



In extenso

Edição 008 - OUTUBRO/2014

Artigos e Doutrinas

Adicional de Periculosidades e os Motociclistas

Compensação da Jornada de Trabalho e Horas Extras

Férias Coletivas

Notícias em Destaque

Fotos no FB levam a justa causa por uso de falso atestado

Empresa é condenada a pagar R\$ 100 mil por não depositar FGTS

Estabilidade a quem recebeu vale-transporte e se acidentou de motocicleta

Jurisprudência

Negado vínculo de emprego a médico

Sócio de firma dissolvida irregularmente responde em execução fiscal não tributária

Julgamento do STF sobre ICMS na COFINS só valerá para caso concreto

SB ADVOCACIA E CONSULTORIA COMPLETA NOVE ANOS

Os sócios Christiano M. **Baldasoni** e , Cristiano Cezar **Sanfelice** comemoram 09 anos de atuação do escritório, aproveitando o momento para refletir sobre o passado e, assim, aprimorar ainda mais os serviços oferecidos aos seus clientes.

Na avaliação do sócio Cristiano Cezar Sanfelice, *“o escritório está no caminho certo, sempre numa ascensão técnica, não em passos largos, mas sim em passos firmes”*.

Para o sócio Christiano M. Baldasoni, *“o escritório se mostra mais maduro, mantendo a forma de pensar, conservando a preocupação em adotar os mais elevados padrões éticos e de qualidade técnica tanto na identificação quanto na soluções dos problemas submetidos por nossos clientes”*.

E o futuro que se busca está ancorado nos mesmo valores que foram estabelecidos lá no passado: *Responsabilidade, Ética, Respeito, Comprometimento, Conhecimento, e Excelência*.

Também se manteve intacto o ideal de se prestar serviços de advocacia e consultoria jurídica de alta qualidade, unindo conhecimento técnico, tecnologia e inovação, e assim sendo, resguardar o direito e os interesses de nossos clientes, atingindo a plena satisfação daqueles que depositam suas causas em nossas mãos.

MOTOCICLISTAS E O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº 12997/2014



A Lei nº 12.997/2014, publicada em 18 de junho de 2014, trouxe relevante alteração na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mais precisamente no artigo 193, ao acrescentar que *“as atividades de trabalhador em motocicleta também é considerada como perigosa”*, e, assim sendo, fazendo jus ao recebimento de adicional de insalubridade.

Ainda sobre o tema, o Ministério do Trabalho e Emprego divulgou que o *“adicional a motociclistas será regulamentado pelo MTE Regulamentação será submetida a consulta pública a partir de 15 de julho.”* Assim prosseguindo-se, após quase dois meses de consulta pública, o MTE alterou a Norma Regulamentadora nº 16 (NR16) para adequá-la aos termos da Lei nº 12.997/2014.

A princípio, o entendimento conservador é de que o direito ao recebimento do adicional de periculosidade é aplicável a todos os trabalhadores que utilizam a motocicleta para o desempenho das suas atividades laborativas.

Referido adicional de periculosidade incidirá à alíquota de 30% (trinta por cento), sobre o valor base do trabalhador, ou seja, não será considerada na base de cálculo outras remunerações e vantagens auferidas.

Ainda segundo o MTE, não estão abrangidos pela situação de periculosidades os trabalhadores que: utilizam a motocicleta para se deslocar da casa/trabalho/casa; utilizam-na para se deslocar em ambientes internos, ou seja, para se deslocar, por exemplo, dentro da própria planta industrial; que utilizam a motocicleta de forma eventual; utilizam motocicletas que não necessitam de emplacamento para trafegar e nem de habilitação para serem conduzidas.

Disso se pode concluir que não são apenas os motoboys, mototaxi ou motofrete que possuem direito a receber o adicional de periculosidade, mas sim as demais atividades que são executadas através do uso da motocicleta.

