

FAZENDO NEGÓCIOS NO BRASIL

Almeida
CORPORATE LAW

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	3
01. COMEÇANDO UMA EMPRESA NO BRASIL: SETORES ECONÔMICOS RESTRITOS, PRINCIPAIS TIPOS SOCIETÁRIOS E REGISTRO EMPRESARIAL	4
02. OUTRAS FORMAS DE INGRESSO NO MERCADO BRASILEIRO: CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, CONSÓRCIOS, EMPRÉSTIMOS SINDICALIZADOS E <i>PROJECT FINANCE</i>.....	8
03. ANTITRUSTE: ATOS DE CONCENTRAÇÃO	12
04. ANTITRUSTE: <i>DUMPING</i> E CARTEL	15
05. ASPECTOS GERAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL.....	18
06. REGIMES ADUANEIROS ESPECIAIS	24
07. TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	28
08. LIMITES À EVOLUÇÃO DO MERCOSUL.....	32
09. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E PREVIDENCIÁRIOS DA TRANSFERÊNCIA DE ESTRANGEIROS PARA O BRASIL.....	36
10. FONTES DE CUSTEIO DOS SINDICATOS NO BRASIL: PANORAMA GERAL	40
11. MANEIRAS DE MINIMIZAR OS CUSTOS DO TRABALHO.....	43
12. ATIVOS INTANGÍVEIS: PROTEÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIZAÇÃO NO BRASIL	47
13. OS ACORDOS COM O GOVERNO NO BRASIL: VISÃO GERAL E EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE INVESTIMENTOS PÚBLICOS E CONTROLE.....	51
14. O CUSTO BRASIL PARA O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA	55
15. PETRÓLEO E GÁS: MARCO REGULATÓRIO DA EXPLORAÇÃO NO BRASIL E DIVISÃO DE <i>ROYALTIES</i>.....	59
16. NOVO CÓDIGO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO: O QUE MUDA E O QUE MELHORA.....	61
17. A APROVAÇÃO DO REGULAMENTO DO MVNO NO BRASIL	63
18. ARBITRAGEM E OS REQUISITOS LEGAIS PARA LITIGAR NO BRASIL	65
CONCLUSÃO.....	68

INTRODUÇÃO

O Brasil, país de dimensões continentais e com mais de 190 milhões de habitantes¹, vêm consolidando e expandindo sua economia nas últimas duas décadas, a ponto de se tornar tanto uma potência econômica regional no Continente Sul-Americano, como uma referência mundial para o aporte de investimentos internacionais.

Não deixando de lado os diversos esforços políticos tomados pelos governantes mais recentes no sentido de fortalecer a moeda nacional e fomentar o crescimento de inúmeros segmentos da economia pátria – tudo aliado a políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades sociais e ao respeito e preservação do meio ambiente – o fato é que o Brasil, desde suas origens, sempre foi e sempre será uma terra de grandes oportunidades. O empreendedorismo e o chamado “tino comercial” sempre estiveram presentes na cultura brasileira, rica em diversidade e muito aberta a novos costumes e hábitos, inclusive de consumo.

A conjunção desses fatores positivos, mesmo com a existência de tantos outros negativos (como o excesso de burocracia, a alta carga tributária e a morosidade do Poder Judiciário local, por exemplo), faz do Brasil um país atraente aos olhos de investidores estrangeiros, que buscam portos seguros para aplicar seu capital.

Pensando nisso, o escritório Almeida Advogados, com o esforço conjunto de seus colaboradores, elaborou uma série de artigos, dos mais variados temas e áreas, voltados à elucidação de aspectos jurídicos elementares para o aporte exitoso do capital internacional em território brasileiro.

Os textos, que abordam assuntos sempre atuais e importantes ao empresariado, foram todos redigidos de forma clara e objetiva, de forma a facilitar a sua integral compreensão e aplicação no dia-a-dia empresarial.

