

Índice

I – Editorial

II – Matérias

Tributário

1. Pais de Residência

Societário

2. Publicação do Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras por Sociedades de Grande Porte – Sua Obrigatoriedade e a Evolução Jurisprudencial no Estado de São Paulo

Trabalhista

3. Algumas Considerações sobre os Termos de Ajustamento de Conduta Firmados com o Ministério Público do Trabalho

4.

Administrativo

4. Arbitragem e Mediação nos Contratos Administrativos Alternativa de Negociação em Tempos de Crise Financeira

I – Introdução

Prezados amigos e clientes,

Uma dúvida bastante comum é saber quando se é considerado residente em um país para cumprimento de obrigações de recolhimento de imposto sobre a renda e sua abrangência. Nesta primeira matéria, a sócia da área tributária Patrícia Pádua esclarece quando a legislação brasileira considera a pessoa residente no país.

No ano de 2007 nasceu a obrigatoriedade das empresas de grande porte observarem as regras de escrituração e elaboração de seu balanço patrimonial e demonstrações financeiras de acordo com a Lei das Sociedades Anônimas. A controvérsia travada nos tribunais brasileiros é se há a obrigatoriedade de publicação dessas demonstrações financeiras na Imprensa Oficial. A advogada Deborah Grasmann fez uma intensa pesquisa da orientação jurisprudencial no Estado de São Paulo, no que se refere especificamente à Junta Comercial de São Paulo. Já é possível notar a tendência.

Maria Lúcia Menezes Gadotti faz interessantes considerações sobre os Termos de Ajustamento de Conduta que são firmados com o Ministério Público do Trabalho, observando os cuidados que devem ser tomados pela empresa por ocasião da adesão.

A Arbitragem e Mediação já são uma realidade no Poder Judiciário brasileiro. Neste artigo Marcelo Campos informa que já há legislação no Brasil que permite a aplicação do Instituto da Mediação na Administração Pública.

Boa leitura e estamos à sua disposição para qualquer esclarecimento.

Cordialmente,

Flavia de Queiroz Hesse
Advogada da Área Societária – São Paulo

II – Matérias

1. País de Residência

A distinção entre pessoas residentes e não residentes em determinado território é de importância decisiva para definir a extensão das respectivas obrigações tributárias. Enquanto os não residentes estão sujeitos apenas ao imposto quanto aos rendimentos provenientes de fontes situadas no país (territorialidade) os residentes são tributáveis em função de seu rendimento mundial (universalidade da renda).

A Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 208/2002 determina que é residente no Brasil a pessoa física que aqui resida em caráter permanente; que se ausente para prestar serviços ao governo brasileiro; que ingresse no país com visto permanente na data de chegada, ou, com visto temporário na data da chegada se para trabalhar com vínculo de emprego ou na data em que complete 184 dias, consecutivos ou não de permanência no país; brasileiro não residente que retorne ao país com ânimo definitivo; nos primeiros 12 meses que se ausentar do país sem apresentar o comunicado/declaração de saída definitiva (art. 2º).

Inicialmente, fazemos referência à situação de um estrangeiro que passará a ser residente no Brasil se aqui ingressar com visto permanente, na data da chegada, ou, se ingressar com visto temporário, na data em que adquirir vínculo de emprego ou em que completar 184 de permanência no Brasil, dentro de um período de 12 meses. Neste caso, deverá sujeitar todos os seus rendimentos, inclusive eventualmente auferidos no exterior, à tributação no Brasil.

Já o residente que deixar o Brasil, caso pretenda não mais se sujeitar à tributação no país, deverá apresentar a Comunicação de Saída Definitiva, assim como a Declaração de Saída Definitiva relativa ao período do ano em que tenha permanecido como residente. A falta de apresentação da documentação acarreta a permanência da residência e a necessidade de sujeitar todos os rendimentos à tributação no Brasil pelo prazo de 12 meses contados a partir da saída.