Alternativa aventada é a substituição de motocicletas por veículos de menor cilindrada (que não exige emplacamento e habilitação), de forma a reduzir os custos decorrentes do adicional de periculosidade. □

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA E HORAS EXTRAS

Faz parte do cotidiano de muitas empresas a compensação da jornada correspondente ao sábado. Desta feita, é prática comum os trabalhadores terem a jornada de trabalho diária prorrogada de segunda à sexta-feira, justamente para compensar as horas do sábado não trabalhado.

Vale lembrar que referida prorrogação diária não implica em mais trabalho, e sim em diferente alocação das 44 (quarenta e quatro) horas semanais (8h48min/dia ao invés das 08h/dia, por exemplo).

Verifica-se, neste procedimento, um benefício para ambas as partes, especialmente para o trabalhador que, além do domingo, também terá o sábado para descansar, ficar mais próximo de sua família, realizar outras atividades, tais como esporte, passeios, etc.

Contudo, a implantação de tal sistemática de compensação nem sempre se faz viável, especialmente quando é habitual a realização de horas extras.

Da validade do acordo de compensação - requisitos

O acordo de compensação da jornada do sábado deve, obrigatoriamente, ser objeto de acordo expresso firmado entre as partes (empresa e funcionário), sob pena de nulidade.

A princípio não é necessária a homologação por parte do sindicato dos

trabalhadores. Sobre o tema o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 85, cuja leitura se faz importante:

“Súmula nº 85 Compensação de horário A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. O não atendimento das exigências legais não implica a repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido apenas o respectivo adicional.”

Em que pese o entendimento de que o acordo de compensação pode ser firmado entre as partes, sem a participação do sindicato laboral, entendemos sugestiva a homologação do mesmo perante a entidade que representa o trabalhador. Tal procedimento conferirá maior eficácia ao acordo e certamente terá maior aceitação por parte do Judiciário em caso de demanda trabalhista.

Ademais, não se pode deixar de observar as regras da eventual Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho. Tais instrumentos normativos normalmente possuem regras particulares para a compensação da jornada, prevendo a obrigatoriedade da homologação. Veja-se abaixo exemplo de norma coletiva:

“Visando a desburocratização das relações entre o Sindicato dos empregados e as empresas, fica acertado entre as partes, a oficialização do regime de compensação de horário de trabalho com a extinção total ou parcial do trabalho aos sábados, mediante homologação bi-anual do Sindicato Profissional, nas seguintes condições:”

Dessa forma, a validade do acordo de compensação estará diretamente condicionada ao

cumprimento dos requisitos legais e/ou normativos.

Da realização de horas extras em dias de compensação - impossibilidade

Além de ser comum a compensação da jornada relativa ao sábado não trabalhado, é igualmente normal a realização de horas extras por parte dos funcionários, especialmente em setores com sazonalidade de produção ou quando a empresa recebe pedidos extraordinários.

No nosso entendimento, a realização de horas extras habituais e a compensação da jornada do sábado são perfeitamente harmônicas, ou seja, passíveis de coexistência. Isso porque, como já dito, a prorrogação diária decorrente da compensação do sábado não implica em mais trabalho, e sim na mera

recomposição de jornada.

Consoante permissivo legal, a jornada diária de trabalho poderá ser prorrogada em até 02 (duas) horas, somando-se um limite diário de 10 (dez) horas.

Dessa forma, além dos minutos trabalhados após a 8ª hora, decorrentes da compensação do sábado (que normalmente são de 48'), entende-se que o trabalhador poderia laborar até que fosse completado o limite de 02 (duas) horas extraordinárias por dia, sem que tal procedimento tornasse nulo o acordo de compensação.

Não visualizamos razões para se vedar a realização de horas extras além dos minutos destinados à compensação do sábado, especialmente porque não se pode considerar os minutos compensados como se labor extraordinário fosse.