Obviamente, o presente estudo não pretende esgotar a vasta gama de matérias que podem se originar da implantação ou expansão de uma atividade empresarial em solo brasileiro. Pretende, sim, servir de alerta à imprescindibilidade de uma assessoria jurídica adequada na hora de investir capital no Brasil, dados os incontáveis reflexos societários, trabalhistas, tributários etc. que tal escolha poderá gerar.

Esperamos que tenham uma leitura agradável!

¹ Segundo dados do Censo realizado pelo IBGE em 2010, cujos resultados podem ser consultados no link: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=4&uf=00>

01. COMEÇANDO UMA EMPRESA NO BRASIL: SETORES ECONÔMICOS RESTRITOS, PRINCIPAIS TIPOS SOCIETÁRIOS E REGISTRO EMPRESARIAL

Muito embora a crise econômica mundial de 2009 tenha esfriado investimentos estrangeiros ao redor de todo o globo, o Banco Central do Brasil, em revisão de junho de 2010, estimou em US\$ 38 bilhões o investimento direto estrangeiro para aquele ano, com a perspectiva de um 2º semestre de 2010 ainda mais positiva.

Nesse cenário, mostra-se plenamente pertinente a elucidação, ainda que em termos gerais, de alguns dos mais importantes aspectos concernentes à recepção dos investimentos estrangeiros diretos no país.

Desta forma, será feita breve abordagem a respeito de uma das principais ferramentas à disposição do estrangeiro que deseje aplicar recursos no Brasil, qual seja, a constituição de sociedade empresarial em território nacional. Falar-se-á, também, dos ramos de atividades restritos ao capital estrangeiro, bem como dos obstáculos a serem superados por aqueles que aqui pretendem alocar investimentos.

Pois bem. Como já dito, setores específicos da economia brasileira possuem algum tipo de restrição ao investimento estrangeiro. Tais setores são: (i) desenvolvimento de atividades relativas à energia nuclear; (ii) propriedade e administração de jornais, revistas e demais publicações de mídia (editorial, emissão de sons e imagens, rádiodifusão); (iii) bancário; (iv) petróleo (*Oil & Gas*); (v) imobiliário em terrenos de Marinha, propriedades rurais e negócios em zona de fronteira; (vi) serviços de saúde; (vii) serviços de correios e telégrafos; (viii) linhas aéreas com concessões de vôos domésticos; e (ix) indústria aeroespacial.

As justificativas para tais restrições – todas encontradas no corpo da Constituição Federal brasileira de 1988 – variam desde a salvaguarda da soberania e segurança nacionais, até a reserva de mercado.

Contudo, os impedimentos ao investimento internacional em dados segmentos não inibem o aporte de recursos externos no país, ante a grande gama de outros setores econômicos livres ao investimento estrangeiro.

Já o excesso de regulação a que se sujeitam as sociedades, estrangeiras ou nacionais, aqui constituídas – ou, em outras palavras, a pesada carga tributária nacional e os repudiados entraves burocráticos aqui enfrentados – certamente afastam do país vultosas somas do capital estrangeiro. É por isso que, no Brasil, há muito se reconhece a necessidade de redução dessa pesada carga regulatória a que estão submetidas as empresas.

Prova disso é a pesquisa realizada em 2006 pela OCDE (*Organisation for Economic Co-operation and Development*, ou Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), segundo a qual o excesso de tributação e as barreiras burocráticas colocaram o Brasil, representado pelo Estado de São Paulo (enquanto seu maior centro de negócios),

apenas no 119º lugar entre os 155 países pesquisados – atrás de outros grandes mercados emergentes, tais como África do Sul (29º), México (73º posição), Rússia (79º) e Índia (116º). Na América Latina, somente Venezuela e Haiti regulam os negócios mais intensamente que o Brasil.

A despeito de todos esses obstáculos, estando o estrangeiro resolvido a aplicar recursos no Brasil, ele terá um grande leque de alternativas para fazê-lo. Uma delas é a constituição de sociedade empresarial no país.

Dentre os tipos societários mais comumente utilizados para esse fim estão as Sociedades Limitadas e as Sociedades Anônimas.

