EFPC revise o regime de imposição de práticas de governança destas entidades privadas, buscando-se sempre um “patamar ideal para o momento”. A edição de normas pelo CNPC é o *locus* adequado para essa aferição.

*Flavio Martins Rodrigues é sócio sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br).

**Matheus Corredato Rossi é sócio de Bocater Advogados (mrossi@bocater.com.br).

***Bruno Zanardi é advogado de Bocater Advogados (bzanardi@bocater.com.br).

CRPC acolhe entendimento sobre preclusão administrativa em processos fiscalizadores

Flavio Martins Rodrigues*

Armando Adurens**

Larissa Vieira Bosco***

O nosso Escritório faz um constante acompanhamento dos normativos e decisões relevantes para o Regime Fechado de Previdência Complementar, inclusive das decisões proferidas pela Câmara de Recursos da Previdência Complementar-CRPC. A Câmara é o órgão responsável por julgar, em segunda instância, os processos administrativos de apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito de atividade das entidades fechadas de previdência complementar (“EFPC”), portanto constrói a jurisprudência administrativa a ser seguida pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC, pelas entidades fechadas e seus administradores.

A primeira reunião do ano de 2018 da CRPC (76ª Reunião Ordinária, realizada em 28.02.2018) enfrentou um tema bastante relevante: a preclusão administrativa. A discussão se deu em torno da possibilidade de,

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

após um processo de fiscalização sobre determinado investimento encerrado sem apontamentos negativos, os agentes da Diretoria de Fiscalização da PREVIC voltarem a analisar o mesmo investimento e decidirem pela lavratura de um auto de infração.

No caso de dois recursos julgados em 28.02.2018, houve o acolhimento, por maioria, da preliminar de preclusão administrativa. É interessante notar que, embora os referidos autos de infração tratem de distintos investimentos, o acolhimento da preliminar se liga a uma condução similar da fiscalização da PREVIC que, em um primeiro momento havia analisado os aludidos investimentos, apontando a inexistência de irregularidades e concluindo pelo encerramento da ação fiscal. E, posteriormente, lavrou dois autos de infração sobre esses mesmos investimentos.

O Conselheiro Ricardo Só de Castro, que redigiu os votos vencedores nas duas situações, apontou que não ficou demonstrada a motivação para a alteração de entendimento da Fiscalização da PREVIC.

A aplicação de autos de infração sobre as decisões de investimento após prévia fiscalização sem apontamentos negativos, segundo o entendimento do Conselheiro, fere o art. 2º (indicação dos pressupostos de fato e de direito, que determinam a decisão) e o art. 50, VIII e §1º (necessidade de explícita revogação da decisão anterior), ambos da Lei 9.784/1999.

Dessa maneira, prestigiando o Princípio da Segurança Jurídica dos administrados, os dois autos de infração foram anulados, vez que ausente a indicação de motivos para a revogação ou anulação dos atos anteriores da Fiscalização da PREVIC.

A nosso ver, o maior beneficiário dessas decisões é o Regime Fechado de Previdência Complementar, pois tende a indicar a necessidade do

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

aprimoramento constante dos procedimentos da fiscalização e traz o fortalecimento de um ambiente de maior segurança jurídica, tanto para a PREVIC como para os administrados.

*Flavio Martins Rodrigues é sócio sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br).

**Armando Adurens é advogado de Bocater Advogados (aadurens@bocater.com.br).

***Larissa Vieira Bosco é estagiária de Bocater Advogados (lbosco@bocater.com.br).

CRPC condena Membros do Conselho Fiscal de EFPC

Flavio Martins Rodrigues*
Armando Adurens**

Como referido em nosso artigo anterior, nosso Escritório faz, rotineiramente, a análise das decisões proferidas pela Câmara de Recursos da Previdência Complementar-CRPC.

Nesse contexto, destacamos o julgamento havido na 76ª Reunião Ordinária de 28.02.2018, que manteve a decisão da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC no sentido de responsabilizar os membros do Conselho Fiscal de entidade fechada de previdência complementar (“EFPC”).

O ponto central da decisão está no fato de o Conselho Fiscal não ter apontado o descumprimento de regra da entidade sobre a substituição de gestores externos de recursos financeiros, com desempenho insuficiente. No caso concreto, havia uma regra da EFPC, que determinava o resgate das cotas em fundos de investimentos em caso de resultados abaixo do esperado e aferido pela média do mercado.

O entendimento da PREVIC foi de que, caso tal norma tivesse sido observada (ou apontada a sua inobservância pelo Conselho Fiscal), teria

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

havido o resgate integral das cotas do fundo de investimento, evitando as perdas subsequentes.

A CRPC, ao enfrentar a questão, decidiu, por unanimidade, que a decisão recorrida deveria ser mantida, em face da conduta omissiva do colegiado fiscal.

Esse precedente merece atenção, pois não é comum a punição de membros de Conselho Fiscal. Esse julgamento fixa um novo paradigma, que poderá ser utilizado em situações semelhantes em outras EFPC.

*Flavio Martins Rodrigues é sócio sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br).

**Armando Adurens é advogado de Bocater Advogados (aadurens@bocater.com.br).

Previdência Complementar Fechada: STJ decide pela possibilidade de inclusão de beneficiário posteriormente à morte de participante

Flavio Martins Rodrigues*

Pedro Diniz da Silva Oliveira**

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) entendeu, por unanimidade, pela possibilidade de inclusão de companheira no rol de beneficiários de suplementação de pensão por morte em plano previdenciário administrado por entidade fechada de previdência complementar. O REsp nº 1.715.485/RN, publicado 06.03.2018, entendeu que essa inclusão é possível mesmo sem a prévia indicação em vida pelo participante do plano de benefícios.

Em síntese, a Autora pleiteava a sua inclusão no rol de beneficiários de plano fechado de previdência complementar (e a consequente concessão de pensão por morte) em razão do reconhecimento de sua situação de dependência pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

O Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva entendeu que “a *Previdência Complementar e a Previdência Social, apesar de serem autônomas entre si, pois possuem regimes distintos e normas intrínsecas, acabam por interagir reciprocamente, de modo que uma tende a influenciar a outra*”.

O Relator deu destaque para finalidade social do contrato previdenciário, que mesmo no ambiente privado de relações deve compor a solução de suas controvérsias, rememorando os julgamentos do REsp nº 844.522/MG, publicado em 16.04.2007³ e do REsp nº 1.026.981/RJ, publicado em 23.02.2010⁴.

O Ministro Relator decidiu que “*promover a inclusão da companheira, ao lado da ex-esposa, no rol de beneficiários da previdência privada, mesmo no caso de omissão do participante quando da inscrição no plano, aperfeiçoará o regime complementar fechado (...) em tais situações, é recomendável o rateio igualitário do benefício entre o ex-cônjuge e o companheiro do instituidor da pensão, visto que não há ordem de preferência entre eles*”.