Compensação de Jornada e realização de horas extras de forma habitual são incompatíveis

Está-se, na verdade, diante de dois institutos diversos, com naturezas distintas, pois enquanto um serve para simplesmente compensar o dia (sábado) que não será trabalhado, o outro efetivamente se reveste como labor extraordinário e que deve ser remunerado de forma especial.

Outrossim, permitir a compensação da jornada do sábado e, ao mesmo tempo, vedar a realização de horas extras certamente impossibilita, na prática, a adoção da compensação, obrigando que as empresas trabalhem normalmente aos sábados, em prejuízo de ambas as partes.

Contudo, o entendimento predominante no Poder Judiciário revela que a compensação de jornada é incompatível com a realização habitual de horas extras.

Referidas decisões revelam que não há como se atribuir valor ao acordo de compensação de jornada quando da existência de habitual labor extraordinário, por suposta ofensa ao art. 59, § 2º, da CLT. O entendimento também prevê, aqui acertadamente, a nulidade do acordo quando existir labor no sábado objeto da compensação, restando, neste caso, patente a desvirtuação do acordo.

Segue abaixo decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná):

“Acordo de compensação e horas extras. Cumulatividade. Invalidez do acordo. A concomitância entre os regimes de compensação e prorrogação de jornada traz a invalidação do acordo de compensação porque se trata de institutos incompatíveis entre si. As mesmas horas de elastecimento não podem ser tidas como "horas normais" e "horas extras", ao mesmo tempo.” (TRT-PR-01222-2009-965-09-00-6-ACO-24999-2010 - 2A. TURMA. Relator: MÁRCIO DIONÍSIO GAPSKI)

“SÚMULA 85, IV, DO C. TST - LABOR HABITUAL AOS SÁBADOS - INAPLICABILIDADE - A compensação de jornada prevista na referida Súmula tem prazo de compensação semanal, sendo utilizada para suprimir o labor em algum dia da semana, normalmente o sábado. Por exemplo, os trabalhadores passam a trabalhar 08 (oito) horas e 48 (quarenta e oito) minutos de segunda a sexta-feira, sem labor aos sábados, totalizando 44 (quarenta e quatro) horas semanais. Os controles de jornada, considerados fidedignos pela Autora, revelam labor habitual aos sábados, muitas vezes inclusive aos domingos, além de várias vezes haver excesso ao limite diário de dez horas. Desse modo, não há que se falar em aplicação da Súmula 85, IV, do C. TST, pois não se trata de mera prestação de horas extras além do pactuado ou ausência de exigência prevista em acordo coletivo, mas sim de labor habitual aos sábados, fazendo cair por terra a finalidade da compensação semanal elencada na aludida Súmula, além do desrespeito ao limite diário de jornada de dez horas.” (TRT-PR-10884-2009-001-09-00-4-ACO-21607-2010 - 4A. TURMA. Relator: LUIZ CELSO NAPP)

Diante de tais esclarecimentos, e seguindo uma postura bastante conservadora para se evitar um passivo trabalhista, sugestionam-se que (i) as empresas formalizem acordo individual de compensação com seus funcionários, (ii) referido acordo seja sim homologado perante o sindicato laboral; (iii) sejam observadas as eventuais regras existentes em Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva de Trabalho; (iv) não seja realizadas horas extras nos dias de trabalho já prorrogados por conta da compensação; (v) não seja realizados trabalhos aos sábados objeto da compensação; (vi) uma ditada avaliação dos riscos da cumulatividade da compensação do sábado com a realização de horas extras. ■

FÉRIAS COLETIVAS

Está chegando o final do ano, época na qual algumas indústrias reduzem o ritmo de produção e começam a projetar as estratégias para o ano seguinte.

E é em razão da diminuição da produção ou para a realização de reparos ou melhorias em sua estrutura que muitas empresas optam pela concessão das férias coletivas, conforme permite a CLT em seu artigo 139 e seguintes.