A escolha do tipo societário dependerá do grau de privacidade e de governança corporativa que se pretende adotar, levando em consideração também os custos envolvidos. No quadro constante ao final, é apresentado comparativo das regras desses dois tipos societários.

Eleito o tipo societário mais adequado à natureza do investimento a ser desenvolvido no país, surge a necessidade de se cumprir uma série de exigências legais para que, uma vez constituída, a sociedade possa ser reputada regular.

Assim, previamente à constituição da sociedade, em geral se faz necessária a apresentação de diversos documentos estrangeiros, os quais devem ser traduzidos por tradutor juramentado e posteriormente registrados.

A constituição de sociedade no Brasil dependerá, pois, do registro do ato constitutivo perante a Junta Comercial do Estado de localização de sua sede.

Uma vez regularmente constituída a sociedade, é possível a obtenção de alguns outros registros, dentre os quais os mais comuns são: a) obtenção de CNPJ e CPF de estrangeiros; b) obtenção de CNPJ da sociedade; c) obtenção de outras inscrições (Estadual, Municipal, FGTS, INSS, dentre outras); e d) registro do Capital Estrangeiro no Banco Central do Brasil.

COMPARATIVO ENTRE SOCIEDADES LIMITADAS E SOCIEDADES ANÔNIMAS

	SOCIEDADES LIMITADAS (regidas pelo Código Civil²)	SOCIEDADES ANÔNIMAS (regidas pela Lei das Sociedades Anônimas³)
Responsabilidades	Limitada ao valor de suas quotas, sendo todos os quotistas solidariamente responsáveis pelo capital social total até sua integralização, o que em termos práticos significa que se um dos quotistas não integralizar suas quotas os outros quotistas serão solidariamente responsáveis pelo pagamento	Responsabilidade dos acionistas é mais limitada que nas limitadas, sendo restrita a casos de fraude ou desvio dos objetivos da sociedade, o que explica o fato de que a responsabilidade dos administradores ou conselheiros é maior. Ressalta-se que os acionistas controladores também são responsáveis pelos danos advindos do abuso de seu poder de controle
Administração	Pode ser exercida por apenas um administrador que precisa ser pelo menos residente permanente no Brasil	Precisa ser exercida por pelo menos 2 administradores que precisam ser pelo menos residentes permanentes no Brasil
Conselho de Administração	Opcional	Opcional – mas uma vez que exista precisa de pelo menos 3 conselheiros que não precisam residir no Brasil mas precisam ser acionistas da sociedade
Livros Societários	Não obrigatório	Obrigatório
Burocracia	Mais burocrática, pois exige registro de todos os atos perante a Junta Comercial	Menos burocrática, pois não exige registro de todos os atos perante a Junta Comercial
Transferência de quotas e ações	Pública – a ser registrada perante a Junta Comercial	Privado – a transferência ocorre nos livros da sociedade

² Artigos 1.052 a 1.087 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

³ Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e posteriores alterações.

	SOCIEDADES LIMITADAS (regidas pelo Código Civil)	SOCIEDADES ANÔNIMAS (regidas pela Lei das Sociedades Anônimas)
Custos	Menos Custosa	Mais custosa. É obrigatória publicação de atas de assembléias gerais para a constituição da sociedade, as assembléias gerais ordinárias de acionistas, e as assembléias para alteração de Estatuto
Distribuição de lucros e resultados	Não precisa ser proporcional à participação no capital social representado por quotas	Precisa ser proporcional à distribuição no capital social representado por ações
Controle	Estabelece o voto de quotistas detentores de 75% das quotas para a maioria das decisões	Estabelece o voto de acionistas detentores da maioria simples, ou seja, 50% + 1 ação, com direitos de voto para a maioria das decisões
Capital mínimo necessário para constituição	Não há	Não há
Prazo para Constituição e Custos de Registro	45 dias / Aproximadamente R\$100,00	45 dias / Aproximadamente R\$150,00

Porém, em que pese seja a constituição de sociedade empresária em território brasileiro uma excelente alternativa para o ingresso de capital estrangeiro no mercado nacional, esta não é a única forma interessante de fazê-lo.