A decisão nos parece estar em linha com os princípios basilares do Regime de Previdência Complementar, inclusive porque as vantagens tributárias exigem que os “*benefícios complementares [sejam] assemelhados aos da previdência social*” (art. 13, V da Lei 9.250/1995 para fins de apuração de imposto de renda das pessoas jurídicas, sendo que o art. 8º, I “e” c/c art. 33 da Lei 9.250/1995 traz regra no mesmo sentido para a pessoa física).

³ O STJ entendeu que “*a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares. Assim, incontroversa a união estável, como no caso, a companheira de participante de plano dessa natureza faz jus à pensão por morte, mesmo não estando expressamente inscrita no instrumento de adesão*”.

⁴ Neste caso, o STJ decidiu que “*comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante*”.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Todavia, a decisão pode trazer impactos atuariais, uma vez que a nova companheira pode ter um perfil etário mais jovem, por exemplo. Assim, à vista dessa decisão nos parece ser necessário revistar os regulamentos dos planos na modalidade de benefício definido, determinando um “capital”, que será distribuído entre os beneficiários indicados e outros eventualmente “reconhecidos” para evitar o desequilíbrio do plano de benefícios, cujas reservas pertencem a todos.

*Flavio Martins Rodrigues é sócio sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br).

**Pedro Diniz da Silva Oliveira é advogado de Bocater Advogados (poliveira@bocater.com.br).

PREVIC celebra novo Acordo de Cooperação Técnica com a CVM

Flavio Martins Rodrigues*

Andrea Corrêa**

Gabriel Leite***

A Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC e a Comissão de Valores Mobiliários-CVM celebraram, em 13.03.2018, novo Acordo de Cooperação Técnica (“Acordo”) em substituição ao texto vigente desde 23.11.2005.

O Acordo tem por objeto a cooperação dos órgãos nos seguintes termos:

- a) manifestação recíproca sobre novas normas, que tenham reflexo para o regime de previdência complementar (“RPC”), operado pelas EFPC ou para o mercado de capitais;
- b) intercâmbio e fornecimento recíproco de informações, desde que estejam envolvidos interesses de EFPC;
- c) cooperação nas ações de monitoramento e fiscalização, entre outras;
- d) realização conjunta de estudos e intercâmbio de informações;
- e) possibilidades de normas conjuntas de caráter procedimental;

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- f) intercâmbio relacionados à decretação de regimes especiais;
- g) cooperação que possam resultar em redução de custos regulatórios, administrativos ou operacionais.

Tomado como um todo, o texto se orienta para um reforço da atividade de fiscalização da atividade das EFPC, enquanto investidoras no mercado de valores mobiliários, e agentes do mercado de capitais. Segundo o disposto na Cláusula Primeira, o objeto seria a busca da racionalização de processos e procedimentos e exigência de informações, que possam resultar em redução de custos regulatórios, o que é medida salutar.

Sob o ponto de vista de sua operacionalização, a governança será exercida por comissão integrada por até cinco representantes de cada signatário, mediante Plano de Trabalho bianual.

O Acordo dá concretude (parcial⁵) ao disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.154/2009, que determina “*permanente intercâmbio de informações e disponibilidade de base de dados*” entre o BACEN, CVM e PREVIC, no âmbito da competência de cada órgão.

No que interessa mais efetivamente às EFPC, a PREVIC teria acesso, efetivo e tempestivo, às infrações e desvios de conduta dos agentes de mercado que estão sob a fiscalização da CVM. Tem-se, agora, a formal responsabilidade da CVM – que exerce a fiscalização dos gestores, administradores de fundos de investimentos e os auditores independentes – em informar à PREVIC sobre eventuais infrações cometidas por esses agentes na condução dos investimentos realizados no âmbito do RPC.

⁵ A Lei 12.154/2009 inclui a obrigação de troca de informações, também, ao Banco Central do Brasil, que não integra o Acordo.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Uma questão que merece censura – ou, ao menos, apreensão – diz respeito à previsão de fiscalizações mediante cooperação (Cláusula Primeira, 1.1, “c”). Veja-se que a PREVIC não tem competência para atuar no mercado de valores mobiliários, tarefa da CVM. De outro lado, a autarquia de supervisão do mercado de capitais não possui competência para fiscalizar os fundos de pensão, senão na qualidade de investidores. A nosso ver, a PREVIC deve resguardar as suas competências (sobretudo dos seus Auditores Fiscais), sob pena de haver mais uma instância de fiscalização das EFPC sem previsão em lei.

*Flavio Martins Rodrigues é sócio sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br).

**Andrea Neubarth Corrêa é advogada de Bocater Advogados (acorrea@bocater.com.br).

***Gabriel Leite é advogado de Bocater Advogados (gleite@bocater.com.br).

PREVIC e TCU assinam Acordo de Cooperação Técnica

Flavio Martins Rodrigues*
Cristina Bertinotti**
Verônica Ennes Bastos de Araújo***

A Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC e o Tribunal de Contas da União-TCU firmaram, em 15.03.2018, Acordo de Cooperação Técnica com o intuito de realizar o intercâmbio de informações e promover a articulação e coordenação de atividades comuns, conjuntas ou correlatas. Trata-se de celebração inédita entre essas duas entidades da Administração Pública.

Deve-se observar que a nova estrutura da PREVIC contemplou a criação de órgãos com competências específicas para fortalecer a área de inteligência e o modelo de Supervisão Baseada em Risco. Nesse novo desenho institucional, a competência para executar intercâmbio de informações, bem como a de articular-se com outras entidades governamentais para a troca de informações pertence, respectivamente, à

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Coordenação - Geral de Inteligência Gestão e Risco e à Diretoria de Orientação Técnica e Normas.

O objeto da cooperação mútua entre PREVIC e TCU é o intercâmbio recíproco de informações, portanto na linha da Supervisão Baseada em Risco. O Acordo prevê a realização conjunta de estudos, a troca sobre estudos e análises realizadas individualmente, a cooperação em ações de monitoramento e a fiscalização e a colaboração em procedimentos que possam resultar em redução de custos regulatórios, administrativos ou operacionais.

Deve-se ressaltar que o Acordo firmado traz cláusulas com a predominância da facultatividade de atuação. Por exemplo, PREVIC e TCU: (i) “... poderão realizar, conjuntamente, estudos de interesse comum...” (item 5.1.); (ii) “... poderão desenvolver programa de cooperação para aperfeiçoamento do planejamento e execução de ações conjuntas, de monitoramento e fiscalização...” (item 6.1); e (iii) “... poderão desenvolver programa de cooperação para aperfeiçoamento do planejamento...” (item 7.1). Dessa forma, as entidades signatárias ajustaram a mera possibilidade de realizar cooperações e não, propriamente, um compromisso imperativo.