As férias coletivas poderão ser gozadas em 02 (dois) períodos anuais, desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias, podendo abranger todos ou apenas alguns setores da empresa.

Vale também alertar para o cumprimento dos requisitos de validade do acordo de Férias Coletivas, tais como aviso prévio ao Ministério do Trabalho e homologação perante o sindicato dos trabalhadores. A leitura da Convenção Coletiva de Trabalho também é aconselhável, já que pode apresentar obrigações adicionais.

Aparentemente simples, a concessão das férias coletivas pode sim gerar dúvidas. Veja-se, por exemplo, se dentre os empregados que irão usufruir de férias coletivas existir aquele que ainda não completou o período aquisitivo. O que se deve fazer?

A resposta está prevista no artigo 140 da CLT, o qual estabelece que os empregados contratados há menos de 12 meses gozarão, na oportunidade, férias proporcionais, iniciando-se, então, novo período aquisitivo. Assim, pela norma da CLT, o funcionário que ainda não completou seu período aquisitivo gozará de férias proporcionais, retornando ao trabalho, podendo sim suas férias ser menor do que a dos demais empregados.

Entretanto, e se a empresa estiver fechada para reforma, não podendo receber o funcionário que, mesmo de forma proporcional, não tinha direito a usufruir integralmente das férias coletivas?

Entendemos que referido funcionário não poderá usufruir das férias coletivas integralmente, sob pena de ofensa ao artigo 140 da CLT. Nesta situação, sugerimos que a empresa efetue o pagamento de “licença remunerada” em relação aos dias que extrapolarem as férias, já que, neste caso, é a empresa que não possui condições de receber o empregado para o trabalho, não podendo onerar o trabalhador.

Por fim, vale lembrar que, nestes casos, inicia-se um novo período aquisitivo para os que gozaram de férias proporcionais. ■

NOTÍCIAS EM DESTAQUE



FOTOS NO FACEBOOK LEVAM A JUSTA CAUSA POR USO DE FALSO ATESTADO

A 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ) deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo Prontobaby Hospital da Criança Ltda. e confirmou a justa causa de uma enfermeira que teria apresentado atestado médico falso para justificar sua ausência ao serviço entre os dias 15 e 21 de agosto de 2012. Documentos trazidos aos autos, como fotos e comentários postados no Facebook, comprovaram que a funcionária, no mesmo período do afastamento, estava participando da 16ª Maratona do Rio de Janeiro.

Na inicial, a funcionária afirmou que foi admitida pelo Prontobaby em 16 de abril de 2007, na função de enfermeira, sendo imotivadamente dispensada em 29 de agosto de 2012, sem o pagamento das verbas rescisórias e retificação da data da dispensa. O argumento usado foi que a empresa anotou o dia de saída como 20 de agosto de 2011, embora tenha sido apresentado atestado médico. Dessa forma, a empregada requereu a declaração de nulidade de justa causa aplicada e o reconhecimento da dispensa imotivada.

A empregadora contestou o pedido, alegando que a enfermeira praticou ato de improbidade ao apresentar atestado médico falso. Ouvidas testemunhas, o juízo de primeiro grau entendeu que não houve prova suficiente de que a dispensa tenha sido motivada e declarou a nulidade da justa causa.

A decisão de primeira instância levou tanto a empregada como o Prontobaby a recorrer da decisão. Este sustentou que a enfermeira foi dispensada por justa causa, e aquela pleiteou pagamento de horas extras, manutenção do plano de saúde e indenização por danos morais.

De acordo com o relator do acórdão, desembargador Ivan da Costa Alemão Ferreira, as provas trazidas aos autos erram irrefutáveis: “Uma coisa é certa: a autora se encontrava em evento esportivo, conforme fotos apresentadas, certamente postadas pela própria na internet. Tais imagens convencem que ela estava bem disposta, e não doente com necessidade de 15 dias de afastamento”. Segundo o magistrado, em razão dos atestados médicos, houve quebra de confiança que justificaria a dispensa por justa causa.