Tratemos a seguir, pois, de outros meios atraentes ao aporte de investimentos externos no Brasil.

02. OUTRAS FORMAS DE INGRESSO NO MERCADO BRASILEIRO: CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, CONSÓRCIOS, EMPRÉSTIMOS SINDICALIZADOS E *PROJECT FINANCE*

Antes de estabelecer estruturas societárias no Brasil, ou mesmo para descobrir o funcionamento do Mercado brasileiro antes de realizar substanciais investimentos, as sociedades estrangeiras celebram contratos com empresas brasileiras para distribuição de seus produtos ou até para a prestação de serviços específicos, bem como participam de atividades com o governo por intermédio de consórcio internacional.

Para instituições financeiras e fundos de investimento, por sua vez, as alternativas para o ingresso direto no Mercado nacional são os empréstimos sindicalizados (*Syndicated Loans*) e o chamado *Project Finance*.

Trataremos a seguir desses instrumentos de ingresso no Mercado brasileiro sem investimento direto.

I) CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

O contrato de distribuição, em suma, é uma forma de garantir uma relação comercial especial entre duas pessoas jurídicas, estabelecendo as condições dessa parceria. Uma das partes (normalmente um fabricante, um importador ou um atacadista) garante condições mais favoráveis à outra, a saber, o distribuidor ou empresa distribuidora (geralmente um estabelecimento varejista), seja em relação ao preço, seja em relação às condições de pagamento, com o fito de viabilizar a distribuição dos seus produtos.

No contrato poderão, inclusive, ser adotadas metas de vendas a serem cumpridas pelo distribuidor.

Duas importantes questões devem ser observadas no momento de elaboração do referido contrato de distribuição: (i) o prazo de duração da parceria e (ii) a existência ou não de exclusividade.

O prazo de duração do contrato deverá ser estabelecido de forma a permitir ao distribuidor o ressarcimento dos investimentos por ele efetuados para a realização da referida parceria.

A questão da exclusividade, por sua vez, deverá ser muito bem discutida entre as partes. Caso exista a intenção de não permitir que o distribuidor revenda produtos de outras marcas ou de outros fabricantes, importadores ou atacadistas que concorram com aqueles que forem objeto do contrato de distribuição, tal cláusula deverá ser expressa, ou seja, escrita no contrato.

Sendo fixada a obrigatoriedade da exclusividade por parte do distribuidor, também deve haver a proibição do fabricante, importador ou atacadista em estabelecer outros canais de

vendas na região de atuação do seu distribuidor, seja por meio de vendas diretas, pela contratação de representantes comerciais ou pelo estabelecimento de contratos de distribuição com outras empresas varejista na referida região geográfica.

II) CONSÓRCIO

No consórcio, duas ou mais sociedades se reúnem para executar determinado empreendimento, mantendo sua individualidade. Trata-se de prática bastante comum no Brasil, especialmente para a realização de grandes obras públicas (sobretudo de engenharia).

Cabe ressaltar, no entanto, que mesmo não havendo vínculo maior entre as partes (como participação societária, por exemplo), haverá solidariedade entre as empresas consorciadas pelos atos praticados pelo consórcio, nos casos de participação em licitações e/ou contratos assinados com órgãos públicos.

A formalização do consórcio ocorre através da assinatura do respectivo contrato, que deverá ser registrado perante a Junta Comercial da sede do consórcio. Em caso de consórcio para uma licitação pública, a Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993) dispõe que sua representação se dará por empresa brasileira.

De acordo com a legislação brasileira⁴, o consórcio não possui personalidade jurídica – ainda que o arquivamento de seus atos constitutivos perante a Junta Comercial seja compulsório, e ele esteja legalmente obrigado a registrar-se perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (“CNPJ/MF”).

Disso tem-se que cada uma das partes responde pelas obrigações por elas assumidas através do respectivo contrato de consórcio, devendo o consórcio, no entanto, assumir em seu nome todas as obrigações relativas ao seu objeto.

