
Segurança jurídica deu o tom ao Direito Empresarial

*Este texto sobre **Direito Empresarial** faz parte da **Retrospectiva 2007**, série de artigos em que são analisados os principais fatos e eventos nas diferentes áreas do direito e esferas da Justiça ocorridos no ano que terminou.*

Findo mais um ano no Judiciário, é chegada a hora de proceder-se a análises retrospectivas as mais diversas. Sob o ponto de vista do Direito Empresarial, considerada a atuação de nossas Cortes Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) — que, em primeiríssimo lugar, merecem o reconhecimento do esforço cívico de prestar a jurisdição em meio à verdadeira avalanche de processos que diariamente se avolumam nos gabinetes —, significativos avanços e consolidações de posições devem ser ressaltados.

No âmbito da atuação do Superior Tribunal de Justiça, deve-se destacar importantíssimo pronunciamento da Corte envolvendo discussão específica em torno da Lei de Arbitragem. Trata-se do Recurso Especial 606.345, em cujo julgamento a 2ª Turma consolidou o entendimento segundo o qual as sociedades de economia mista estão obrigadas a se submeterem à arbitragem em virtude da cláusula compromissória contratualmente prevista.

Interessante observar que o citado precedente traz fundamento autônomo, utilizado como argumento de reforço, segundo o qual a própria Administração Pública, quando em causa contrato envolvendo ato de gestão, com relação ao qual está presente interesse público meramente secundário, está obrigada a cumprir a cláusula compromissória inserida em contrato por ela própria elaborado.

Assim, o precedente revela-se um alento para todos aqueles que apostam no fortalecimento desse eficaz meio alternativo de solução de conflitos no Brasil, como forma de melhorar o nosso ambiente de negócios e, com isso, atrair mais investimentos para o crescimento de nossa economia.

Significa, também, pôr um fim na insegurança e na incerteza geradas por posturas contraditórias, seja de sociedades de economia mista, seja da própria Administração Pública, em discutir “a posteriori”, perante o Judiciário, a validade de cláusula compromissória contratualmente aceita.

Na mesma linha de relevância, considerado, nessa oportunidade, o pujante setor de telefonia, merece destaque a decisão da 1ª Seção do STJ. Ao julgar o Recurso Especial 911.802, a Seção definiu ser legal a cobrança de assinatura básica nos contratos firmados com os usuários do sistema de telefonia fixa, sepultando a tese sustentada por consumidores e institutos ou associações que os representam no sentido de que a referida cobrança seria abusiva, em razão de estar desvinculada da prestação de serviço específico que lhe desse causa.

No caso, a Corte Superior destacou que a cobrança de assinatura básica legitima-se em razão da necessidade de investimento e manutenção da infra-estrutura indispensável ao regular funcionamento do sistema e dos serviços que permanentemente têm que ser postos à disposição dos usuários. Ademais, prestigiou-se o equilíbrio econômico dos contratos de concessões, cujas equações financeiras levaram

em consideração, para a fixação das respectivas tarifas de uso, a possibilidade de cobrança do valor relativo à assinatura básica.

Também o setor financeiro viu questão de seu interesse direto ser definida pela 2ª Seção, quando do julgamento do Recurso Especial 447.431. A propósito, a discussão travada dizia respeito à cobrança indevida de tarifa bancária e à pretensão do correntista de devolução dos respectivos valores, corrigidos pela mesma taxa de juros do cheque especial, de forma capitalizada.

Ao final, firmou-se o entendimento no sentido de que, em tais casos, a recomposição do dano suportado pelo correntista deve compreender a repetição do indébito, devidamente corrigido com base nas regras do Código Civil de 1916 e do artigo 406 do Código Civil atual, o que implica dizer 0,5% ao mês até janeiro de 2003 e, a partir daí, aplicação da taxa Selic. E que qualquer parcela adicional só se justificaria, em tese, a título de indenização de caráter punitivo (teoria do desestímulo), tese essa que foi rechaçada por não encontrar abrigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda no âmbito do STJ, destaca-se acórdão da 2ª Turma, da lavra da ministra Eliana Calmon, por meio do qual deferiu-se liminar, nos autos da Medida Cautelar 13.304, para garantir a eficácia de acordo de acionistas celebrado pelos adquirentes privados de participação acionária no âmbito da empresa de saneamento do estado do Paraná — Sanepar, acordo previsto no edital de privatização da empresa, e que por isso mesmo integrava as condições originais da proposta.