Os desembargadores da 9ª Turma acordaram, por unanimidade, negar provimento ao recurso da

enfermeira e dar provimento ao recurso da empregadora.

Nas decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, são admissíveis os recursos enumerados no art. 893 da CLT. ■

EMPRESA É CONDENADA A PAGAR R\$ 100 MIL POR NÃO DEPOSITAR FGTS DE TRABALHADORES

A EPS – Prestação de Serviço na Construção Civil foi condenada a pagar R\$ 100 mil de indenização por dano moral coletivo, em razão de não ter efetuado o depósito, desde 2007, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de seus empregados. A decisão foi do juiz Acélio Ricardo Vales Leite, na 9ª Vara do Trabalho de Brasília. O magistrado considerou que a procedimento da empresa afrontou valores fundamentais do trabalhador.

“A conduta transmite uma sensação de descrença nos Poderes Públicos e de impunidade. Deve receber a devida reprimenda”, avaliou o juiz. Segundo ele, o não recolhimento das contribuições para o FGTS viola a ordem jurídica. “A reparação deve ser a mais ampla possível, de sorte a inibir a recidiva do ofensor, no caso, o réu, e também, servir de lenitivo ao ofendido, no caso, a coletividade”, sustentou.

O julgamento ocorreu durante a análise de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª Região (MPT10), que denunciou a irregularidade da empresa. Conforme comprovado nos autos, além de não ter depositado FGTS desde 2007, a EPS também não creditou a indenização de 40% sobre o saldo existente na conta vinculada. Em sua defesa, a empresa afirmou que havia solicitado à Caixa Econômica Federal o parcelamento do débito do Fundo de Garantia.

Na sentença, o juiz determinou o depósito do FGTS dos trabalhado-

res, atuais e futuros, nos prazos e percentuais previstos na lei, sob pena de pagamento de multa de R\$ 1 mil por empregado e por descumprimento da obrigação. O magistrado também condenou a empresa a quitar o Fundo de Garantia em atraso dos atuais empregados, no prazo de 30 dias, sob pena de incidência da multa prevista na legislação trabalhista e outra no valor de R\$ 1 mil por trabalhador cujos depósitos não sejam regularizados no período. ■

TST INDEFERE JUSTIÇA GRATUITA A SINDICATO QUE ALEGOU INSUFICIÊNCIA PARA ARCAR COM CENTENAS DE PROCESSOS

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, acolhendo recurso da Braskem S/A, indeferiu a gratuidade judiciária ao Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico e Petroleiro do Estado da Bahia e declarou a deserção do seu recurso ordinário, pelo não recolhimento das custas do processo. Com isso, restabeleceu a sentença que julgou a improcedência da ação.

A entidade de classe havia alegado que não tinha condições financeiras para arcar com mais de 200 novas ações, cujas custas giram em torno de R\$ 200 reais cada uma, sem prejuízo de sua própria existência. O sindicato havia entrado com uma única ação em nome de um grande número de trabalhadores, mas o processo foi desmembrado entre as Varas do Trabalho de Camaçari e Candeias (BA).

A justiça gratuita foi deferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (BA) e mantida pela Terceira Turma do TST. No julgamento de embargos à SDI-1, o relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga, votou pelo indeferimento da gratuidade judiciária, pela ausência de demonstração cabal da condição de miserabilidade do sindicato. "A jurisprudência do TST,

contrariamente à decisão da Turma, não admite a assistência judiciária, somente em casos extraordinários", assinalou. Outro aspecto apontado pelo relator foi o fato de o advogado que requereu o benefício em seu nome não constar do rol dos profissionais autorizados pela própria entidade para declarar a sua insuficiência financeira. ■

GARANTIDA ESTABILIDADE A SERVENTE QUE RECEBIA VALE-TRANSPORTE E SE ACIDENTOU QUANDO IA TRABALHAR DE MOTOCICLETA

A Justiça reconheceu o direito de garantia de emprego, por acidente de trabalho, a uma servente de Londrina que recebia vale-transporte da empresa e se acidentou quando ia para o serviço de motocicleta.