O fato de a pessoa possuir imóveis ou mesmo aplicações financeiras no país não é suficiente para caracterizar a residência. De todo modo, eventuais rendimentos obtidos com estes bens devem ser objeto de tributação na fonte pagadora. No caso, a situação de não residente deve ser comunicada tanto ao eventual locatário do imóvel com às instituições financeiras para as retenções cabíveis.

Importante também destacar que se analisadas as regras internas de cada país a pessoa pode ter residência em mais de um local. Neste caso, se existente acordo assinado para evitar a dupla tributação o mesmo deve ser objeto de análise, porque elege como local da residência, em geral, aquele em que há habitação permanente, ou ainda, caso a habitação ocorra em mais de um local, naquele em que há o centro de interesses vitais, ou ainda, caso esta se observe em mais de um local aquele do qual a pessoa for nacional.

Ainda, caso haja o exercício de funções, ou mesmo haja origem de remuneração, em mais de um país do qual a pessoa possa ser residente, outras regras dos mencionados acordos devem ser observadas. Isto tanto para a confirmação do local da tributação, como também, para impedir eventual dupla tributação.

Certo que cada caso deve ser analisado de forma específica, considerando as peculiaridades existentes, sendo que a equipe da Stussi-Neves se coloca à disposição para o auxílio em qualquer análise.

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

2. Publicação do Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras por Sociedades de Grande Porte – Sua Obrigatoriedade e a Evolução Jurisprudencial no Estado de São Paulo

A Lei n. 11.638 de 28 de dezembro de 2007 (“Lei n. 11.638/07”) dispôs, dentre outros aspectos, sobre a aplicação às sociedades de grande porte de disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras previstas na lei de sociedade por ações (Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976) (“Lei das S.A.”).

Desta forma, com o advento da Lei n. 11.638/07, passou-se a aplicar às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei das S.A. no tocante à escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, bem como com relação à obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Para fins de referida lei, considera-se de grande porte a sociedade, ou conjunto de sociedades sob controle comum, que detiver ativo em valor total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual em montante superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

Com relação aos fatos descritos acima, não há qualquer dúvida ou contestação.

Porém, em 08 de janeiro de 2010 foi proferida sentença pelo Juízo da 25ª Vara da Justiça Federal da Capital do Estado de São Paulo nos autos do processo nº 2008.61.00.030305-7, determinando a aplicabilidade às sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de sociedades por ações, além das regras referentes à elaboração e divulgação das demonstrações financeiras, também a obrigatoriedade da publicação por tais sociedades dos balanços e demonstrações financeiras na Imprensa Oficial. Considerou-se que a publicação dos atos está tacitamente inserida nas disposições do artigo 3º da Lei n. 11.638/07 ao se determinar a aplicação da Lei das S.A. como um todo^[1]. Houve interposição de recurso de apelação face à decisão, ainda não julgado, o qual foi recebido apenas em efeito devolutivo, ou seja, os efeitos da decisão anterior operam de pronto ainda que pendente julgamento em sede recursal, conforme decisão de agravo de instrumento em 09 de dezembro de 2010.

Ainda, referida sentença determinou que seu conteúdo fosse aplicado em todo o território nacional, devendo todas as sociedades de grande porte, independente de sua forma, publicar na Imprensa Oficial os balanços e demonstrações financeiras. Ainda, determinou que o DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio (antiga denominação do DREI – Departamento de Registro Empresarial e Integração, órgão responsável em nível nacional pela elaboração de regras referentes ao registro comercial) comunicasse o teor da decisão a todos os Presidentes das Juntas Comerciais, Procuradores e Secretários Gerais.

Após a notificação ao atual DREI do conteúdo de referida decisão, diversas Juntas Comerciais editaram regras tornando obrigatória a publicação das demonstrações financeiras previamente ao registro de atas/assembleias de sociedades de grande porte aprovando as demonstrações financeiras e o balanço patrimonial.

No caso da Junta Comercial do Estado de São Paulo (“JUCESP”), por meio da Deliberação JUCESP nº 02 de 25 de março de 2015, determinou-se às sociedades empresárias e cooperativas de grande porte a obrigatoriedade de publicação do balanço anual e das demonstrações financeiras no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação no local da sede, prevendo, inclusive, que somente se dispensaria a publicação dos documentos acima referidos nos casos em que, ao requerer o arquivamento, fosse apresentada declaração assinada pelo administrador e pelo contabilista devidamente habilitado afirmando não se tratar de sociedade de grande porte, nos termos da Lei n. 11.638/07.