A tônica essencial do julgamento residiu na afirmação da necessidade de cumprimento dos contratos e avenças formalizados legitimamente pela Administração, como forma sobretudo de proteção da iniciativa privada de rompimentos unilaterais que desvirtuam, sob o manto de proteção do interesse do Estado, a mera realização de interesses circunstanciais de governo. Com esta decisão, portanto, reiterou o STJ seu compromisso na construção de um ambiente juridicamente seguro e estável, substrato indispensável à edificação do tão almejado desenvolvimento econômico do país.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, merece especial destaque a concessão, pelo Plenário, de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.322. A Cautelar foi deferida para suspender a eficácia da Lei 3.426/2004, do Distrito Federal, que obriga as concessionárias de telefonia fixa a individualizar, nas suas faturas de cobrança, cada ligação realizada pelo consumidor, incluindo, pelo menos, a data, o horário e a duração da ligação, o número do telefone chamado e o valor cobrado.

O fato marcante do referido julgamento foi que a Suprema Corte afirmou que, a pretexto do exercício de competência concorrente, sob a alegação de que o detalhamento de informações nas contas de telefônicas é matéria de Direito do Consumidor (o direito à informação), os estados não estão autorizados a legislar sobre assunto. É ele de competência exclusiva da União (telecomunicações), a quem cabe, no caso, estabelecer, de maneira uniforme, os direitos dos usuários do sistema de telefonia, na sua dupla condição de poder concedente e de formuladora da política pública do setor.

Ou seja, a suposta defesa de Direito do Consumidor — entendido aqui como o usuário do sistema de telefonia fixa — não admite regramentos parciais e díspares dos estados-membros, sob pena de quebra da necessária e indispensável unidade do sistema normativo, que, inclusive, repercute diretamente na economia do contrato de concessão.

Por derradeiro, em outubro último o Plenário iniciou o julgamento do referendo da liminar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 77, em que se discute relevante controvérsia que se instaurou em torno da regra de conversão prevista no artigo 38 da Lei 8.880/94, a Lei do Plano Real, e da sua incidência imediata sobre os contratos em curso e sobre os títulos de crédito anteriores à sua edição, afastada a aplicação da limitação da garantia constitucional de proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

O ministro relator, Menezes Direito, em judicioso voto, assentou o cabimento da medida e propôs o referendo integral da decisão monocrática concessiva da liminar, proferida pelo relator originário do feito, ministro Sepúlveda Pertence, para determinar a suspensão da tramitação de todos os processos em que discutida a constitucionalidade do citado artigo 38 da Lei 8.880/94.

Sua Excelência alertou para o risco de surgimento de um novo e desconhecido “esqueleto” e reiterou a jurisprudência já conhecida da Corte, no sentido da não aplicabilidade da garantia do direito adquirido em se tratando de norma que altera padrão monetário.

Desmembrado o julgamento, após o acolhimento de sugestão do ministro Marco Aurélio para apreciação da preliminar de cabimento da medida (ADPF), foi ele suspenso por pedido de vista do ministro César Peluso. Antes, proferiram votos os ministros Menezes Direito (relator), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Joaquim Barbosa, pelo conhecimento da ADPF, o ministro Marco Aurélio, que a conhecia como Ação Direta de Constitucionalidade, e o ministro Carlos Britto, que não admitia, no caso, o controle abstrato, seja em sede de ADPF, seja como ADC.

Discussões tributárias

O ano de 2007 foi marcante na história de nossas Cortes Superiores também em relação à área tributária, a iniciar-se pela apreciação, pelo STF, de três questões envolvendo o acesso dos contribuintes tanto à esfera administrativa quanto ao Poder Judiciário.^[1]

No julgamento dos Recursos Extraordinários 388.359, 389.383 e 390.513, reconheceu-se a inconstitucionalidade do depósito de 30% para interposição de recurso administrativo. A inconstitucionalidade do arrolamento de bens correspondentes a 30% do valor do tributo federal exigido na esfera administrativa como condição de admissibilidade recursal, por sua vez, foi declarada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976-7. Já no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.074, declarou-se a inconstitucionalidade do depósito preparatório das ações judiciais que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS.

Referidos julgados representaram um marco em relação ao reconhecimento do direito subjetivo público do contribuinte ao processo administrativo tributário. Ao reconhecer a inconstitucionalidade do depósito

recursal, bem salientou o ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, que o processo administrativo deve servir ao controle de legalidade dos atos da Administração e que a exigência viola o núcleo do direito fundamental de recorrer.

Também foram implementadas no STF as importantes alterações legais no processamento dos recursos extraordinários, definindo-se um critério de seletividade para a admissão de tais recursos, bem como conferindo-se efetividade aos mecanismos para que os tribunais inferiores observem as orientações da Corte Suprema.