O acidente aconteceu em abril de 2011 quando a trabalhadora seguia de moto para o prédio da Justiça Federal em Londrina, onde atuava como terceirizada. Ela fraturou o tornozelo direito, teve que passar por cirurgia e ficou vários meses afastada do trabalho.

Como pagava o vale-transporte, a empresa não considerou o fato um acidente de trabalho e não preencheu a ficha do INSS para Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT).

Dispensada em janeiro de 2012, a servente foi à Justiça pedindo o direito à estabilidade por ter sofrido acidente de trabalho. Como ficou afastada por mais de 15 dias, teria garantia à manutenção do contrato de trabalho na empresa pelo prazo mínimo de doze meses após deixar de receber o benefício previdenciário do auxílio-doença.

A empresa Executiva Serviços Patrimoniais Ltda não apresentou defesa. Condenada subsidiariamente, a União, representando a Justiça Federal, argumentou que o uso do vale-transporte em vez da motocicleta

poderia ter evitado o acidente. Não caberia ao empregador qualquer responsabilidade pela prática de ato ilícito pelo empregado, já que a servente assumiu o risco de trocar o transporte público pelo particular.

Ao analisar o recurso, a Quarta Turma do TRT do Paraná entendeu que o acidente de trânsito da servente equipara-se ao acidente de trabalho previsto na legislação previdenciária (art. 21, IV, "d", da Lei 8.213/91). O fato de ela estar pilotando uma motocicleta para ir ao trabalho, tendo recebido o vale-transporte, não altera a natureza do acidente nem exclui o direito à estabilidade no emprego, uma vez preenchidos os requisitos legais.

Para os desembargadores, mesmo que houvesse comprovação de que o vale-transporte era usado de modo incorreto, isso não implicaria em desclassificação do acidente de trabalho e perda da estabilidade. "O empregador apenas estaria autorizado, diante de seu poder diretivo, a aplicar penalidade pela falta grave cometida, o que não fez oportunamente", diz o acórdão.

A Turma de desembargadores concluiu que, quando foi dispensada em 16 de janeiro de 2012, a servente tinha estabilidade no emprego. Deve, portanto, ser indenizada pelo período que faltava para completar a garantia de emprego, conforme dispõe o art. 118 da Lei 8213/91 e nos termos do item I da súmula 396 do C. TST. ■

JURISPRUDÊNCIA



Negado vínculo de emprego a médico que atendia em madeireira uma vez por semana

A Sétima Turma do TRT do Paraná negou vínculo de emprego a um

médico que por dez anos prestou serviço, uma vez por semana, a uma madeireira do município de Coronel Domingos Soares, no sudoeste do Paraná.

O reconhecimento de vínculo empregatício já havia sido negado pela Vara do Trabalho de Palmas, mas o médico recorreu. Ele alegou que entre dezembro de 2003 e março de 2013 trabalhou um dia por semana na madeireira, atendendo em consultas agendadas pelo setor de recursos humanos da empresa, e invocou o depoimento de testemunhas que confirmaram a atuação como médico.

Em sua defesa, a Lavradora Nacional de Madeiras S.A. (Lavrama) reconheceu a existência de trabalho como médico autônomo, o que gerou a obrigação de provar que não existia a relação de emprego conforme previsto na CLT.

Examinando a matéria, a Sétima Turma do TRT do Paraná observou que de acordo com as provas o médico tinha completa mobilidade, típica de autônomos, e não havia qualquer indício de subordinação. Também não estava submetido a qualquer controle de jornada ou dos serviços prestados. O comparecimento no posto médico se dava, em média, uma vez por semana sem qualquer fiscalização ou cobrança quanto à forma da prestação de serviços e ao horário. Ao contrário, era o próprio médico quem estabelecia os dias e horários de atendimento. Por fim, não existiu pessoalidade na prestação dos serviços, uma vez que não havia impedimento para que, em suas ausências, o médico se fizesse substituir por outro profissional.