Para atingir seus objetivos, o consórcio assume individualmente obrigações perante terceiros, obrigações essas que serão arcadas individualmente pelas partes consorciadas de acordo com as disposições do contrato de consórcio.

A Lei das Sociedades Anônimas estabelece⁵ determinadas disposições obrigatórias ao contrato de consórcio, dentre as quais destacamos: (i) definição do objeto; (ii) definição das obrigações de cada uma das partes; (iii) administração do consórcio; (iv) contribuição de cada uma das partes para o empreendimento conjunto (as partes deverão mencionar no contrato os recursos aportados por cada uma delas – em dinheiro, bens ou direitos – para a realização das atividades do consórcio), etc.

⁴ § 1º do art. 278 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

⁵ Art. 279 da Lei 6.404/1976.

III) EMPRÉSTIMOS SINDICALIZADOS

Os Empréstimos Sindicalizados proporcionam uma estrutura de re-pagamento e garantias adaptado às características do tomador, e são indicados para as empresas que precisam de grandes volumes de recursos para financiar seus projetos.

O processo consiste na estruturação e distribuição de operações de crédito compartilhadas por vários bancos de credores, pulverizando o risco operacional entre os participantes, mas sem perder a interlocução única com o coordenador líder.

Entre as vantagens para a empresa envolvida estão: (i) estrutura *tailor-made* (diferentes instrumentos, moedas, prazos, garantias e representações); (ii) *due diligence* simplificado; (iii) abertura de novos relacionamentos bancários; (iv) maior exposição da empresa no mercado financeiro internacional; (v) melhora na percepção de crédito; e (vi) contrato único e coordenado por um único banco.

Entre as vantagens para os bancos e/ou credores envolvidos estão: (i) ferramenta de Gerenciamento de Risco (administração do limite de crédito e garantia financeiros); (ii) oportunidades de *cross-selling* (Produtos de BI, *Cash Management*); e (iii) maior eficiência no uso do capital (*fees*, alavancagem e limites).

IV) PROJECT FINANCE

O *Project Finance* consiste numa estruturação financeira visando viabilizar um determinado projeto de investimento. Em alguns casos é criada uma sociedade de propósito específico, isolando o projeto dos acionistas. Esta estrutura tem sido utilizada principalmente em projetos de infra-estrutura, devido à existência de um fluxo de receitas previsível.

A idéia de viabilizar um projeto de telefonia, energia ou concessão rodoviária através de *Project Finance* visa essencialmente o isolamento entre o risco do projeto e o risco dos acionistas. Dessa forma, no *Project Finance* puro, não é solicitada nenhuma espécie de garantia e aporte de recursos próprios dos empreendedores – o que não têm acontecido na prática.

Em uma estrutura de *Project Finance*, os credores (que são quem incorrem nos maiores riscos) necessitam que os empreendedores do projeto apresentem mitigados todos os riscos dele inerentes, para que nada dê errado. Assim, por exemplo, os empreendedores precisam garantir que o fornecedor entregue o equipamento na data marcada, que o fluxo de veículos que passa por um pedágio seja aquele projetado ou que uma determinada termelétrica tenha um contrato de venda da energia por ela gerada a um preço pré-determinado durante a vigência do financiamento, etc.

Um *Project Finance* não faz com que um projeto ruim se torne bom e nem o contrário; o que ele garante é uma maior tranquilidade para o empreendedor e para o próprio credor, pois não existe uma garantia mais líquida do que os recebíveis do projeto para garantir o pagamento das prestações do financiamento.

Além disso, modelar um *Project Finance* custa caro, devido à necessidade de contratação de consultorias e de advogados especializados que possam dar aos investidores e aos credores tranquilidade, confiabilidade e transparência nos estudos, projeções, confecção dos contratos e na própria implantação e acompanhamento do projeto.

Para que o fluxo de receita garanta o pagamento dos juros e das amortizações do financiamento, é criada uma conta em um banco chamado de *trustee*. Por essa conta, denominada *escrow account*, passarão as receitas do projeto num primeiro momento, sendo acumulado o montante de recursos suficiente ao pagamento de algumas prestações futuras do financiamento, para que depois os recursos sejam disponibilizados para a empresa.