Na apreciação do Recurso Extraordinário 556.664, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, aplicou o Pleno o instituto da suspensão da tramitação dos processos nos tribunais e turmas de juizados especiais de origem, até que seja apreciada a repercussão geral da matéria atinente ao prazo decadencial para a cobrança das contribuições sociais (artigo 46 da Lei 8.212/91)^[2].

A análise da repercussão geral em matéria tributária, relativa à declaração de inconstitucionalidade de artigo de lei que determina a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins incidentes sobre as importações, por sua vez, foi efetivada no Recurso Extraordinário 559.607, de relatoria do ministro Marco Aurélio. Os ministros, resolvendo questão de ordem, reconheceram a repercussão geral da matéria versada no recurso, por entenderem que a declaração de inconstitucionalidade na origem e o envolvimento da matéria em inúmeras relações jurídico-tributárias demonstram a relevância e transcendência da matéria.

O ano foi acentuado, igualmente, pelo julgamento dos Recursos Extraordinários 353.657 e 370.682, decidindo o Plenário do STF, por seis votos a cinco, que a aquisição de insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero não geram crédito de IPI. Quanto ao aspecto temporal da decisão, embora tenham suscitado os ministros que sua aplicação poderia ser temperada em razão da segurança jurídica, decidiram, ao final, por nove votos a um, conferir-lhe efeito “ex tunc”.

Já a não-incidência do ICMS sobre as operações de “leasing” internacional foi reconhecida pela Corte Constitucional no julgamento do Recurso Extraordinário 461.968, entendendo os ministros que não há, no caso, transferência de domínio, não se caracterizando a operação como de circulação de mercadoria.

Questões pendentes

Grandes questões na área tributária ainda aguardam seu desfecho na Corte Suprema, a exemplo da incidência do IR e CSLL sobre os lucros oriundos do exterior. O STJ, no julgamento do Recurso Especial 907.404, recentemente declarou válida a tributação sobre os lucros auferidos pelas empresas controladas situadas no exterior. No entanto, encontra-se em curso no Supremo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.588, na qual se discute em que momento considera-se ocorrida a disponibilidade econômica ou jurídica tanto para a controladora quanto para a coligada no Brasil — para fim de determinação da base de cálculo do IR e da CSLL — dos lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior. Após três votos pela procedência e dois pela improcedência do pedido, os autos foram remetidos ao ministro Carlos Britto, diante de seu pedido de vista.

A CSLL também foi objeto da atenção do STF no ano em tela no julgamento da Ação Cautelar 1738, que discute a incidência do tributo sobre as receitas de exportação. Embora incipiente, a discussão delinea-se favoravelmente aos contribuintes, deferindo o Plenário a medida cautelar para o fim de

suspender a cobrança da contribuição.

Outra grande questão tributária sobre a qual ainda não há pronunciamento definitivo da Corte é a que respeita à compensação dos prejuízos fiscais para fins de cálculo do IR e da CSLL. O julgamento do Recurso Extraordinário 344.994, que trata da matéria, ainda se encontra suspenso diante de pedido de vista formulado pela ministra Ellen Gracie, após proferidos cinco votos pela constitucionalidade da limitação de 30% à compensação de referidos prejuízos, contra um voto pela sua inconstitucionalidade.

Marcante no ano que se finda a disputa, no STJ, relativa ao crédito-prêmio do IPI. A 1ª Seção da Corte Infraconstitucional pontificou, ao apreciar os Embargos de Divergência nos Recursos Especiais 738.689, 767.527, 765.134 e 771.184, que referido crédito-prêmio, instituído pelo Decreto-Lei 491/1969, está extinto desde 1990, por força do disposto no parágrafo 1º do artigo 41 do ADCT. A batalha judicial, no entanto, ainda deve ser estendida à Corte Suprema, para pronunciamento definitivo acerca da matéria.

Também aguarda definição a questão atinente à majoração da alíquota da Cofins de 2% para 3% operada pelo artigo 8º da Lei 9.718/98, que, segundo recente decisão havida no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 527.602, será objeto de apreciação pelo Plenário do STF.

De igual modo, é aguardado com expectativa o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 18, ajuizada em outubro desse ano pelo presidente da República, por meio da qual se pretende seja declarada a constitucionalidade dos dispositivos legais que determinam a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep. Embora já se encontre em curso o julgamento do Recurso Extraordinário 240.785, “leading case” da matéria, no qual foram proferidos sete votos, seis dos quais no sentido de declarar a inconstitucionalidade da inclusão, o julgamento da referida ADC terá o condão de finalizar a discussão de todos os processos envolvendo o tema.