A celebração do Acordo pode aprofundar a controvérsia com relação ao âmbito da supervisão e fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar pelo TCU, pois há uma divergência de posicionamentos quanto aos limites de atuação da Corte Federal de Contas junto a essas pessoas jurídicas privadas. Como já temos apontado, há decisões do TCU que entendem pela possibilidade de atuação direta sobre as entidades fechadas (“fiscalização de primeira ordem”) e outras que somente admitem a fiscalização sobre os patrocinadores estatais e a PREVIC (“fiscalização de segunda ordem”).

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Em nossa prática jurídica, temos verificado que o TCU adota, em alguns casos (mesmo na “fiscalização de segunda ordem”), posicionamentos diferentes daqueles defendidos pela PREVIC. Por exemplo, existe divergência de posicionamentos acerca da observância da paridade contributiva no cálculo das contribuições devidas pelo patrocinador público, relativamente às contribuições dos beneficiários (pensionistas).

Neste caso, o TCU manifestou-se no sentido que os beneficiários da previdência complementar (pensionistas) não estariam inseridos na definição de “participantes”, prevista no art. 8º da Lei Complementar nº 109/2001, e assim, suas contribuições não deveriam ser computadas no cálculo da contribuição do patrocinador público (Acórdão 169/2005 – Plenário). Já a PREVIC entende que o limite da paridade deve contemplar também as contribuições vertidas pelos beneficiários, nos termos do Parecer nº 40/2016/CGCJ/PF/PREVIC.

Espera-se, por conseguinte, que a execução do Acordo celebrado viabilize a homogeneização de entendimentos entre as partes e seja capaz de proporcionar um maior grau de segurança jurídica para os patrocinadores, participantes e EFPC.

* Flavio Martins Rodrigues é sócio sênior de Bocater Advogados (frodrigues@bocater.com.br)

**Cristina Bertinotti é advogada de Bocater Advogados (cbertinotti@bocater.com.br).

****Verônica Ennes Bastos de Araújo é estagiária de Bocater Advogados (varaujo@bocater.com.br).

Tributário

Dividendos desproporcionais: Decisão interessante da Câmara Superior de Recursos Fiscais

Luciana Ibiapina Lira Aguiar*

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro**

Em março de 2018, foi publicado julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) relativo ao Processo nº. 16327.721628/2011-61, cuja

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

matéria tratada foi a incidência de contribuição social previdenciária sobre valores pagos a sócios a título de dividendos, descaracterizados pela autoridade fiscal e reenquadrados na condição de rendimentos do trabalho (gratificação).

Em apertada síntese, discutiu-se a distribuição desproporcional de dividendos e sua legalidade, na situação em que, mesmo estando prevista no contrato social, não se verifica razão lógica ou justificativa “plausível” para tanto.

Os autos de infração que deram origem ao processo entenderam que os pagamentos feitos a pessoas físicas, concomitantemente sócios cotistas e executivos de empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, não tinham natureza jurídica de dividendos, conforme formalmente declarado, mas sim de remuneração, incidindo assim a contribuição previdenciária sobre os valores pagos.

Toda a argumentação da autoridade fiscal foi no sentido da configuração de abuso de forma, fundamentado em conjunto fático-probatório que evidenciou estar-se diante de causa de negócio jurídico distinta da declarada na forma adotada para o mencionado negócio.

A defesa alegou que a distribuição desproporcional de dividendos em sociedade de responsabilidade limitada está amparada pela legislação societária e não é vedada pela legislação tributária.

Os votos: vencido e vencedor

Do voto vencido é possível extrair relevantes considerações. A primeira a ser destacada é a conclusão de que o abuso de forma/direito não é cabível quando não houver a configuração de ilícito tributário.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

É dizer, quando os atos são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, não se verifica a existência de ilícito que justifique a manutenção de lançamento de ofício em função do abuso de forma ou direito. Segundo este voto, a mera inexistência de justificativa plausível para uma conduta não vedada em lei não seria suficiente para desqualificar atos jurídicos lícitos, tornando-os ilícitos tributários exclusivamente por gerarem a frustração da ocorrência do fato gerador do tributo.

Citando Ronald Dworkin, o voto conclui que *“o julgador não pode, portanto, se afastar do Direito – que possui um plano racional jurídico baseado em princípios e normas, devendo utilizar argumentos de natureza jurídica, e não de natureza política, social ou casuística, sob pena do julgador se envolver em questões que estão fora do seu alcance e invadir a atribuição dos demais Poderes.”*

Quanto ao mérito, o voto vencido alegou não haver limite legal para a desproporção no pagamento de dividendos, sendo este uma decorrência da vontade legítima dos sócios quando forem cumpridas as condições dispostas no Código Civil (arts. 1007 e 1008).

O voto vencedor, por outro lado, levantou duas situações consideradas como suficientes para a configuração dos ilícitos, a saber: (i) os indícios probatórios constantes dos autos que configuraram o pagamento como bônus ou gratificação, apenas que travestido de dividendos, (ii) a íntima relação entre as figuras do abuso de direito e do abuso de forma, o que mitigaria a validade da alegação de inovação no acórdão *a quo*.

Os elementos probatórios considerados suficientes para evidenciar o vício na declaração de vontade e na formalização dos atos são:

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

- Incomum cessão de lucros da parte que fazia jus em função de participação, em montante extremamente relevante;
- Grande coincidência entre os beneficiados pela distribuição desproporcional (sócios) e o quadro dos executivos da empresa autuada.
- Inexistência de qualquer *affectio societatis* entre os sócios beneficiados pela distribuição desproporcional de dividendos, os quais estavam vinculados entre si justamente por formarem o corpo diretivo de outra sociedade do grupo.
- A proximidade da data de pagamento dos dividendos e das participações nos lucros pagos a todos os demais empregados pela empresa autuada, exceto exatamente o corpo diretivo.

O voto ainda mencionou não “*defender a ilegalidade do instituto de distribuição desproporcional de lucros*”, mas, sim, que na situação fático-probatória sob análise, os elementos constantes dos autos se revestiram em robustas provas indiciárias, formando a convicção do julgador sobre o vício na manifestação de vontade formal quanto à distribuição de dividendos.

Trata-se, portanto, de um caso em que a requalificação jurídica dos fatos decorre da alegação de existência de vício na declaração de vontade externada, que não corresponderia à causa jurídica do negócio de fato celebrado.

