



MZ ADVOCACIA[®]

INFORMATIVO JURÍDICO —

EDIÇÃO 130
MARÇO 2021

Contratos e negociação como ferramentas eficazes de solução de conflitos corporativos

Quando se está diante de temas empresariais, é quase senso comum que dois questionamentos são de extrema importância para os gestores: Quanto custa? Em quanto tempo?

Isso decorre do simples fato de que as organizações não possuem espaços para falta de previsibilidade ou ainda incertezas sobre custos e prazos. Pode parecer uma obviedade no meio mercantil, mas certamente não o é quando se passa a analisar as questões envolvendo disputas judiciais. Exatamente porque o nosso sistema atual é ineficaz, moroso e imprevisível, infelizmente. Exatamente tudo o que não se quer nos negócios.

Daí que passa a fazer sentido o título desse texto, pois modernamente, nós advogados corporativos, percebemos que nunca foi tão importante dominar habilidades de negociação e de elaboração de bons contratos, enxutos, claros e eficazes, alinhado com a necessária fuga da ida aos tribunais para resolução de problemas.

Pensamento de forma mais ampla, sempre que se tem uma demanda judicial envolvendo matéria empresarial, temos por trás uma negociação que falhou, pois as partes abdicam de sozinhas resolverem a questão para entregar o caso a um terceiro, incumbido de conhecer da matéria, ouvir todos os lados, produzir os meios de provas e, finalmente, sentenciar, isto é, decidir para qual lado deve pender a determinação judicial impositiva. Em tese até parece lógico, o problema é que quando um terceiro resolve

a questão obrigatoriamente não teremos consenso, havendo um lado insatisfeito, que somente irá cumprir a determinação caso devidamente coagido a tal. E todos sabemos quão difícil é fazer algo ocorrer quando se tem imposição estatal, ou, visto por outro prisma, má vontade do perdedor da disputa, o qual restará eivado de sentimento de injustiça e tudo fará para descumprir ou atrasar o mando judicial, salvo raras exceções.

Mas como resolver? Parece-me que a solução está na busca obstinada do consenso, ou seja, do acerto, do realinhamento, do acordo. E não somente depois de instalado o imbróglio, pois a busca pelo alinhamento negocial deve começar ainda quando as partes querem entre si negociar, com a construção de bons acordos prévios, materializados em contratos certos e com regras suficientemente completas para em suas cláusulas evidenciar as regras do jogo. Tudo de modo a deixar claro, de antemão, o que se pode e o que não se pode, incluindo consequências de condutas e limitações de agir. Na realidade o bom contrato funciona muito mais como um manual de instruções, a ser usado durante o desenrolar do seu objeto pelas partes, do que propriamente uma ferramenta de extinção de conflitos. O que foi bem negociado e minutado, de antemão expõe condutas e deixa evidentes as balizas impostas ao agir das partes entre si e perante terceiros. Seria como um documento a exortar as partes sobre o que foi combinado.

Mas caso mesmo assim, diante de contrato devidamente elaborado, ainda surja o conflito, é hora então de entrar em cena o advogado conciliador/negociador, como ferramenta para buscar o consenso, via análise detalhada dos melhores interesses das partes, de modo a ser possível encontrar uma zona na qual o acordo seja viável, para então apontar e buscar as tolerâncias mútuas e firmar o pacto, resolvendo o ponto e evitando a utilização de processo judicial, o qual, como já dito, não “se sabe quando termina nem quanto vai custar”.

A cada dia reforço meu convencimento de que precisamos muito mais, na esfera corporativa, de bons negociadores e construtores de contratos do que belicosos advogados processualistas, exímios em obter sentenças favoráveis de difícil cumprimento.

Como já diziam nossos antepassados, com raro acerto e sabedoria: “é melhor um regular acordo cumprido do que uma espetacular sentença pendente de execução”. Cabe a nós, advogados corporativos, nos dedicarmos mais a esta importante competência, a de conseguir chegar ao aperto de mãos.



