

Índice

I – Editorial

II – Notícias

III – Matérias

Civil

1. Marco Civil da Internet
no Brasil

Trabalhista

2. A discriminação na
relação de emprego e
seus reflexos legais

Administrativo/Comercial

3. Alterações na Lei de
Licitações e no
Estatuto Nacional da
Microempresa e da
Empresa de Pequeno
Porte

Tributário

4. O direito ao crédito de
ICMS e a nota fiscal
inidônea

I – Introdução

Prezados amigos e clientes,

A grande novidade deste semestre é a entrada em vigor da lei conhecida como Marco Civil da Internet, que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O segundo assunto cuida do esforço institucional brasileiro para coibir a discriminação na relação de emprego e os reflexos legais relevantes desta política do princípio da igualdade para as empresas.

A terceira matéria informa sobre recentes alterações na Lei de Licitações, bem como no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Encerra esta edição uma análise sobre o crédito do ICMS e as consequências de notas fiscais inidôneas.

Boa leitura e estamos à sua disposição para qualquer esclarecimento.

Cordialmente,

Flavia de Queiroz Hesse
Advogada da Área Societária – São Paulo

II – Notícias

- **Gustavo Stüssi Neves** e **Patricia Giacomini Pádua**, sócios do escritório de São Paulo, participaram do " Simpósio sobre Grandes Questões Atuais do Direito Tributário", promovido pela Dialética - Edições, Eventos e Curso no Hotel Meliá, nos dias 18 e 19.09.2014, em São Paulo.
- **Arthur Stüssi Neves**, sócio responsável pela área tributária do escritório do Rio de Janeiro, foi palestrante no 52º Congresso Anual da AIJA, em Praga, de 26 a 31 de agosto e participou da 32ª edição do Encontro Econômico Brasil-Alemanha, realizada de 31 de agosto a 2 de setembro em Hamburgo.
- **Maria Lúcia Menezes Gadotti**, sócia da área trabalhista e previdenciária do escritório de São Paulo, coordenou o curso do comitê de RH da Swisscam - "Gestão de Carreira Profissional e Network", em 15.08.2014 e participou do 1º Encontro Setorial de Cruzeiros Marítimos realizado pela Clia Abremer, em Brasília-DF em 10.09.2014.
Além disso, ministrou aulas na FIA/FEA/USP sobre "Aspectos Legais da Contratação e Remuneração", tema: Administrando a Remuneração em Ambientes Competitivos em 21.08.2014; ministrou aulas na FIA/FEA/USP sobre "Modelos Alternativos de Gestão Salarial" no Curso de Especialização em Modelos de Gestão Estratégica de Pessoas, nos dias 20.08, 25.08, 01.09 e 13.09.2014; ministrou aulas no Banco do Brasil, Progep, FIA/FEA-USP sobre "Aspectos jurídicos ligados à gestão de pessoas", em 14.08.2014 e ministrou aulas na FIA/FEA-USP sobre "Aspectos legais da Contratação Curso de Especialização Consultoria de Carreira", em 27.09.2014.
- **Flavia de Queiroz Hesse**, advogada do escritório de São Paulo, participou da Conferência da Advoselect realizada de 24 a 26 de abril em Chemnitz, Alemanha.
- **Fernando Mihara**, **Frederico Amaral** e **Mariana Lima Martins**, advogados do escritório de São Paulo, em 22.07.2014, do Seminário sobre escrituração digital fiscal no Brasil, na Câmara de Comércio e Indústria Japonesa do Brasil.
- **Carolina Eloy da C. Figueiredo**, advogada do escritório do Rio de Janeiro, concluiu em agosto de 2014 o curso sobre o Sistema Jurídico Americano ministrado na Fordham University em Nova York (Summer Program regarding U.S. Legal System) seguido de estágio no escritório Gibney, Anthony and Flaherty LLP com sede em Nova York durante o mês de setembro de 2014 .

III – Matérias

1. Marco Civil da Internet no Brasil

Em 23 de junho passado, entrou em vigor a Lei nº 12.965/14, que regula o ambiente virtual brasileiro.

Uma das maiores preocupações da lei foi consolidar o acesso à rede como uma ferramenta essencial ao cidadão, sendo um dos meios de expressão dos direitos previstos na Constituição. Outro foco também foi a proteção à privacidade dos usuários e de suas informações pessoais.

Ao tratar de algumas das garantias, por exemplo, o artigo 3º da lei estabelece como princípios, entre outros: a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; a proteção da privacidade; a proteção dos dados pessoais, na forma da lei e a preservação e garantia da neutralidade de rede.