O voto não enfrentou os conceitos de abuso de forma e de direito apontados como o vício identificado pela autoridade fiscal (abuso de forma) e depois utilizado como respaldo para a decisão da Delegacia de Julgamento “DRJ” (abuso de direito). Na instância anterior, o julgador havia sustentado que abuso de forma é uma espécie de abuso de direito, afastando, sob este argumento, a inovação que poderia prejudicar o

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

lançamento como um todo em função de nulidade arguida em sede de preliminar. Em complemento, o julgador afirmou que a manutenção do lançamento independe da definição da “patologia” (abuso de forma ou de direito ou outras), mas sim da convicção quanto à ocorrência do fato gerador.

Neste ponto, não se pode deixar de ressaltar que a precisão técnica quanto ao vício capaz de requalificar um fato jurídico, para fins de ensejar diferente incidência tributária e, por consequência, o lançamento, é mais do que desejável, sendo mesmo necessária ao exercício pleno do direito de defesa do contribuinte, assegurado em nosso sistema legal. No mínimo, a requalificação pretendida pela autoridade fiscal deve estar enquadrada nas hipóteses previstas no artigo 149 do Código Tributário Nacional “CTN” (dolo, fraude ou simulação).

O abuso do direito, albergado pelo art. 187 do Código Civil⁶, estaria configurado pelo exercício anormal ou excessivo de direitos, o que se extrai a partir da análise dos fins econômicos ou sociais do referido direito. A análise do mencionado abuso deve ter por referência os “limites da função social do contrato” e das finalidades econômicas e sociais, reconhecidas a partir da causa do negócio jurídico.

Mas como bem aponta Leonardo Aguirra de Andrade⁷, não há consenso na doutrina brasileira de que o abuso do direito seria aplicável à matéria tributária. A reclassificação, para quem defende esta possibilidade estaria amparada no inciso I, do art. 118⁸ do CTN.

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, **excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social**, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷ ANDRADE, Leonardo Aguirra de. Planejamento Tributário – São Paulo: Quartier latin, 2016, p. 220 e 221.

⁸ Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Além desse aspecto, ressalta-se, quanto ao caso em espécie, a extração dos seguintes importantes aspectos conclusivos:

- (i) A distribuição desproporcional de dividendos de sociedade limitada foi reconhecida como instituto legítimo, desde que esteja previsto em contrato social, o que aliás já havia sido consignado em outros julgados administrativo e na Solução de Consulta DISIT n. 46/2010, da 6ª RF.
- (ii) O “abuso” caracterizado do ilícito que ensejou a requalificação dos fatos, ensejando o lançamento, decorreu de análise da situação fático-probatória, na qual não foram vislumbradas as causas jurídicas comuns à situação de sócio que seria condição necessária à configuração do que se pagou como dividendos.
- (iii) A exagerada desproporção entre a participação (0,02%) e o lucro percebido (75%) foi o primeiro aspecto de atenção para fins de constatação de abuso do direito ou da forma. A este fato somou-se a alegada impossibilidade de conclusão sobre a existência de fins econômicos ou sociais compatíveis com o direito em questão (recebimento de dividendos).

Assim, buscando observar boas práticas, recomenda-se que distribuição desproporcional de dividendos tenha racional definido e devidamente formalizado. Ademais, é também prudente que seja minimizada a possibilidade de questionamento quanto a arbitrariedade na determinação da parcela cabível a cada sócio, o que poderia contribuir para a descaracterização dos valores recebidos como dividendos.

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Por fim, é premissa de validade da qualificação dos dividendos como tal que os sócios estejam expostos aos riscos e benefícios próprios desta condição societária.

*Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

**Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br).

Editada Instrução Normativa (1.801/2018) que extingue a Declaração sobre Utilização dos Recursos em Moeda Estrangeira Decorrente do Recebimento de Exportações (DEREX) e dispõe sobre limites para alíquota zero de PIS/COFINS nas variações cambiais decorrentes de recursos de exportação mantidos no exterior

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*
Luciana Ibiapina Lira Aguiar**
Bruna Cacciari Mariuzzo***
Beatriz Quintana Jacob****

Em 27 de março de 2018, foi publicada a Instrução Normativa nº 1.801, que dispõe sobre operações de câmbio e a manutenção de recursos no exterior, em moeda estrangeira, relativos à exportação de mercadorias e serviços, bem como institui a obrigação de prestar informações à Secretara da Receita Federal do Brasil (“RFB”).

Assim como a Instrução Normativa nº 726/2007, que regulava anteriormente a matéria e foi revogada a partir do normativo recém publicado, a IN nº 1.801/18 determina que as pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil que mantiverem recursos em moeda estrangeira no exterior ficam obrigadas a prestar à RFB informações relativas a recebimentos de recursos oriundos de exportações não ingressadas no Brasil, sobre operações simultâneas de compra e venda de moeda estrangeira, e sobre rendimentos auferidos no exterior decorrentes da utilização dos recursos mantidos fora do país.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

A grande inovação se refere à forma como tais informações devem ser prestadas, quais sejam: (i) na Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF); (ii) no Bloco V da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), no caso de pessoas jurídicas não sujeitas ao Simples Nacional; e (iii) mediante a utilização do sistema Coleta Nacional, disponibilizado no Centro Virtual de Atendimento (eCAC) da RFB, até o último dia útil do mês de junho, em relação ao ano-calendário imediatamente anterior, no caso de pessoas jurídicas tributadas com base no Simples Nacional.

Consequentemente, resta extinta a Declaração sobre a Utilização dos Recursos em Moeda Estrangeira Decorrentes do Recebimento de Exportações (“Derex”), instituída pela ora revogada IN nº 726/07, uma vez que as informações que nela deveriam ser prestadas foram incorporadas à DIRPF e à ECF.

Assim, o contribuinte fica desobrigado do cumprimento de mais uma obrigação acessória, facilitando o cumprimento destes deveres instrumentais relacionados aos sistemas de pagamento de impostos, unificando-os.

Ressalta-se que, para os contribuintes que já apresentaram a Declaração do Imposto de Renda de 2018, antes da entrada em vigor desta Instrução Normativa, e que não tenham prestado essa informação com o intuito de prestar apenas na DEREEX, poderão regular essa situação transmitindo a DIRPF/2018 retificadora.

Por fim, além da extinção da DEREEX, a IN trouxe marco temporal para a aplicação da alíquota zero de PIS/COFINS sobre a variação cambial decorrente de vendas externas de bens e serviços, que abarcaria, apenas,

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

as variações positivas ocorridas até a data da liquidação do contrato de exportação ou do recebimento, pelo exportador, dos recursos decorrentes da exportação. Referida diretriz, contudo, pode ser objeto de questionamento, na medida em que haveria questionamento a respeito do alcance da imunidade prevista pelo art. 149, §2º, I, da CF.