Guilherme Acosta Moncks
OAB/RS 65.405
Sócio do MZ Advocacia
guilherme@mzadvocacia.com.br

STF modula efeitos de decisão sobre tributação de operações de softwares

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, nesta quarta-feira (24/2), o julgamento que decidiu que incide ISS, e não ICMS, nas operações de softwares. Além disso, os ministros modularam os efeitos da decisão, que valerão a partir da publicação da ata do julgamento.

Prevaleceu, por maioria, a proposta de modulação dos efeitos apresentada pelo ministro Dias Toffoli, autor do voto condutor. O decano da corte, Marco Aurélio, ficou vencido. Toffoli estabeleceu oito hipóteses de modulação:

1) Contribuintes que recolheram somente o ICMS: não terão direito à restituição do tributo. Municípios não poderão cobrar ISS, sob pena de bitributação;

2) Contribuintes que recolheram somente o ISS: o pagamento será validado, e os estados não poderão cobrar ICMS;

3) Contribuintes que não recolheram nem ICMS nem ISS até a véspera da publicação da ata de julgamento: haverá apenas a possibilidade de cobrança do ISS, respeitada a prescrição;

4) Contribuintes que recolheram ISS e ICMS, mas não moveram ação de repetição de indébito: como é situação de bitributação, haverá a possibilidade de restituição do ICMS, mesmo sem ter ação em curso, sob pena de enriquecimento ilícito dos estados, e validade do recolhimento de ISS;

5) Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra estados, inclusive ações de repetição de indébito, nas quais se questiona a cobrança do ICMS: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares. Haverá a possibilidade de restituição ou liberação de valores depositados a título de ICMS;



6) Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, pendentes de julgamento movidas por estados visando a cobrança do ICMS quanto a fatos ocorridos até a véspera da data de publicação da ata de julgamento: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF de que incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares;

7) Ações judiciais, inclusive execuções fiscais, pendentes de julgamento movidas por municípios visando a cobrança de ISS quanto a fatos ocorridos até a véspera da data de publicação da ata de julgamento: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF pela cobrança de ISS, salvo se o contribuinte já tiver recolhido ICMS;

8) Ações judiciais pendentes de julgamento movidas por contribuintes contra municípios discutindo a incidência do ISS sobre operações de softwares até a véspera da data de publicação da ata de julgamento: tais processos deverão ser julgados com base no entendimento firmado pelo STF pela incidência de ISS, com ganho de causa

para os municípios, inclusive com conversão em renda dos depósitos judiciais e penhora de bens e valores.

Voto condutor

O voto condutor é do ministro Dias Toffoli, relator de uma das ações que discutem o tema. “O simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS”, afirmou.

De acordo com Toffoli, a sujeição das operações de transferência eletrônica de software à incidência do ICMS “ainda carece de análise” pelo Supremo, devido às particularidades das várias formas de transferência de programas de computador. Votaram da mesma forma os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

Toffoli sugeriu ainda modular os efeitos da decisão a partir da data da publicação da ata do julgamento. Dessa maneira, os municípios ficariam proibidos de cobrar ISS de quem já pagou ICMS sobre operações de softwares, e os contribuintes não poderiam pedir ressarcimento.

O decano, ministro Marco Aurélio, também votou para afastar a incidência do ICMS nas operações, mas contra a modulação dos efeitos para evitar que se “aposte com a morosidade da Justiça”. “Norma inconstitucional é norma natimorta”, frisou.

Incidência do ICMS

A corrente contrária entendeu que deve incidir o ICMS. Votaram desta forma os ministros Luiz Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Nunes Marques.

Fachin e Cármen Lúcia entenderam que os programas de computador são mercadorias, ainda que a circulação aconteça de forma digital e virtual. “Se antes programas de computador, quando produzidos em série e destinados à comercializa-

ção, deviam ser físicos, materializando-se o ‘corpus mechanicum’ da criação intelectual, isso hoje não é mais necessário”, ponderou Fachin.

Já Gilmar Mendes entendeu que nos casos de softwares que sejam desenvolvidos de forma personalizadas deve incidir o ISS. O ICMS, segundo o ministro, deve incidir sobre o software padronizado e comercializado em escala industrial.