Ao contrário dos financiamentos tradicionais, o *Project Finance* possui algumas facilidades, tais como: (i) a idéia do projeto se auto-financiar e se auto-pagar; (ii) menor comprometimento de recursos próprios dos acionistas; (iii) não prestação de garantias reais e pessoais; (iv) balanços dos empreendedores menos endividados; (v) transparência sobre os resultados do projeto; (vi) liquidez das garantias prestadas ao credor; entre outras, o que pressupõe sua maior utilização no futuro.

Nota-se que é vasta a gama de meios para o ingresso no mercado brasileiro que, além de altamente receptivo ao capital internacional, é também sempre muito promissor em termos de retorno dos investimentos aqui realizados.

Isso não significa dizer, porém, que o Brasil é uma terra de impunidades, onde a busca pelo lucro está acima do bem e do mal. Muito pelo contrário: as autoridades brasileiras, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito prezam pela manutenção de um mercado saudável, competitivo e justo, onde prospere o mais competente. Neste sentido, as autoridades governamentais do Brasil, com especial destaque ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, têm se mantido alertas a medidas predatórias de mercado.

03. ANTITRUSTE: ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A defesa da concorrência se preocupa com o bom funcionamento do sistema competitivo dos mercados. Ao se assegurar a livre concorrência, garante-se não somente preços mais baixos, mas também produtos de maior qualidade, diversificação e inovação, aumentando, portanto, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico.

Neste sentido, tem-se que a defesa da concorrência não se presta à proteção do concorrente individual, mas sim à proteção da coletividade, que se beneficia pela manutenção da concorrência nos mercados.

Com relação aos consumidores, a proteção conferida pelas normas de defesa da concorrência pode ser direta (por exemplo, o combate a cartéis) ou indireta (a exemplo do combate a preços predatórios), mas o consumidor é sempre o beneficiário final de tais normas.

Será aqui abordado o controle preventivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que está previsto no artigo 54⁶ da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, o qual preceitua que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar no domínio do mercado relevante de bens e serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

O SBDC é o conjunto de órgãos governamentais responsável pela promoção de uma economia competitiva no Brasil, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, sendo sua atuação orientada pela Lei nº 8.884/1994.

A atuação dos órgãos do SBDC na defesa da concorrência apóia-se em três ações principais, a saber:

- (i) Ação preventiva: dá-se por meio da análise das operações de concentração (tais como fusões, aquisições e incorporações de empresas) e cooperação econômica (determinadas *joint ventures*, por exemplo). Dadas operações devem ser notificadas ao SBDC em até 15 dias úteis da realização da operação, uma vez preenchidos os requisitos previstos no artigo 54 da Lei nº 8.884/94;
- (ii) Ação repressiva: dá-se por meio da investigação e punição de condutas anticompetitivas. São exemplos de práticas lesivas à concorrência o cartel e as práticas abusivas de empresas dominantes (acordos de exclusividade, vendas casadas, preços predatórios, etc.);

⁶ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(iii) Ação educativa: dá-se por meio da difusão da cultura da concorrência. O SBDC promove seminários, palestras, cursos e publicações de relatórios e matérias em revistas especializadas, visando difundir a importância da concorrência para a sociedade. Nesse âmbito, tem sido crescente a interação entre as autoridades de defesa da concorrência e aquelas voltadas à defesa do consumidor.

Três são os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quais sejam:

- a) **Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça.** A SDE é o órgão responsável por instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões, aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica;
- b) **Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda.** A SEAE é responsável pela emissão de pareceres econômicos em atos de concentração, pela investigação de condutas para oferecer representação à SDE, bem como pela elaboração facultativa de pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais;
- c) **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça.** O CADE é o órgão responsável pela decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou SEAE. Assim, após receber os pareceres da SDE e SEAE, que não são vinculativos, o CADE tem a tarefa de julgar tanto os processos administrativos que tratam de condutas anticoncorrenciais quanto as análises de atos de concentração econômica.