Para maiores esclarecimentos, nossa equipe tributária está à disposição.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br).

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Bruna Cacciari Mariuzzo é advogada de Bocater Advogados (bmariuzzo@bocater.com.br).

****Beatriz Quintana Jacob é estagiária de Bocater Advogados (bjacob@bocater.com.br).

Câmara Superior de Recursos Fiscais mantém incidência de contribuições previdenciárias sobre planos de opção de compra de ações (*stock option plans*)

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Luciana Ibiapina Lira Aguiar**

Felipe Thé Freire***

Em seu julgamento mais recente acerca da matéria, a 2º Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) entendeu, no último dia 21.03.2018, pela incidência de contribuições previdenciárias sobre opções de compra de ações conferidas pelo Banco Itaú aos seus gerentes no âmbito de seu *stock option plan*.

Apesar de entendimento no mesmo sentido já ter sido alcançado em outros julgamentos pela Câmara Superior, essa é a primeira vez que a Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) consegue reverter decisão favorável ao contribuinte em última instância administrativa.

A discussão gira em torno de se planos dessa natureza conferidos a empregados teriam natureza salarial e, portanto, seriam passíveis de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

inclusão na base de cálculo para incidência dessas contribuições, ou se teriam natureza mercantil.

No caso em análise, a maioria dos Conselheiros entendeu por não existirem elementos suficientes para caracterizar o *stock option plan* como tendo natureza mercantil, a despeito das alegações do Contribuinte de que o modelo em que o plano foi formatado faria com que os empregados assumissem parte do risco de desvalorização das ações.

O julgado é especialmente relevante, tendo em vista que o plano de *stock option* do contribuinte foi formatado observando alguns elementos que poderiam lhe conferir caráter mercantil e que já foram referendados em outras oportunidades pelo Poder Judiciário e por algumas instâncias em processos administrativos, tais como (i) liberalidade para a adesão, (ii) assunção de risco, (iii) onerosidade e (iii) e oferecimento com base no valor de mercado das ações.

Apesar disso, o voto do relator, que prevaleceu, trouxe novo elemento para a análise e se apoiou em documento enviado pelo Contribuinte a órgão regulador (*Securities Exchange Commission*) no qual menciona que o seu *stock option plan* compunha a remuneração variável de parte de seus empregados.

Ademais, para além da discussão sobre a incidência de contribuições previdenciárias, discutiu-se ainda acerca do prazo decadencial para a cobrança de débitos tributários fundamentados em planos de *stock option*. Enquanto o Contribuinte sustenta que o prazo seria contado da data em que conferida a opção, a PFN alega que a contagem teria início a partir da data em que o exercício da opção poderia ocorrer.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Tanto a questão da incidência de contribuições previdenciárias, quanto a questão da contagem do prazo decadencial para a constituição e cobrança de eventual crédito carecem de definição nas esferas administrativas e judiciais. Dessa, o Escritório se mantém atento às movimentações dos órgãos de julgamento sobre a matéria, estando apto a prestar os esclarecimentos necessários sobre o tema.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br)

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Felipe Thé Freire é advogado associado de Bocater Advogados (ffreire@bocater.com.br).

Concedida liminar para suspender os efeitos do Decreto Estadual nº 63.099, de 22 de dezembro de 2017, editado com base no Convênio ICMS nº 106/2017 e que trata da incidência de ICMS sobre bens digitais

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*
Luciana Ibiapina Lira Aguiar**
Renan Prétola Silvério de Mendonça***

Como se sabe, a chamada *economia digital* vem se tornando, a cada dia, um grande centro de disputas entre Estados e Municípios, ambos entendendo ser dotados de competência constitucional para cobrança de impostos sobre as operações dela decorrentes. Nesse contexto, houve a publicação do Convênio ICMS nº 106/2017, que acabou, pragmaticamente, por criar nova incidência do ICMS sobre “bens e mercadorias digitais”, muito embora tenha sido celebrado sob o pretexto de tratar de procedimentos relativos às obrigações acessórias.

Nesse sentido, com o fim de incorporar as alterações previstas no indigitado Convênio ICMS nº 106/2017, e com o objetivo de tributar referidos “bens e mercadorias digitais”, o Estado de São Paulo publicou no final de 2017, o Decreto Estadual nº 63.099/2017. O referido decreto, contudo, vem sendo alvo de medidas judiciais sob a alegação de que

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

afrontaria a Constituição Federal, além de extrapolar a competência e violar as disposições das Leis Complementares nºs 87/96 e 116/03, leis estas que dispõem acerca do ICMS e do ISS, respectivamente.

O cenário, a partir da introdução da legislação em espeque, e também à guisa do entendimento preconizado pelas municipalidades, a teor do Parecer Normativo SF 01/2017 (Município de São Paulo), indica um cenário difícil para os contribuintes, que passam a correr o risco de sofrerem uma dupla tributação sobre as operações que envolvem “bens e mercadorias digitais”.

Em decorrência deste cenário, houve a impetração de Mandado de Segurança Coletivo, pela Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (“BRASSCOM”), visando à obtenção de provimento jurisdicional que assegure a suspensão dos efeitos do Decreto Paulista nº 63.099/2017 para as empresas por ela representadas.

Em referida ação mandamental, defendeu-se a inconstitucionalidade tanto do Convênio ICMS nº 106/2017 quanto do Decreto Estadual nº 63.099/2017, na medida em que tais normas criam nova hipótese de incidência do ICMS sem qualquer respaldo constitucional ou legal e, ainda, extrapolem os limites da competência dos convênios, os quais devem se restringir a dispor sobre benefícios fiscais.

Nesse diapasão, cumpre registrar que a Lei Complementar nº 116/2003 dispõe de maneira expressa sobre a possibilidade de incidência do ISS sobre as operações realizadas no ambiente digital, especialmente após as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 157/2016. Nesse sentido, de rigor destacar os itens 1.03, 1.04 e 1.09 da atual lista de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

serviços do ISS⁹, que contempla operações na nuvem, serviços de *streaming*, entre outros, de modo que há quem defenda haver invasão da competência dos municípios pelo Estado, no caso o de São Paulo.

Com isso, a 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo prolatou decisão deferindo a medida liminar pleiteada pela BRASSCOM, por considerar que admitir a incidência de ICMS sobre o *software* e programas padronizados por transferência eletrônica de dados com base no Convênio ICMS nº 106/2017 e no Decreto Estadual 63.099/2017 violaria ao disposto no artigo 146, da Constituição Federal, pois apenas lei complementar pode dispor sobre conflitos de competência entre Entes Federativos, bem como acerca de normas gerais em matéria de legislação tributária (base de cálculo, fato gerador e contribuintes).