“O STF reviu seu entendimento não apenas por uma necessidade de correção técnica, como também pela atualização/modernização das operações; hoje não há mais a circulação física de um software por meio de mídias e caixas de prateleiras. Ou seja, o software é comercializado via licença de uso (cessão), e, portanto, não há venda com transmissão de propriedade, eis o motivo pelo qual não pode haver a incidência do ICMS”, explica **Sulamita Szpiczkowski Alayon**, especialista em Direito Tributário do Porto Advogados e juíza do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT) do Estado de São Paulo.

“Resta aos contribuintes e aos Fiscos – Estaduais e Municipais – aguardarem por mais uma semana para terem a modulação dos efeitos dessa decisão, a fim de definir como ficarão as exigências fiscais em andamento e a possibilidade de se pleitear eventual restituição do tributo pago.”

As ações

Uma das ações (ADI 1.945) foi ajuizada pelo MDB para questionar lei de Mato Grosso e está em tramitação no Supremo desde 1999. A norma determina a incidência do ICMS nas operações de cópias ou exemplares dos programas de computador.

A outra ação (ADI 5.659) foi ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS). Essa ADI, relatada por Toffoli, pediu a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 46.877/15, de Minas Gerais.

Fonte: Conjur

STF exige lei complementar para cobrança de diferenças do ICMS

No dia 24, o plenário do STF entendeu que é necessária lei complementar para disciplinar, em âmbito nacional, a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS exigida pelos Estados. Por maioria apertada, 6x5, o colegiado considerou inadequada a regulamentação da matéria por meio de convênio com o Confaz - Conselho Nacional de Política Fazendária. A tese fixada no julgamento foi a seguinte:

“A cobrança da diferença de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzida pela EC 87/15, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais.”

Os ministros também aprovaram a modulação dos efeitos da decisão. Quanto à cláusula 9ª do convênio, a decisão passa a valer desde a concessão da medida cautelar nos autos da ADIn 5.464. Quanto às cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª será a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão seguinte deste julgamento.

Entenda

Os ministros julgaram duas ações sobre o mesmo tema. A primeira delas foi ajuizada pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico contra as cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio ICMS 93/15 do Confaz - Conselho Nacional de Política Fazendária, que dispõem sobre os procedimentos a serem observados nas operações e nas prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade federada. O Difal foi acrescentado à CF pela EC 87/15. Entre outros pontos, os dispositivos estabelecem a adoção da alíquota interestadual nas



operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado. A regra prevê que caberá ao estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual do ICMS.

O recurso extraordinário foi interposto por empresas contra decisão do TJ/DF, que entendeu que a cobrança do Difal, acrescentado pela EC 87/15, não está condicionada à regulamentação de lei complementar. As empresas alegam que a cobrança cria nova possibilidade de incidência do tributo e, portanto, exigiria a edição de lei complementar, sob pena de desrespeito à Constituição Federal.

•Pela necessidade de lei complementar

O julgamento teve início em novembro de 2020 com os votos dos relatores (Marco Aurélio e Dias Toffoli). O ministro **Marco Aurélio** foi “fino para os contribuintes e grosso para a Fazenda”, conforme ele próprio classificou. O decano proveu o recurso

para reformar o acórdão no sentido de assentar a invalidade da cobrança em operação interestadual, envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do diferencial de alíquota do ICMS na forma do convênio 93/15, ausente lei complementar.

•**Veja a íntegra do ministro Marco Aurélio.**

O ministro Dias Toffoli deu provimento as ações, para invalidar os trechos impugnados do convênio, ou seja, pela necessidade de lei complementar.

No início de seu voto, o ministro **Dias Toffoli** questionou: o emitente da mercadoria, sendo uma microempresa, vai ter condições conhecer toda a legislação estadual e ter estrutura para efetuar o recolhimento do tributo? “Você inviabilizaria o setor que mais gera emprego no Brasil, que são as micro e pequenas empresas”, afirmou.