A modificação das regras até então aplicadas^[2] geraram discussões acerca da obrigatoriedade ou não da publicação por todas as sociedades de grande porte, vez que não há expressamente previsão na Lei n. 11.638/07 nesse sentido. Por essa razão, diversas sociedades consideradas de grande porte impetraram ações de Mandado de Segurança, buscando liminarmente decisão que lhes permitisse prosseguir com o registro comercial independentemente da publicação das demonstrações financeiras e do balanço patrimonial.

Diante desse cenário, realizamos, com data-base inicial fixada em 1 de Janeiro de 2015, levantamento por amostragem de decisões^[3] oriundas de Mandados de Segurança impetrados por sociedades de grande porte no Estado de São Paulo em face do presidente da JUCESP e acompanhamos o andamento, para verificar eventual tendência jurisprudencial acerca do assunto^[4].

Nesta metodologia de pesquisa, identificamos 65 processos, os quais nos apresentam o seguinte resultado até a presente data: 4 processos extintos sem resolução de mérito; 6 processos com sentença pendente; 28 processos julgados improcedentes em 1ª instância (incluindo aqueles com recurso pendente de decisão); 20 processos julgados procedentes em 1ª instância (incluindo aqueles com recurso pendente de decisão); 4 processos julgados improcedentes em 1ª instância, mas com decisão revertida em 2ª instância; e 3 processos julgados procedentes em 1ª instância e mantidos em 2ª instância^[5].

¹ “Art. 3º Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.”

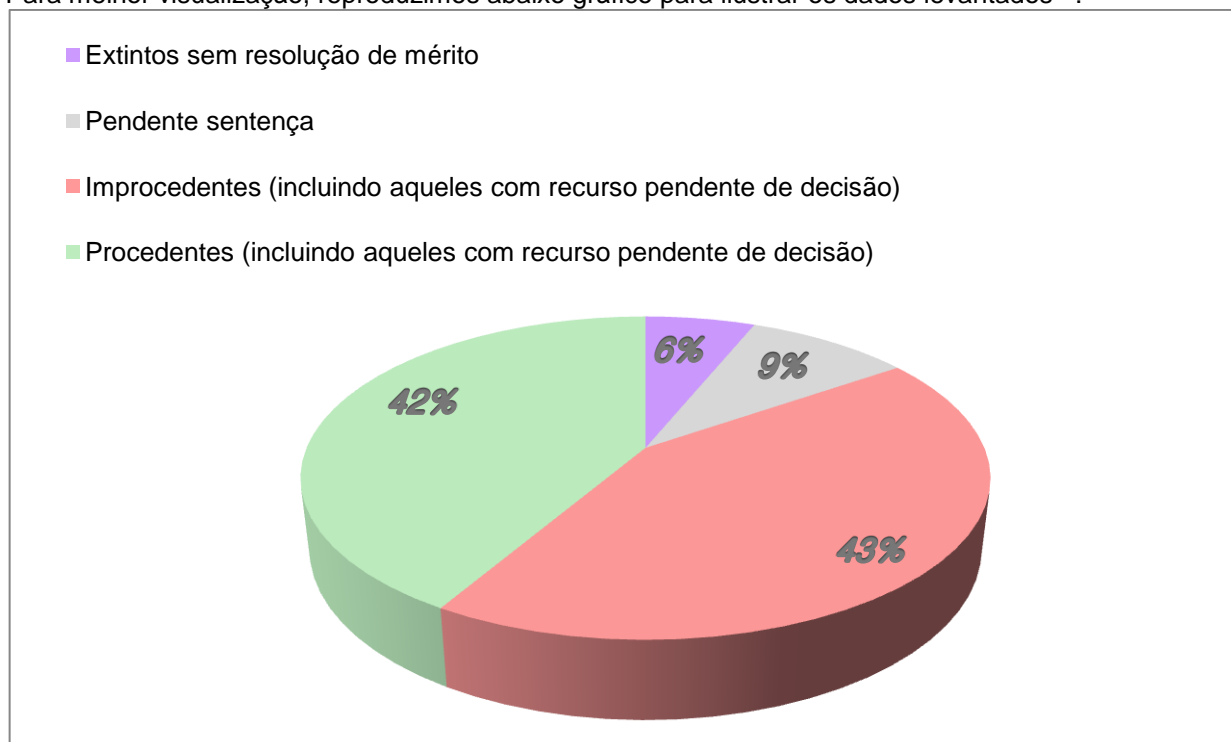
² Até então, a publicação do balanço e das demonstrações financeiras por sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de sociedade por ações era facultativo.