Na sua atuação preventiva, o SBDC entende que todos os atos restritivos da concorrência (ou seja, aqueles atos que impliquem prejuízo à livre iniciativa ou à livre concorrência, ou redundem em domínio de mercado) devem ser submetidos ao CADE – sejam eles acordos entre empresas ou concentrações econômicas.

O descumprimento dos prazos para submissão à apreciação do CADE de todos os atos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” (e não apenas as concentrações relacionadas no §3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94)⁷ estão sujeitos a multa.

⁷ § 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Para evitar os riscos decorrentes de decisões desfavoráveis proferidas após a realização dos atos de concentração, é possível fazer uso do procedimento da *consulta*, previsto nos artigos 102 e seguintes da Resolução nº 45⁸ do CADE, de 28 de março de 2007.

A consulta deve versar sobre ato ou contrato que disponha sobre transação em tese. Do contrário, o CADE pode converter a consulta em ato de concentração propriamente dito. Para que o processamento da consulta seja deferido, é também necessário que o consulente seja considerado potencial participante direto da transação objeto da consulta.

A exemplo do que se verifica na *Federal Trade Commission* norte-americana, a SEAE, a SDE e o CADE já adotam o chamado "rito sumário" para a análise de determinados atos de concentração. Esse rito de análise simplificado é utilizado nos casos que potencialmente não gerem efeitos danosos à concorrência e, ao mesmo tempo em que diminui sobremaneira o tempo de tramitação dos casos "simples", possibilita uma maior atenção aos casos complexos.

O procedimento sumário é uma realização que merece destaque. Uma razão é que há melhora na eficiência em toda a organização do sistema. Na economia brasileira, 95% das fusões não são prejudiciais à concorrência ou ao mercado, e a maior parte destas operações pró-competitivas pode ser aprovada rapidamente, liberando o SBDC para dedicar mais recursos e tempo aos trabalhos mais importantes, como perseguir cartéis. Ao mesmo tempo, a comunidade empresarial é beneficiada ao ter suas fusões aprovadas mais rapidamente.

Esclarecido o histórico e a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, analisemos duas das principais práticas predatórias de mercado.

⁸ Esta Resolução aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

04. ANTITRUSTE: *DUMPING* E CARTEL

A defesa da concorrência no Brasil ganhou maior relevância a partir da década de 1990, quando houve a abertura comercial e ingresso do País no mercado internacional de forma mais efetiva.

A seguir, são apresentadas duas formas de violação da concorrência e possível prejuízo a consumidores que são coibidas pela legislação brasileira.

Ao final, são abordados os chamados “acordos de leniência” e as suas benesses.

I) *DUMPING*

O *dumping* consiste em prática usada em comércio internacional, segundo a qual, por um dado período de tempo, uma ou mais empresas de um determinado país vendem seus produtos a outro país por preços muito abaixo daqueles praticados no território de origem. O intuito das empresas exportadoras é eliminar ou reduzir drasticamente a concorrência local, dominando o mercado e impondo preços altos. Quando comprovada sua prática, o *dumping* costuma ser severamente reprimido pelos governos nacionais.

O *dumping* foi definido como prática desleal de comércio internacional pelo acordo do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade, ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio*), firmado em 1947. Embora fosse severamente repudiado à época do aludido acordo, seus efeitos foram minimizados pelo atual Código *Antidumping* da OMC (Organização Mundial do Comércio), aprovado em 1994 no Uruguai.

As normas *antidumping* aprovadas pela OMC foram adotadas pelo Brasil por meio da Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995.

Contudo, em que pese o Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995 (que regulamenta a Lei 9.019/1995) definir “valor normal”, “produto similar”, “mercado doméstico”, entre outros conceitos necessários a um delineamento mais preciso da prática do *dumping*⁹, muitas dúvidas ainda perduram acerca desses elementos.