Segundo o ministro, após a EC 87/15 o empresário passou a ter duas obrigações tributárias. Uma com o Estado de origem, a qual deve o imposto com base na alíquota interestadual, e outra com o Estado de destino, ao qual deve o imposto diferencial de alíquotas. “Provocou substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária”, afirmou o ministro sobre a EC.

Dias Toffoli afirmou que cabe à lei complementar definir seus contribuintes; dispor sobre substituição tributária; disciplinar o regime de compensação de imposto; fixar o local de cobrança do imposto e fixar a base de cálculo.

Por fim, o ministro salientou que a falta de lei complementar vem trazendo diversos conflitos federativos. Assim, para Toffoli, não cabe aos Estados e ao DF efetivar cobrança do imposto em não havendo lei complementar.

De modo breve, o ministro **Luís Roberto Barroso** acompanhou o voto do relator Toffoli. Segundo o ministro, a norma impugnada, apesar de fazer

referência a dispositivos da Lei Kandir, inova ao disciplinar procedimentos a serem observados na nova dinâmica constitucional referente a operações e prestações que destinem bens, mercadorias e serviços a consumidor final, não contribuinte do ICMS, localizado em outro Estado. Barroso destacou que o convênio invade campo reservado à lei complementar, pois dispõe sobre base de cálculo e creditamento. “As alterações promovidas pela EC 87/15, na sistemática do recolhimento do ICMS em operações interestaduais, demandam regulamentação por lei complementar”, concluiu.

Edson Fachin frisou que a equiparação do regime de aplicação de alíquotas interestaduais do ICMS para consumidores finais, localizados em outros Estados, não dispensa lei complementar. Para o ministro, o convênio impugnado inova no aspecto pessoal e quantitativo do fato gerador do ICMS. “A cobrança de diferencial de alíquotas na forma do referido convênio por empresas optantes pelos Simples Nacional viola a reserva de lei complementar”, finalizou.

As ministras **Rosa Weber** e **Cármem Lúcia** alinharam-se ao entendimento pela imprescindibilidade da lei complementar. Por fim, assentou a invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, ante a ausência de lei complementar, na forma do convênio 93/15, em operação interestadual.

•**Lei complementar é dispensável**

Na tarde de hoje, o ministro **Nunes Marques** divergiu dos relatores, enfatizando não ser necessária edição de lei complementar para cobrança das diferenças do ICMS. Nunes Marques afirmou que a EC 87/15, ao estabelecer as balizas relativas ao ICMS, cumpriu a função de norma geral do imposto, possibilitando a cobrança do diferencial de alíquota, tanto na sistemática anterior, quanto na presente.

Nunes Marques salientou que, na análise da sistemática inaugurada pela EC 87/15, sequer há de se falar de conflito aparente, pois todos os elementos já estão postos na CF, que não impõe necessária edição de LC.

Para o ministro, não há qualquer transgressão constitucional nas normas analisadas, pois sendo do remetente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre à alíquota interna e a interestadual, quando destinatário não for contribuinte do imposto, é de se esperar que seja observada a legislação do Estado.

No mesmo sentido, entendeu pela prescindibilidade de lei complementar **Alexandre de Moraes**: “absolutamente desnecessária a edição de uma nova lei complementar”. O ministro explicou que a EC 87/15 apenas ampliou a incidência do diferencial de alíquota, “não criou a possibilidade de uma LC vir a estipular o diferencial de alíquota”.

“A EC 87/15 não instituiu a cobrança de novo tributo que exigisse uma nova lei complementar, uma nova lei instituidora. Ela apenas estendeu a sistemática constitucional de aplicação do diferencial de alíquota do ICMS.”

Moraes ressaltou que o constituinte estabeleceu, na verdade, foram novas regras de distribuição de receita do ICMS, “essa, sim, regulamentada pela lei complementar chamada de Lei Kandir”. Propôs, ao fim, o entendimento: “A cobrança do diferencial de alíquota do ICMS nos moldes da EC 87/15 não exige a edição de lei complementar”.