No artigo 7º da lei, estão previstas outras importantes garantias aos usuários: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; e a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Nesse sentido, o marco civil estabeleceu a necessidade dos usuários darem o consentimento expresso sobre *“coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”* e a *“exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a provedores, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes”*.

Outro ponto bastante relevante diz respeito à chamada neutralidade da rede. Esta garante aos usuários que os provedores de conexão não tratem de forma diferenciada o conteúdo que estão acessando, por exemplo, limitando a velocidade quando são acessados vídeos, ou tornar mais rápido ou lento o acesso a determinada rede social. Todo o conteúdo da internet deve garantir o acesso de forma equânime.

A lei também traz em seu artigo 12 algumas penalidades para quem não seguir essas disposições, que são consideradas extremamente altas, como a previsão de multa de até 10% do faturamento de todo o grupo econômico, no caso de empresas infratoras. Embora haja consenso que tais penalidades ainda dependam de regulamentação posterior, é preciso que as empresas estejam atentas.

Merece destaque ainda, que as empresas estrangeiras também podem ser responsabilizadas por violações às disposições da nova lei, havendo inclusive previsão de responsabilidade solidária de filiais, agências e sucursais brasileiras.

Em um exemplo muito recente, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou ao Facebook do Brasil que divulgasse os nomes dos envolvidos em conversas, no aplicativo Whatsapp, que envolviam fotos e montagens de uma estudante em situações constrangedoras. Uma das linhas de defesa da empresa foi que as informações estariam na plataforma do programa em outro país, e que a aquisição da companhia ainda não havia sido finalizada. O tribunal afirmou que *“O serviço do WhatsApp é amplamente difundido no Brasil e, uma vez adquirido pelo Facebook e somente este possuindo representação no país, deve guardar e manter os registros respectivos, propiciando meios para identificação dos usuários e teor de conversas ali inseridas - determinação, aliás, que encontra amparo na regra do artigo 13 da Lei 12.965 (Marco Civil da Internet)”*.

Esse entendimento pode indicar uma tendência a ser seguida por outros Tribunais, razão pela qual é preciso cautela e atenção quanto às orientações da nova legislação. Em especial recomenda-se, por exemplo, que as empresas revisem e mantenham atualizados seus sites, termos e condições de uso, suas políticas de privacidade e também estejam atentas ao tempo de armazenamento desses registros de acesso e informações guardadas.

Daniel Ricardo dos Santos Andrade
Advogado da Área Cível de Stüssi-Neves Advogados – São Paulo
daniel.andrade@stussinevessp.com.br

2. A discriminação na relação de emprego e seus reflexos legais

Existe, atualmente, um olhar e esforço do Legislativo, Executivo e Judiciário para coibir a prática de atos discriminatórios e validar o princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal, e inserto em várias leis em vigor.

A relação de emprego não escapa a esta tendência, daí porque entendemos pertinente tecer algumas considerações sobre o tema.

A prática de discriminação no trabalho é vedada pelo artigo 7º da Constituição Federal, em especial seus incisos XXX, XXXI e XXXII, que proíbem a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil e do trabalhador portador de deficiência, bem como a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais que os executam. O artigo 461, da CLT, impede a diferença salarial entre pessoas que executem idênticas funções e entreguem trabalho de igual valor, por motivo de sexo, nacionalidade ou idade. Muitos são os dispositivos legais direcionados à promoção da igualdade e vedação da discriminação. As Convenções Coletivas de Trabalho, por sua vez, cuidaram de complementar a proteção constitucional/legal, estabelecendo normas mais favoráveis.

Tratando-se de discriminação, as sanções suplantam a esfera trabalhista, com a delegação de garantias de emprego e indenizações compensatórias ao ato sofrido, incluindo danos morais, existenciais e de outras naturezas, chegando à esfera criminal.

A Lei 7.716/1989 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. De acordo com o artigo 4º desta Lei, quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica, deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores, impedir a ascensão funcional ou obstar outra forma de benefício profissional e proporcionar tratamento diferenciado em ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário, pratica ato ilícito passível de reclusão de dois a cinco anos. Referida lei também prevê penas de multa e de prestação de serviços à comunidade.

Outra norma que também visa à proteção das minorias é a Lei 7.853/1989, que estabelece o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social e a tutela jurisdicional dos seus interesses coletivos ou difusos, tipificando, como crime, com reclusão de um a quatro anos e multa, a conduta de obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de deficiência, bem como a de negar a alguém, por igual razão, emprego ou trabalho.