Mantendo a sentença da Vara do Trabalho de Palmas, os desembargadores concluíram que “a reclamada se desvencilhou adequadamente do ônus probatório que lhe competia, comprovando a ausência de subordinação e a consequente natureza autônoma

dos serviços prestados pelo médico, afastando a natureza empregatícia da relação havida”. ■

Sócio de firma dissolvida irregularmente responde também em execução fiscal não tributária

A dissolução irregular da pessoa jurídica é motivo suficiente para redirecionar contra o sócio diretor da empresa a execução fiscal de dívida ativa de natureza não tributária. A decisão é da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar recurso interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

O recurso foi julgado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Processado como repetitivo, serve como paradigma para múltiplos recursos que tratam do mesmo tema na Justiça. Por unanimidade, a Seção entendeu que, em casos de dissolução irregular da sociedade, é possível a responsabilização do então sócio representante ou gestor da empresa.

No caso analisado, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ajuizou execução fiscal para cobrar multa por infração administrativa. Diante da informação de que a empresa havia encerrado as atividades e não tinha mais nenhum bem, a Anatel solicitou o redirecionamento da execução para o sócio gestor à época da dissolução irregular.

Em primeira instância, o juiz indeferiu o pedido de redirecionamento. O TRF4 confirmou esse entendimento com a alegação de que, para responsabilizar os sócios pelo não pagamento do crédito inscrito, deve haver prova de que eles tenham tirado proveito da situação. A Anatel recorreu ao STJ sustentando que a existência de indícios de encerramento irregular das atividades da empresa executada, por si só, autoriza o redirecionamento da execução na

pessoa do sócio, conforme decisões já proferidas anteriormente.

O STJ já havia analisado o tema em relação à execução fiscal de dívida ativa de natureza tributária. De acordo com a Súmula 435, “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente”. No dia 10 de setembro, a Seção analisou a execução fiscal em relação à cobrança de dívida ativa não tributária.

O relator do recurso, ministro Mauro Campbell Marques, afirmou que não é possível admitir que um mesmo fato jurídico seja considerado ilícito apto a permitir o redirecionamento da execução no caso de débito tributário e, ao mesmo tempo, não reconhecer que o seja também para a execução de débito não tributário.

“Não se pode conceber que a dissolução irregular da sociedade seja considerada ‘infração à lei’ para efeito do artigo 135 do Código Tributário Nacional (CTN) e assim não seja para efeito do artigo 10 do Decreto 3.078/19”, afirmou.

Campbell registrou que a única diferença entre esses dispositivos é que, enquanto o CTN destaca a exceção (a responsabilização dos sócios em situações excepcionais), o decreto enfatiza a regra (a ausência de responsabilização dos sócios em situações regulares). No entanto, ambos trazem a previsão de que os atos praticados ensejam a responsabilização dos sócios para com terceiros e para com a própria sociedade da qual fazem parte.

Segundo entendimento do ministro, não há exigência de dolo para que ocorra a responsabilização do sócio gerente, como entendeu o TRF4. Isso porque, conforme o artigo

1.016 do Código Civil de 2002, “os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados por culpa no desempenho de suas funções”.

Também os artigos 1.150 e 1.151 dispõem sobre a obrigatoriedade do registro, fixando que será requerido pela pessoa obrigada em lei ou, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

Campbell destacou que é obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. ■

Julgamento do STF sobre ICMS na COFINS só valerá para caso concreto

O Supremo Tribunal Federal decidiu tomar a decisão politicamente mais confortável na discussão sobre a incidência do ICMS na base de cálculo da Cofins. Nesta quarta-feira (8/10), o tribunal optou por continuar a julgar o Recurso Extraordinário 240.785 cujo julgamento já havia começado, mas afirmando que ele não repercutirá além das partes envolvidas no caso concreto.