Na decisão ora tratada, que concedeu a liminar para suspender os efeitos do Decreto Estadual nº 63.099/2017, foi destacado o fato de que, muito embora o Plenário do STF, quando do julgamento da ADIN nº 1.945/MT, tenha se posicionado pelo tratamento tributário idêntico aos *softwares* em base física e aquele objeto de *download* por meio da *internet*, ainda não houve a definição da matéria, na medida em que o caso encontra-se pendente de decisão definitiva e por maioria.

Nesse sentido, diante da iminente possibilidade da incidência tanto do ISSQN quanto do ICMS sobre operações que envolvam “bens e

⁹ **1.03** - *Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)*

1.04 - *Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)*

(...)

1.09 - *Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)*

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

mercadorias digitais” (bitributação), bem como pela falta de decisão definitiva do STF sobre a matéria, foi concedida a medida liminar pleiteada com o fim de suspender os efeitos do Decreto Estadual nº 63.099/2017 até o julgamento do mérito da ação.

Diante desse cenário de insegurança jurídica em relação às operações que envolvam “bens e mercadorias digitais”, recomenda-se aos contribuintes afetados pelo Convênio ICMS nº 106/2017 e pelo Decreto de São Paulo nº 63.099/2017 uma análise mais detida de sua circunstância fática, para verificação das alternativas cabíveis.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br).

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Renan Prétola Silvério de Mendonça é advogado de Bocater Advogados (rmendonca@bocater.com.br).

STF suspende a eficácia do art. 1º da LC 157/16, que alterou o local de incidência do ISS para determinados itens da Lista Anexa à Lcp 116/03

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*
Luciana Ibiapina Lira Aguiar**
Jucimara dos Santos Santana***

Em medida liminar proferida recentemente, o Ministro Alexandre de Moraes, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.835, houve por bem suspender a eficácia do art. 1º da Lei Complementar n. 157/16, que alterou o local de incidência do ISS para o domicílio do tomador de serviços.

Originalmente, a legislação previa que para os setores de planos de saúde, administrações de fundos e carteira de clientes, consórcios, cartões de crédito ou débito e arrendamento mercantil, o ISS era de competência do local do estabelecimento prestador de serviços.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Contudo, com o advento da Lei Complementar 157/16, e mais especificamente após a derrubada do veto presidencial, houve a alteração da referida regra de competência, passando-se a tributar o ISS no domicílio do tomador de serviços. Em face da referida alteração, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif e a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – Cnseg ajuizaram a referida ADI, impugnando os novos ditames previstos na citada lei complementar.

Analisando os fundamentos da exordial, o Ministro Alexandre de Moraes houve por bem deferir a medida cautelar pleiteada, na medida em que, nas palavras do Ministro, *“essa alteração exigiria que a nova disciplina normativa apontasse com clareza o conceito de ‘tomador de serviços’, sob pena de grave insegurança jurídica e eventual possibilidade de dupla tributação ou mesmo ausência de correta incidência tributária”*.

O Ministro entendeu, nesse diapasão, que *“a ausência dessa definição e a existência de diversas leis, decretos e atos normativos municipais antagônicos já vigentes ou prestes a entrar em vigência acabarão por gerar dificuldade na aplicação da Lei Complementar Federal, ampliando os conflitos de competência entre unidades federadas e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade econômica, com conseqüente desrespeito à própria razão de existência do artigo 146 da Constituição Federal”*.

Por força da referida medida cautelar, suspendeu-se, em todo o País, os efeitos da citada lei complementar, no tocante à alteração da competência para cobrança do ISS.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Nossa equipe tributária está acompanhando as discussões nas diversas instâncias do Poder Judiciário, e está à disposição para fazer quaisquer esclarecimentos a respeito da decisão do STF, ou de seus efeitos em cada caso concreto.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br).

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Jucimara dos Santos Santana é estagiária de Bocater Advogados (jsantana@bocater.com.br).

Tribunais analisam voto de qualidade proferido em Processos Administrativos Fiscais

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro*

Luciana Ibiapina Lira Aguiar**

Jucimara dos Santos Santana***

Como é cediço, a legislação atinente aos processos administrativos fiscais, seja nas esferas federal (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF), estadual ou municipal, preveem, no caso de empate na votação, o uso do voto de qualidade por parte do presidente do órgão julgador. Usualmente, após o voto de todos os julgadores, incluindo-se nestes o próprio presidente, e havendo empate, cabe a este último *desempatar* a votação, valendo-se do chamado *voto de qualidade*.

Muito embora não seja regra para todos os casos, costuma-se designar como presidente, em especial das instâncias superiores dos órgãos administrativos, representantes fazendários dos tribunais paritários, o que, no mais das vezes, possibilita uma aparente redução da paridade existente, com prevalência para a representação fazendária.

Pois bem. A utilização do referido voto de qualidade, em especial nos casos em que se impõe a um dos julgadores votar novamente, vem sendo objeto de debates doutrinários, notadamente no que toca à imposição de penalidades (ie. multas).

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Nesse sentido, há quem questione (i) a eventual violação ao devido processo legal, também aplicável na esfera administrativa, e mesmo da isonomia ou princípio democrático, ao se admitir a possibilidade de um julgador votar em duplicidade, (ii) a existência de um princípio *in dubio pro contribuinte*, encartado no art. 112, do CTN, ou mesmo (iii) a aplicabilidade do *in dubio pro reo*, eliminando-se a aplicação da multa no caso da existência de empate na votação, a teor do que indicaria o art. 112, IV, do CTN.

Recentemente, o juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao analisar o Mandado de Segurança MS n. 1001136-39.2017.4.01.3400, concedeu, por sentença, a segurança pleiteada, suspendendo o trâmite do processo administrativo, por entender descabida a possibilidade de um julgador votar duas vezes, sob pena de vulneração ao *due process of law* (Caso Delta Airlines). Consoante apontado pelo julgador, “*não se pode admitir que um dos membros tenha o poder de voto maior dos outros, com aptidão até mesmo para modificar completamente o resultado da opinião expressa pela maioria. Ora, o voto de qualidade, ou voto de Minerva é reservado para aquelas situações em que, não tendo votado o presidente do órgão, o resultado da votação esteja empatado*”.

Por sua vez, também em caso envolvendo outra companhia aérea (n. 1009633-76.2016.4.01.3400, *American Airlines*), o julgador de 1º grau houve por bem entender que, aplicando-se o art. 112, do CTN, eventual empate quanto à decisão de mérito deveria ser em favor do contribuinte.