A Lei 9029/1995, pro seu turno, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Esta lei estabelece, nas hipóteses de discriminação, a cobrança de multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência e a proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais, sem prejuízo das sanções penais estabelecidas na legislação em vigor. Este dispositivo tem sido muito utilizado pelas autoridades trabalhistas em casos de comprovada prática de discriminação pela empresa.

Mas não é só. Tal norma garante ao empregado dispensado por ato discriminatório a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, além da reparação por dano moral que entenda ter sofrido.

A Lei 10.741/2013, Estatuto do Idoso, é outro exemplo de normatização, estabelecendo regras para a profissionalização e de acesso ao trabalho dos profissionais considerados idosos (idade igual ou acima de 60 anos), considerando como crime, punível com reclusão de seis meses a um ano e multa, aquele que obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público ou negar emprego ou trabalho, por motivo de idade.

Em junho do corrente ano, passou a vigorar a Lei nº 12.984, que define o crime de discriminação dos portadores do vírus HIV e dos doentes de AIDS, sancionando, com reclusão de um a quatro anos, aquele que negar emprego ou trabalho, exonerar ou demitir de cargo ou emprego, segregar em ambiente de trabalho ou divulgar a condição do portador do vírus ou doente de AIDS.

Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho têm envidado esforços no combate à discriminação, atuando, muitas vezes, em conjunto nesta tarefa junto às empresas. Nos casos de comprovação de conduta discriminatória, a empresa poderá ser autuada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com a aplicação das sanções já mencionadas, e exposta a processo investigativo pelo Ministério Público do Trabalho, que poderá culminar com a celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta (TAC) ou com a propositura de Ação Civil Pública. Além dos reflexos financeiros desta conduta, a imagem da empresa poderá ser comprometida, já que muitos destes casos chegam ao conhecimento da imprensa e são por ela veiculados. Em casos mais contundentes, o assunto é levado à esfera criminal, para o sancionamento penal de quem praticou a discriminação.

Como visto, práticas discriminatórias poderão ser sancionadas nas esferas penal e trabalhista. Na primeira, a condenação é personalíssima, atingindo quem, de fato, praticou o crime. Já na esfera trabalhista, o empregador será responsabilizado, se confirmadas as culpas in eligendo e in vigilando, expondo a empresa ao cumprimento/pagamento das sanções previstas em lei, sem prejuízo de indenizações financeiras que venham a ser pleiteadas pelo empregado prejudicado.

Diante da atualidade do tema e dos possíveis reflexos deletérios de práticas discriminatórias, sugerimos que as empresas deleguem especial atenção a este tema, impedindo e/ou não tolerando qualquer forma de discriminação.

Maria Lúcia Menezes Gadotti e Karina Perin
Sócia e advogada da Área Trabalhista e Previdenciária de Stüssi-Neves Advogados – São Paulo
marialucia.gadotti@stussinevessp.com.br e karina.perin@stussinevessp.com.br

3. Alterações na Lei de Licitações e no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

Recentemente foi publicada a Lei Complementar n.º 147/2014, que fez alterações na Lei de Licitações (Lei Federal n.º 8.666/93) e no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar n.º 123/2006).

Dentre as alterações no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte destacam-se as seguintes, privilegiando as microempresas e as empresas de pequeno porte:

- (i) Aumento do prazo para comprovação de regularidade fiscal aplicável à qualquer modalidade de licitações públicas;
- (ii) Obrigatoriedade de concessão de tratamento diferenciado em todas as contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional em todas as esferas governamentais, visando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, bem como a ampliação de eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica;
- (iii) Autoaplicação da legislação federal concedendo tratamento diferenciado às ME's e EPP's nas aquisições públicas em todas as esferas governamentais;
- (iv) Obrigatoriedade de realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação das ME's e EPP's quando a contratação for de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- (v) Faculdade de subcontratação de ME's ou EPP's em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços;
- (vi) Instituição de cota de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto das aquisições públicas de bens de natureza divisível para contratação das ME's e EPP's;
- (vii) Faculdade de criação de margem de até 10% (dez por cento) acima do preço válido para priorizar a contratação das ME's e EPP's;
- (viii) Obrigatoriedade de tratamento diferenciado às ME's e EPP's, nos casos de dispensa e/ou inexigibilidade de licitações em compras e serviços até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e obras e serviços de engenharia até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais);

Cumprindo, ainda, ressaltar que as alterações na Lei de Licitações também foram significativas, na medida em que se adotados os regimes de preferências: (i) de produtos manufaturados e serviços nacionais com normas técnicas brasileiras (§5º) ou (ii) de produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País (§7º), deverão privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido na contratação tanto das ME's, como das EPPs, conforme previsto na Constituição Federal (arts. 170, IX e 179), incentivando, portanto, novas oportunidades de negócios para os microempresários e/ou empresários de pequeno porte.