Outra disputa tributária em curso diz respeito à incidência da Cofins sobre as receitas dos escritórios de advocacia e demais sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada. Nos Recursos Extraordinários 377.457 e 381.964, interpostos por contribuintes, já foram proferidos oito votos, todos no sentido de negar-lhes provimento, encontrando-se o julgamento suspenso em razão de pedido de vista dos autos pelo ministro Marco Aurélio.

Ainda não chegou à Corte Suprema a discussão acerca da incidência do PIS e da Cofins na distribuição de juros sobre o capital próprio, sobre a qual se manifestou o STJ pela primeira vez no ano que ora se finda. No julgamento do Recurso Especial 921.269, a sua 1ª Turma decidiu que o juro é uma espécie de remuneração aos quotistas/acionistas das empresas em razão do capital investido, e não pode ser caracterizado como lucro ou dividendo. Salientaram os ministros, ainda, que as normas instituidoras da isenção em relação aos lucros e dividendos não podem ser aplicadas por analogia aos juros sobre o capital próprio, já que estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina sua interpretação restritiva (artigo 111 do CTN).

A controvérsia sobre a possibilidade de dedução da base de cálculo do PIS e da Cofins dos valores não recebidos em razão da inadimplência dos clientes, embora ainda não solucionada em caráter definitivo, conta com dois recentes precedentes do STJ desfavoráveis aos contribuintes. Tanto no julgamento do Recurso Especial 751.368, de relatoria do ministro Luiz Fux, da 1ª Turma, quanto no julgamento do

Recurso Especial 953.011, da 2ª Turma, cujo relator é o ministro Castro Meira, decidiu-se que o sistema tributário nacional estabeleceu o regime financeiro de competência, e não o de caixa, para a apuração dos resultados das empresas. Entenderam os ministros, ainda, que não se pode aplicar, por analogia, o tratamento previsto em lei às vendas canceladas, o que implicaria violação ao princípio da legalidade tributária.

A restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação for inferior à presumida, é outra questão cujo julgamento poderá trazer relevantes conseqüências às empresas. O STF retomou nesse ano o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.675 e 2.777, nas quais já foram proferidos dez votos, cinco pela procedência e cinco pela improcedência dos pedidos, aguardando-se o voto de desempate do ministro Ricardo Lewandowski, que pediu vista dos autos.

No que pertine à incidência do ICMS sobre a alienação, por parte das empresas seguradoras, de salvados de sinistros, aguarda-se o término do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.648. Quatro votos já foram proferidos no sentido da parcial procedência do pedido, para que se confira interpretação conforme a Constituição ao inciso IV do artigo 15 da Lei 6.763/75, na redação dada pelo artigo 1º da Lei 9.758/89, ambas do estado de Minas Gerais, excluindo-se referidas operações da esfera de incidência do tributo, por ser a venda mera conseqüência da restituição do patrimônio da seguradora em razão da sua atividade securitária.

Em relação aos contratos de seguros, aguarda-se decisão do Plenário da Corte nos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 400.479, nos quais se sustenta que as receitas de prêmios não integram a base de cálculo da Cofins, sob o argumento de que o contrato de seguro não envolve a venda de mercadorias ou prestação de serviços.

Esse breve relato de casos pontuais revela, ao fim e ao cabo, uma atuação ativa e segura, notadamente de nossas Cortes Superiores, na prestação pronta e eficaz da jurisdição, perseguindo o valor da segurança calcada na previsibilidade e certeza quanto às conseqüências de condutas adotadas no plano das relações empresariais, sempre dinâmicas, inovadoras e que despertam questionamentos e indefinições que estão a exigir, no plano da interpretação judicial das normas jurídicas aplicáveis, incessante trabalho e constante evolução.

[1] Tratamos de referida questão em artigo publicado em co-autoria com Alexandre Naoki Nishioka no *Jornal Correio Brasiliense*, intitulado *O STF e o devido processo legal* (*Correio Brasiliense*, Seção Direito & Justiça, 07/05/2007).

[2] Importante registrar que a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei n.º 8.212/91 já tem sido reconhecida pelo STF em decisões monocráticas de seus Ministros. São exemplares as decisões proferidas pelo Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário n.º 552.710, e pelo Ministro Eros Grau, no Recurso Extraordinário n.º 534.856, datadas de 26/02/2007 e 13/08/2007, respectivamente, que reconheceram que o preceito que estabelece o prazo decadencial de 10 anos para a constituição do crédito relativo às contribuições destinadas à seguridade social não se coaduna com a Constituição.

Date Created

04/01/2008