Segundo restou consignado, o referido dispositivo legal encartaria a aplicação da diretriz *in dubio pro contribuinte*. Nos termos da sentença, entendeu-se que “*em casos de empate na votação, o que revela dúvida*

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

sobre o direito aplicável, o voto de qualidade para fins de desempate não pode ser em sentido desfavorável ao contribuinte, pois do contrário estar-se-ia violando o ordenamento jurídico (inteligência do art. 112 do Código Tributário Nacional)”.

Independentemente das discussões aventadas acima, fato é que, ao menos em matéria punitiva, o art. 112, IV, do CTN encartou o princípio do *in dubio pro reo*. Desta maneira, segundo se entende, havendo dúvidas razoáveis quanto aos fatos, em especial nos casos de discussão da licitude do chamado *planejamento tributário*, deve prevalecer o teor do art. 112, IV, do CTN, evitando a cobrança de multas administrativas. É dizer, havendo a demonstração objetiva da divergência, não há que se aplicar penalidades, na medida em que aplicável, no âmbito do Direito Tributário Penal, o aludido preceito oriundo do direito punitivo.

Cumprir registrar, por oportuno, que a discussão em tela não é exclusiva do âmbito tributário. Com efeito, mais recentemente, houve uma decisão colegiada pela CVM, quando do julgamento de responsabilidade de dois acionistas e membros do Conselho de Administração da empresa Forjas Taurus (processo administrativo sancionador (PAS) nº RJ2014/10556), em que foi aplicado o princípio *in dubio pro reo* entendendo que o desempate deve ser feito sempre a favor do acusado quando se tratar de matéria punitiva (processo administrativo sancionador).

Tratam-se, todavia, de decisões recentes, cujas discussões passaram a ganhar contornos recentemente, implicando na impossibilidade de afirmar alguma tendência dos tribunais¹⁰. Outrossim, os Tribunais

¹⁰ Encontra-se pendente de julgamento a ADI 5731, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual pleiteia a inconstitucionalidade do voto de qualidade no âmbito do CARF.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Superiores já analisaram matérias semelhantes, tendo o STJ analisado caso envolvendo o CADE (RE 966.930), e o STF matérias atinentes à legislação da Ficha Limpa (RE 630.147, RE 631.102 e RE 633.703, entre outros).

À luz do exposto, em especial considerando as decisões recentes dos tribunais a respeito do tema, bem como dos limites de aplicação do art. 112, do CTN, verifica-se a importância do tema.

Nossa equipe tributária vem acompanhando a evolução da jurisprudência em relação ao tema, e está capacitada para esclarecer quaisquer dúvidas porventura existentes.

*Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro é sócio de Bocater Advogados (amonteiro@bocater.com.br).

**Luciana Ibiapina Lira Aguiar é sócia de Bocater Advogados (laguiar@bocater.com.br).

***Jucimara dos Santos Santana é estagiária de Bocater Advogados (jsantana@bocater.com.br).

Trabalhista

TST: Publicação via Diário de Justiça prevalece sobre intimação eletrônica

Fernanda Rosa S. Milward Carneiro*
Guilherme Giovanni van Erven Sabatini**

A 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (“TST”), em 23.02.2018, publicou decisão na qual afastou a intempestividade de Recurso Ordinário declarada na origem. No caso, houve duplicidade de intimações, tendo sido interposto Recurso Ordinário após o decurso de mais de um mês da intimação via sistema Processo Judicial Eletrônico (“PJE”), mas dentro do prazo legal se considerada a publicação ocorrida no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (“DEJT”).

A Ministra Kátia Magalhães Arruda, relatora do caso, utilizou como fundamento a Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, para determinar a prevalência da publicação ocorrida no

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

DEJT, em detrimento do PJE. Na dicção da relatora, “nos termos do artigo 4º, §2º, da Lei nº 11.419/06¹¹, a publicação feita por meio de Diário Eletrônico (DEJT) prevalece sobre a intimação realizada via PJE, não tendo esta o condão de anular aquela”.

A nosso ver, a decisão está em harmonia com o entendimento que vem sendo majoritariamente adotado no âmbito do TST, especialmente após a edição da Resolução Administrativa nº 1.589/2013¹².

De outro lado, a questão ainda é controvertida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, embora parte da jurisprudência caminhe no mesmo sentido do TST, enfatizando a incidência da Lei nº 11.419/2006¹³. Há decisões em sentido contrário, com base nos dispositivos do Código de Processo Civil, notadamente o *caput* dos arts. 270¹⁴ e 272¹⁵. Veja-se:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/2015. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA PRECEDIDA DE INTIMAÇÃO NO DJE. CONTAGEM DE PRAZO. PREVALÊNCIA DA INTIMAÇÃO ELETRÔNICA. EXEGESE DO ART. 5º DA LEI 11.419/2006. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. Controvérsia acerca da contagem de prazo recursal na hipótese de duplicidade de intimações, um via DJe e outra por meio de portal eletrônico. 2. "As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico" (art. 5º, 'caput', Lei

¹¹ Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

(...)

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

¹² A Resolução citada “institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – PJe-JT como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento no Tribunal Superior do Trabalho”.

¹³ Nesse sentido: EDcl no AgInt no AREsp 861.128/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06.04.2017, DJE de 03.05.2017.

¹⁴ Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

¹⁵ Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

11.419/2006, sem grifos no original). **3. Prevalência da intimação eletrônica sobre a intimação via DJe, na hipótese de duplicidade de intimações. Entendimento em sintonia com o CPC/2015.** 4. Contagem do prazo recursal a partir da data em que se considera realizada a intimação eletrônica. 5. Tempestividade do recurso, na espécie. 6. AGRAVO INTERNO PROVIDO¹⁶.

(Grifou-se.)

Por se tratar de um tema controvertido, os agentes do direito devem estar atentos aos respectivos posicionamentos dos Tribunais Superiores na ocorrência de duplicidade de intimações por meio eletrônico e Diário Oficial. Parece necessário que seja fixado um entendimento único, que restabeleça segurança jurídica e atenda aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

*Fernanda Rosa S. Milward Carneiro é advogada de Bocater Advogados (frosa@bocater.com.br).

**Guilherme Giovanni van Erven Sabatini é advogado de Bocater Advogados (gsabatini@bocater.com.br).

Energia

Consulta Pública sobre tarifas residenciais

Fabio Henrique Di Lallo Dias*

Está em curso perante a ANEEL a Consulta Pública nº 002/2018, que visa *“obter subsídios relativos à necessidade de aperfeiçoamentos na estrutura tarifária aplicada às unidades consumidoras do Grupo B (Baixa Tensão) e os impactos associados à sua aplicação”*.