Marcelo Lesniczki de Campos Ferreira
Sócio da Área Administrativa/Licitações e Regulatória de Stüssi Neves Advogados – Rio de Janeiro
marcelocampos@stussi-neves.com

4. O direito ao crédito de ICMS e a nota fiscal inidônea

O direito ao crédito do ICMS nas hipóteses de ser apurado em fiscalização que as notas fiscais escrituradas são inidôneas foi objeto de longa disputa judicial.

A Lei Complementar nº 87/96 determina que o direito ao crédito está condicionado a idoneidade da documentação relacionada. Neste sentido o seu art. 23: " O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação."

Nos termos do dispositivo, os estados não admitem qualquer aproveitamento de créditos de ICMS destacados em notas fiscais consideradas inidôneas. Ressalte-se que é considerada inidônea, dentre outras hipóteses, a nota fiscal que não preencha todos os requisitos regulamentares, as que contenham declarações inexatas ou falsas, ou as que foram emitidas por contribuinte em situação irregular.

Dado o exposto, apenas a aparência de regularidade do documento fiscal não tem sido considerada suficiente para legitimar o crédito de ICMS, devendo corresponder a uma efetiva operação de entrada de mercadorias no estabelecimento do adquirente.

Por outro lado, as notas fiscais que contenham determinados vícios formais, quando relativas a tais operações efetivas, tem levado ao entendimento de que o crédito do imposto deve ser admitido.

Portanto, em hipótese de questionamento do crédito pela fiscalização, decorrente da apuração de inidoneidade do documento fiscal, a materialidade das operações de compra das mercadorias deve ser comprovada para que haja a possibilidade de reconhecimento do crédito em discussão.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça ainda no ano de 2010, em sede de recurso repetitivo, que sendo demonstrada a boa-fé do adquirente e a legitimidade das operações o crédito deve ser reconhecido. Segue abaixo o julgamento mencionado relativo ao Recurso Especial nº 1.148.444/MG:

"1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação.

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual *"salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato"* (norma aplicável, *in casu*, ao alienante).

3. *In casu*, o Tribunal de origem consignou que:

"(...) os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontroversa, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes."

4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS".

Nestes termos foi pacificado o entendimento de que mesmo em hipóteses de notas fiscais consideradas inidôneas as empresas tem direito ao crédito do imposto quando demonstram que a operação de fato ocorreu e que o cadastro do vendedor da mercadoria estava regular na época da aquisição. Ainda, para a comprovação da operação, entende-se ser necessário demonstrar o pagamento da operação comercial que precedeu o aproveitamento do crédito.

Dado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça mesmo o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo através da Câmara Superior tem determinado que seja observado nos julgamentos destes casos a boa-fé do adquirente, a adequação do remetente na época da operação, e a comprovação da efetividade da operação. Inclusive, restou expresso em um julgamento que: "o conjunto probatório carreado aos autos não permite concluir pela boa-fé da Autuada, especialmente em face de inconsistências verificadas nas supostas provas de pagamento das operações, de modo que

não há como afirmar se tais operações, de compra e venda de mercadorias, de fato ocorreram na forma descrita nos documentos fiscais”. Certo ainda que apesar de a prova do pagamento ser destacada não se ignora outros elementos de prova referentes a entrada efetiva das mercadorias no estabelecimento e seu transporte.

Ainda, em relação à necessária boa-fé, destaca não ser possível restar dúvida sobre o não envolvimento do adquirente em manobra fraudulenta.

Possível portanto concluir que há atualmente um abrandamento ao conceito de nota fiscal inidônea, sendo que, na ausência de alguns requisitos formais, e mesmo em hipótese de posterior suspensão de cadastro do remetente das mercadorias, sendo possível comprovar a efetividade da operação e a boa-fé do adquirente o crédito deve ser reconhecido.

Inclusive, a matéria foi recentemente sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 509, publicada em 31/03/204, devendo o entendimento ser aplicado a todos os casos análogos, no seguinte sentido:

“É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda”.

Sendo estes os esclarecimentos que gostaríamos de prestar acerca do assunto nos colocamos à disposição par qualquer análise complementar ou informação adicional.

Patricia Giacomini Pádua
Sócia da Área Tributária de Stüssi Neves Advogados – São Paulo
patricia.padua@stussinevessp.com.br