O ministro **Ricardo Lewandowski** entendeu que o convênio limita-se apenas a disciplinar traços meramente instrumentais do ICMS interestadual não sendo, portanto, inconstitucional.

Gilmar Mendes enfatizou que a EC 87/15 foi extremamente detalhista, fazendo prescindir uma nova lei. De acordo com o ministro, a nova disciplina constitucional não criou espécie tributária nova e nem alterou elemento do ICMS que exigisse edição de nova lei complementar geral. *“Todos os aspectos relativos ao ICMS estavam e permaneceram disciplinados na EC 87/15”,* concluiu.

Fonte: Migalhas

Para visualizar informativos anteriores, acesse www.mzadvocacia.com.br/informativos

Gerente que assediou moralmente ressarcirá empresa em ação de regresso

A 8ª turma do TST rejeitou apelo de um ex-gerente de vendas de uma cervejaria, que pretendia re-discutir, no TST, decisão que o condenou a ressarcir a empresa dos valores pagos a subordinados vítimas de assédio moral praticado por ele. A condenação é decorrente de uma ação de regresso, que visa obrigar o efetivo responsável pelo dano à reparação da importância despendida.

Assédio comprovado

A cervejaria, sediada em Recife/PE, contratou o gerente de vendas em abril de 2014 e o dispensou em janeiro de 2015. O assédio moral praticado por ele no período, por meio de ameaças de demissão pelo não atingimento de metas, foi comprovado em vários processos, levando à condenação da empregadora ao pagamento de indenizações por dano moral.

Na ação de regresso, a empresa sustentou que, da mesma forma que é responsável pelos prejuízos causados por seus empregados na execução do contrato de trabalho, a empresa também pode “(e deve!)” buscar ressarcimento por ter arcado com a indenização desses prejuízos.

Ação incomum

O juízo de 1º grau e o TRT da 6ª região constataram que a conduta do ex-gerente como assediador moral de seus subordinados foi devidamente comprovada em algumas reclamações trabalhistas, com decisões condenatórias definitivas, e acolheram o pedido de regresso.

Segundo o TRT, embora sejam incomuns as ações de iniciativa das empresas em busca de ressarcimento, quando condenadas ao pagamento de indenização por dano moral por condutas irregula-

res praticadas por seus empregados, não há dúvidas quanto ao seu cabimento. De acordo com o artigo 934 do Código Civil, “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou”.

O TRT apenas limitou o ressarcimento à metade dos valores das condenações impostas em duas ações, no total de R\$ 3 mil, acrescidos de juros e correção monetária, porque, em outras duas ações, havia outro assediador, além do ex-gerente.

“Mera consulta”

No recurso ao TST, o ex-gerente sustentou que não houve prova documental do trânsito em julgado da condenação da empresa ao pagamento da indenização por dano moral, o que impediria o ajuizamento da ação de regresso. Contudo, segundo a relatora, ministra Dora Maria da Costa, isso é averiguável por mera consulta processual no site do TRT, que pode ser feita pelo magistrado, “na busca da verdade real, como condutor do processo”.

No caso, o TRT, em consulta ao site eletrônico do PJe, verificou que, dos processos citados pela empresa, dois continham decisões transitadas em julgado a respeito do tema. Assim, a alegação do ex-gerente não deve ser considerada.

A decisão foi unânime.

•Processo: AIRR-619-50.2018.5.06.0019

Fonte: TST



MZ ADVOCACIA[®]

PELOTAS

Rua Menna Barreto, 391
Bairro Areal
CEP 96077-640
53.3025.3770
pelotas@mzadvocacia.com.br

RIO GRANDE

Praça Xavier Ferreira, 430, Conj. 303
Bairro Centro
CEP 96200-590
53.3035.2770
riogrande@mzadvocacia.com.br

PORTO ALEGRE

Av. Getúlio Vargas, 1157, Conj. 1010
Bairro Menino Deus
CEP 90150-001
51.3516.1584
portoalegre@mzadvocacia.com.br