Com isso, o Supremo superou o debate proposto pela União para resolver se as ações de controle abstrato de constitucionalidade têm preferência sobre ações de controle objetivo, como são os recursos extraordinários. E definiu, por sete votos a dois, que o ICMS não incide na base de cálculo da Cofins.

Como o STF decidiu não debater o RE com repercussão geral, há quem diga que a decisão será “inútil”. Para a Fazenda, no entanto, houve a derrota de ter sido criado um precedente contrário aos interesses fiscais da União.

Segundo a Secretaria da Receita Federal, caso perca o caso com

repercussão geral, a União perderá R\$ 250 bilhões. Essa conta envolve o quanto terá de ser devolvido aos contribuintes que forem à Justiça reclamar seus direitos e o quanto deixará de ser arrecadado até o fim de 2015. A Receita considera que todos os que pagaram a Cofins com o ICMS na base reclamarão os valores.

A discussão chegou ao Supremo em 1999 e se arrasta desde então com diversos desdobramentos. O caso chegou lá antes da promulgação da Emenda Constitucional 45, que trouxe a reforma do Judiciário e criou a repercussão geral como critério de admissibilidade no STF. Portanto, os recursos extraordinários não precisavam repercutir social, econômica, política ou culturalmente em outros casos.

O que o RE discute é se o valor pago pela empresa de ICMS, repassado ao cliente, deve ser incluído no faturamento da companhia e, portanto, na base de cálculo da Cofins. O contribuinte alega que o valor pago de ICMS não integra o faturamento da empresa, e por isso não pode incidir imposto sobre ele. E a Fazenda Nacional afirma que a Cofins incide sobre a receita bruta, ou o faturamento, não importando que descontos possam ser feitos.

No RE julgado nesta quarta, sete ministros votaram a favor da tese do contribuinte: Marco Aurélio (relator) (foto), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. O ministro Eros Grau foi a favor da Fazenda. O ministro Gilmar Mendes, em voto vista lido no Plenário do STF nesta quarta, também concordou com Fisco.

A complicação desse recurso começou a partir de 2006, quando o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos. Em outubro de 2007, diante da inevitável derrota da Fazenda no caso, o então advogado-geral da União, hoje

ministro do STF, Dias Toffoli ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADC 18, discutindo o mesmo assunto.

Em dezembro de 2007, pouco depois de o ministro Gilmar Mendes encaminhar mensagem à Presidência do STF de que seu voto-vista estava pronto, chegou ao Supremo outro RE tratando da incidência do ICMS na base de cálculo da Cofins.

Com a inclusão do caso na pauta do Supremo nesta quarta, a Advocacia-Geral da União enviou petições aos ministros pedindo que o julgamento da matéria não retomasse o primeiro RE. A tese levada nesta quarta pela AGU é a de que o RE antigo não tinha repercussão geral reconhecida, ao contrário do RE posterior.

Também foi alegado que ações de controle abstrato de constitucionalidade têm preferência sobre ações de controle objetivo, como é o caso dos REs. Mas a questão principal, para a União, é que, no RE antigo, a Fazenda perderá. Por isso o que AGU afirma é que a composição mudou, e por isso a jurisprudência pode mudar.

Os argumentos não foram bem recebidos pelos ministros. O relator do primeiro RE, ministro Marco Aurélio, questionou “até quando haverá expedientes que causam tumulto processual”. O ministro reclamou que o processo já está prestes a completar 15 anos: nesta quarta completou 14 anos e 11 meses.

Por isso os ministros decidiram superar a questão da preferência de ações de controle abstrato sobre ações de controle objetivo. A Fazenda Nacional preferiu não comentar o caso concreto e disse que não fez cálculos sobre o quanto esse RE envolve. ■