³ Para fins da pesquisa, não se consideraram as decisões liminares, apenas as decisões finais de mérito elaboradas por cada instância.

⁴ A pesquisa foi elaborada mediante consulta processual no site da Justiça Federal do Estado de São Paulo (<http://www.jfsp.jus.br/>), por meio de buscas específicas por Mandados de Segurança impetrados em face do Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo, selecionando processos relacionados ao assunto em referência.

⁵ Para fins do levantamento realizado, mantemos a decisão que é aplicável no presente momento, ou seja, caso julgada improcedente ou procedente em 1ª instância e interposto recurso sem decisão até o momento (ainda que recebido em efeito suspensivo), serão mantidos os dados da decisão de 1ª instância, somente se alterando caso haja julgamento do recurso modificando a decisão.

Para melhor visualização, reproduzimos abaixo gráfico para ilustrar os dados levantados^[6]:



É importante mencionar que dos 49 processos em que houve interposição de recurso de apelação ou sujeição obrigatória ao segundo grau de jurisdição^[7], apenas 7 foram julgados até a presente data e todos no sentido de que a Lei n. 11.638/07 prevê que somente se aplicam as regras de escrituração e elaboração das demonstrações financeiras, asseverando que não cabe ao administrador público ampliar seu escopo determinando a publicação dos documentos aqui referidos por meio de ato administrativo infralegal de caráter normativo, ou seja, determinações por parte do DREI ou das Juntas Comerciais, em decorrência do princípio da legalidade aplicado em âmbito público.

Desta forma, em que pese não ser possível afirmar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região é pacífico com relação ao tema, podemos concluir que há uma tendência de entendimentos no sentido da não obrigatoriedade de publicação do balanço e das demonstrações financeiras às sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de sociedade por ações, ainda que não haja posicionamento consolidado pelo Juízo de primeira instância nesse sentido. Entretanto, é importante mencionar que as decisões analisadas somente terão efeitos inter partes, ou seja, às partes do processo em referência, não se estendendo a terceiros.

Portanto, no âmbito administrativo as sociedades de grande porte devem observar as regras estabelecidas pelas Juntas Comerciais atualmente para registrarem a aprovação das demonstrações financeiras e do balanço patrimonial, as quais, no caso da JUCESP e de outras Juntas Comerciais, determinam como obrigatória a publicação prévia dos documentos em referência. Entretanto, caso entendam ser tal entendimento abusivo, extrapolando a competência das Juntas Comerciais, as sociedades de grande porte não constituídas sob a forma de sociedade por ações poderão buscar a dispensa de tal formalidade por meio da interposição de medida judicial, sendo possível notar na presente data, ao menos em segundo grau de jurisdição, tendência de acolhimento a seus pleitos.

Deborah Henriques Grasmann de Carvalho e Adolpho Smith de Vasconcellos Crippa
Advogada e sócio da Área Societária de Stüssi-Neves Advogados – São Paulo
deborah.grasmann@stussinevessp.com.br e adolpho.smith@stussinevessp.com.br

3. Algumas Considerações sobre os Termos de Ajustamento de Conduta Firmados com o Ministério Público do Trabalho

Muito se discute se as empresas devem, ou não, celebrar Termo de Ajustamento de Conduta.

⁶ Os dados apresentados representam a situação atual das decisões, independentemente da instância em que se encontra o processo.