Os usuários de baixa tensão são os consumidores cativos atendidos pelas distribuidoras de energia (basicamente, os consumidores residenciais e os pequenos comércios). Atualmente, os consumidores cativos pagam às distribuidoras uma tarifa monômnia, calculada, grosso modo, em função do

¹⁶ AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16.03.2017, DJE 27.03.2017

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

consumo da energia ativa por determinado período, além de um valor módico pelo custo de disponibilidade da rede de distribuição.

Nesse tipo de tarifa, não há distinção por hora, classe ou qualquer outro parâmetro, o que acarreta, em tese, (i) ineficiência para as distribuidoras, que disponibilizam a rede de distribuição de forma assistemática para todos os consumidores; e, de outro lado, (ii) preço elevado aos consumidores, que não gerenciam suas cargas e tampouco têm incentivo para redução do consumo.

A revisão da sistemática de cobrança do consumo de energia visa dar ao consumidor maior poder de gerenciar a sua fatura e, assim, controlar melhor seus custos. Todavia, tem que se ter em mente que, quanto maior a complexidade do modelo tarifário, maior será a dificuldade de compreensão por parte dos consumidores.

Nesse contexto, a consulta pública ora em andamento na ANEEL é uma excelente oportunidade para os diferentes *players* do mercado apresentarem seus pontos de vista, que poderá influenciar a composição de eventual novo sistema tarifário.

As contribuições à Consulta Pública nº 002/2018 devem ser enviadas para cp002_2018@aneel.gov.br até o dia 11/05/2018.

*Fabio Henrique Di Lallo Dias é sócio de Bocater Advogados (fdias@bocater.com.br).

Leilões para compra de energia no ambiente regulado de 2018

Fabio Henrique Di Lallo Dias*

O Ministério de Minas e Energia divulgou no dia 02/04/2018 a Portaria nº 115 que estabelece o cronograma estimado dos Leilões de 2018 para

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

contratação de energia elétrica pelas distribuidoras do Sistema Interligado Nacional.

Os leilões a serem promovidos pela ANEEL em 2018 serão para compra de energia proveniente de novos empreendimentos de geração (A-4 e A-6) e, ainda, de empreendimentos de geração existentes (A-1 e A-2).

O Leilão denominado A-4, com entrega de energia para 2022, ocorreu no dia 04/04/2018, com 1.672 projetos cadastrados, sendo 53,8% usinas eólicas e 41,1% usinas solares.

O Leilão denominado A-6, com entrega de energia para 2024, será realizado no segundo quadrimestre de 2018, sem ainda uma data específica. Para esse Leilão, as distribuidoras deverão apresentar suas Declarações de Necessidade de compra de energia até o dia 15/03/2018, com efeito vinculante para posterior celebração dos respectivos contratos de compra e venda de energia elétrica.

Os Leilões A-1 e A-2, com entrega de energia para 2019 e 2020 respectivamente, serão realizados no quarto trimestre de 2018, sem previsão de datas específicas.

*Fabio Henrique Di Lallo Dias é sócio de Bocater Advogados (fdias@bocater.com.br).

Tarifa Branca

Fabio Henrique Di Lallo Dias*

Recentemente, a ANEEL implantou um novo sistema de tarifação, denominado Tarifa Branca. Nesse sistema, o consumidor cativo, com média mensal de consumo superior a 500kWh, pode solicitar à distribuidora sua adesão à Tarifa Branca, cujo valor da energia varia de

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

acordo com o dia e o horário de consumo, conforme pré-definido pela ANEEL para cada distribuidora.

Assim, no sistema de Tarifa Branca, o consumidor poderá gerenciar sua conta de luz, consumindo a energia em função dos preços horários (ponta, intermediário e fora de ponta). No entanto, esse novo sistema teve baixíssima adesão até o momento.

A partir de 2019, poderão aderir à Tarifa Branca os consumidores cativos com consumo médio superior a 250 kWh/mês e a partir de 2020 todos os consumidores.

Caso o consumidor queira retornar ao sistema tarifário convencional, a distribuidora terá 30 dias para acatar o pedido formal do consumidor.

*Fabio Henrique Di Lallo Dias é sócio de Bocater Advogados (fdias@bocater.com.br).

Maria Isabel Bocater concede entrevista à Revista RI

O Escritório Bocater está sempre atento aos desafios e avanços da regulamentação do mercado de capitais nacional.

A sócia sênior Maria Isabel Bocater concedeu entrevista à edição de março de 2018 da Revista “Relações com Investidor”.

No artigo de título “Insider Trading – Crime ou Castigo?”, que trata da questão na atualidade brasileira, Isabel Bocater ressaltou o impacto negativo que a demora nos julgamentos do assunto gera em relação à percepção de impunidade. Ademais, Isabel Bocater destacou, ainda, um movimento com maior foco da CVM no combate ao *insider trading* desde 2015.

BOCATER

Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

Conselho Nacional de Previdência Complementar: Novas resoluções

Foram publicadas, no DOU de 03.04.2018, quatro novas Resoluções do Conselho Nacional de Previdência Complementar-CNPC, a saber:

- Resolução CNPC 25/2017, que trata das operações de transferência de gerenciamento de planos de benefícios entre EFPC.
- Resolução CNPC 26/2017, que dispõe sobre transações remotas pelas EFPC, isto é, permitem que o relacionamento entre a EFPC e o público-alvo possa se dar por meio de plataforma digital.
- Resolução CNPC 27/2017, que dispõe sobre a prestação de serviços de auditoria independente para as EFPC, inclusive a constituição de Comitê de Auditoria que será obrigatório para algumas entidades.
- Resolução CNPC 28/2017, que altera a Resolução CNPC 8/2011, quanto à constituição e utilização do Fundo Administrativo da entidade.

Nessa edição, estamos tratando da Resolução CNPC 27/2017. Os demais normativos serão objeto de nossos comentários no próximo mês.

Endereços

Av. Rio Branco, 110
39º e 40º Andar – Centro
Rio de Janeiro - RJ
CEP: 20040-001
Tel.: (21) 3861-5800
Fax: (21) 3861-5861/62

Rua Joaquim Floriano, 100
16º Andar – Itaim Bibi
São Paulo - SP
CEP: 04534-000
Tel.: (11) 2198-2800
Fax: (11) 2198-2849

SHIS Quadra 01, Casa 06 -
Lago Sul
Brasília-DF
CEP: 71615-210
Tel.: (61) 3226-3035 /
3224-0168 / 3223-4108 / 3223-
7701

www.bocater.com.br

O conteúdo desta Newsletter é simplesmente informativo, não devendo ser entendido como opinião legal, sugestão ou orientação de conduta. Quaisquer solicitações sobre a forma de proceder ou esclarecimentos sobre as matérias aqui expostas devem ser solicitados formalmente aos advogados de Bocater.