⁷ Em mandados de segurança, uma vez concedida a segurança em 1ª instância, a sentença estará obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição, conforme disposto no § 1º do artigo 14 da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Em nossa prática profissional, analisamos as circunstâncias apresentadas pelo Ministério Público do Trabalho, a fim de orientar nossa clientela acerca dos riscos advindos da assinatura, ou não, do TAC proposto por esta entidade.

Na grande maioria dos casos, a investigação do Ministério Público do Trabalho se inicia por ofício emitido pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social ou pelo Juiz do Trabalho, por conta da constatação de irregularidades devidamente registradas em autos de infração ou em sentença, ou, ainda, por denúncia formulada por trabalhador ou sindicato prejudicado com o ato empresarial, entre outros.

Nas oportunidades em que o Ministério Público do Trabalho propõe termo de ajuste de conduta, visando ao comprometimento da empresa para cumprimento da legislação em vigor, não nos parece caber dúvida acerca do cabimento e pertinência da celebração do TAC, evitando, assim, a propositura de Ação Civil Pública ou Coletiva, a depender da abrangência que o Parquet pretender delegar por meio desta medida, cuja análise e julgamento refoge às partes, cujos valores pleiteados a título de indenização à coletividade podem alcançar valores muito expressivos e cujas obrigações de fazer e não fazer deverão ser cumpridas, na forma determinada pelo Judiciário.

Nos casos envolvendo situações subjetivas, como assédios moral e/ ou sexual, que possam admitir a produção de prova pela empresa em sentido contrário, não há motivo, em tese, para a celebração de TAC, justificando-se enfrentar uma eventual ação judicial. Logicamente, que se a empresa tiver conhecimento da ocorrência da irregularidade apontada pelo Ministério Público do Trabalho, a celebração do TAC é medida aconselhável.

Decidindo a empresa que celebrará TAC com o Ministério Público do Trabalho, é preciso muito cuidado na negociação das obrigações que o comporão e na redação das cláusulas que o regulamentarão, especialmente aquelas que se referem a prazos para acertamento da conduta e critérios para aplicação da multa por descumprimento, evitando dubiedade e obscuridade, que poderão, futuramente, causar prejuízos de difícil reparação para a empresa.

Como regra e desde que possível, as empresas devem se afastar de cláusulas que imponham a aplicação de multa diária por descumprimento de compromisso do TAC, pois os critérios para a sua aplicação, na maioria esmagadora das vezes, não é suficientemente claro e pode acarretar execuções em montantes exacerbados.

Celebrado o TAC, a empresa deve se instrumentalizar para cumprir as obrigações ajustadas, nos prazos fixados, produzindo prova em seu favor, especialmente quanto às dificuldades ou obstáculos enfrentados, como tem ocorrido com muitas empresas que não conseguem cumprir as cotas de PCD's (pessoas com deficiência), por ausência de oferta de profissionais com tais características no mercado de trabalho. Não constitui uma boa estratégia celebrar o TAC, quando se sabe ser impossível cumprir o seu conteúdo.

A depender do tipo de conduta irregular constatado pelo Ministério Público do Trabalho (diretamente ou pelos outros meios já referidos no presente texto) será necessária a mudança de cultura da empresa, como, por exemplo, nos casos de TAC para ajustamento de conduta relativa à duração de trabalho.

O cumprimento do TAC é regularmente verificado por atuação direta do Ministério Público do Trabalho ou por diligência solicitada por este último ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Se, em tais verificações, ficar constatado o descumprimento do TAC, o Ministério Público do Trabalho pode optar por i) negociar com a empresa o cumprimento espontâneo da obrigação descumprida e a quitação da multa correspondente ii) executá-lo, imediatamente, perante a Justiça do Trabalho, para a cobrança da multa ajustada, podendo agregar ao pedido eventual pedido de indenização à coletividade prejudicada com o ato empresarial, iii) propor ação anulatória do TAC (o que é bastante raro, mas não impossível), iv) propor Ação Civil Pública, pleiteando a revisão/anulação do termo atual por não mais se prestar à tutela dos direitos da coletividade (devendo, obviamente, comprovar esta condição), o pagamento de indenizações por danos coletivos, cujos montantes, podem alcançar valores exorbitantes, e o cumprimento das obrigações da fazer/não fazer.

Não se pode deixar de pontuar, ainda, a possibilidade de responsabilização pessoal dos dirigentes da empresa pelas irregularidades que o Ministério Público do Trabalho venha a constatar e de instauração de procedimentos criminais, na hipótese de ilícitos desta natureza.

Em nosso entender, a celebração de TAC's pode se constituir uma boa ferramenta para a empresa adequar-se à legislação em vigor, em prazos que sejam exequíveis, evitando ações coletivas, com pedidos de indenizações de valores vultosos, que podem comprometer o resultado da empresa ou mesmo a sua atividade econômica.

Maria Lúcia Menezes Gadotti
Sócia da Área Trabalhista de Stüssi-Neves Advogados – São Paulo
marialucia.gadotti@stussinevessp.com.br

4. Arbitragem e Mediação nos Contratos Administrativos Alternativa de Negociação em Tempos de Crise Financeira

Após o advento da Lei Federal n.º 9.307/96, muito se discutiu na doutrina se o Instituto da Arbitragem caberia como meio alternativo de solução dos conflitos gerados entre as partes, nos contratos administrativos. As vozes contrárias se prendiam basicamente a dois argumentos principais: (i) a inexistência de norma legal específica para a Administração Pública, que violaria o princípio constitucional da legalidade e (ii) o objeto da arbitragem só poderia versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Fato é que o Instituto da Arbitragem é um dos meios de solução pacífica dos conflitos mais antigos utilizados pelo Homem (desde a Idade Média), razão pela qual não demorou a ser inserido como um mecanismo alternativo para a Administração Pública. Foi assim com as Leis Federais: (i) n.º 9.472/97 (contratos de concessão de serviços de telecomunicações); (ii) n.º 9.478/97 (contratos de concessão das atividades relativas ao monopólio do petróleo); (iii) n.º 10.233/2001 (contratos de concessão dos serviços de transportes aquaviários e terrestres; (iv) 11.079/2004 (contratos de parcerias público-privada) e (v) n.º 11.196/2005, que inseriu o art. 23-A à Lei Federal n.º 8.987/95 (contratos de concessão em geral).

Desde o ano passado, o legislador pôs fim à referida controvérsia, pois com o advento da Lei Federal n.º 13.129/2015, foram acrescentados os §§1º e 2º ao artigo 1º da Lei Federal n.º 9.307/96, permitindo que a Administração Pública direta e indireta se utilize da arbitragem, transações e/ou acordos para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, passando, assim, a atender ao princípio constitucional da eficiência administrativa.

Para se saber quais são os direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem, torna-se necessário fazer uma análise se o contrato administrativo advém de: (i) atos de gestão; (ii) serviços comerciais e industriais do Estado; (iii) atos negociais em que a administração se equipara ao particular; (iv) atos de direito privado; (v) atos das empresas estatais que exercem atividade econômica.

Entretanto, o legislador foi além, pois com o advento da Lei Federal n.º 13.140/2015, permitiu a aplicação do Instituto da Mediação na Administração Pública (arts. 35 a 40), que, por sua vez, visa a solução consensual do conflito entre as partes sem a presença de um terceiro (como ocorre na arbitragem), através de um procedimento administrativo.

Em tempos de crise financeira nos três níveis de Governo (Federal, Estadual e Municipal), com diversos atrasos nos pagamentos das obrigações previstas contratualmente, bem como com disputas em relação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, torna-se imprescindível buscar uma alternativa de negociação, mediação, transação e/ou acordo junto a Administração Pública, com o intuito de evitar longas demandas judiciais.

A equipe do Stüssi-Neves Advogados está à disposição para auxiliar e prestar quaisquer esclarecimentos sobre os temas em referência.

Marcelo Lesniczki Campos

Sócio da Área de Direito Administrativo de Stüssi Neves Advogados – Rio de Janeiro
marcelocampos@stussi-neves.com