Para aperfeiçoar a defesa comercial no Brasil, em 1995 foi criado o Departamento de Defesa Comercial – DECOM, ligado à SECEX (Secretaria de Comércio Exterior), que executa as tarefas ligadas a essa área, tais como análise do fato, petições, proposição e condução da investigação *antidumping*, etc.

A investigação para apuração de existência da prática de *dumping* pode ser iniciada através do pedido de indústria doméstica (nacional) ou em seu nome. Na petição, além da qualificação do peticionário, deverão ser demonstrados todos os indícios de *dumping* e os

⁹ Arts. 5º e 6º do Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995.

danos por este causados. Também deverão constar da petição dados como: (i) o volume e o valor da produção da indústria doméstica peticionante; (ii) estimativa do volume e do valor da produção total do produto similar; (iii) lista de alguns produtores domésticos de produto similar que não estejam representados na petição; (iv) descrição completa do produto importado a preços de *dumping*; (v) a identidade do produtor ou exportador estrangeiro e o país de origem do produto importado; entre outros.

Para a solução dos conflitos sobre *dumping* entre países distintos junto à OMC, deve-se observar o quanto disposto no Anexo 2 de seu Acordo Constitutivo, denominado “Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias”, que traz as regras e procedimentos aplicáveis às controvérsias oriundas de acordos multilaterais e, diversamente do que ocorria no âmbito do GATT, obriga a todos os membros da OMC.

II) CARTEL

A prática do cartel se traduz no pacto celebrado entre empresas concorrentes para, entre outras coisas: (i) fixar preços ou cotas de produção; (ii) dividir clientes e mercados de atuação e; (iii) por meio da ação coordenada entre os participantes, eliminar a concorrência e aumentar os preços dos produtos, obtendo maiores lucros, em prejuízo do bem-estar do consumidor.

A formação de um cartel – ou cartelização – é reputada como uma das mais graves lesões à livre concorrência.

Isso porquê, além dos efeitos imediatos decorrentes da limitação artificial da concorrência, como o enfraquecimento ou eliminação desleal de empresas concorrentes, os cartéis também impedem o surgimento de novos produtos e processos produtivos, maculando o próprio processo de inovação, tão fundamental à sociedade capitalista moderna – a ponto de, a longo prazo, culminar em perda de competitividade da economia com o um todo.

Os tipos mais comuns de cartel são: a) fixação de preços; b) fraudes licitatórias; c) alocação de clientes ou territórios; e d) restrição de produção.

No âmbito penal, a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, tipifica como criminosa a conduta de formar cartel¹⁰, que é apenada com até 05 anos de reclusão. Na seara administrativa, o cartel também é definido como prática ilícita¹¹, e tem como pena mais severa o pagamento de multa equivalente a até 30% do valor bruto daquilo que as empresas integrantes do cartel faturarem no ano anterior ao início do processo administrativo que apurou tal prática.

10 Art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

11 Arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Ainda no âmbito administrativo, os administradores de empresas direta ou indiretamente envolvidos com a prática de cartel podem ser condenados a pagar multa correspondente a até 50% daquela aplicada à empresa.

III) ACORDOS DE LENIÊNCIA

A Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que introduziu novidades na Lei nº 8.884/1994, passou a possibilitar a realização de inspeção pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) nos estabelecimentos das empresas investigadas.

Contudo, a maior inovação introduzida pela Lei nº 10.149/2000 na Lei 8.884/1994 foi a possibilidade de celebração do chamado “acordo de leniência” entre a União (por intermédio da SDE) e as pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica (tais como o *dumping* e o cartel, ora tratados).

O acordo de leniência consiste na possibilidade da União garantir a não aplicação de pena para o infrator por ter o mesmo auxiliado na apuração dos fatos.

Para que os infratores possam celebrar o acordo de leniência, entretanto, a legislação¹² determina que uma série de informações sejam prestadas.

Os benefícios desse acordo aos infratores são grandes: (i) possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública ou redução de um a dois terços da penalidade administrativa aplicável, e (ii) o impedimento ao oferecimento de denúncia criminal pelo Ministério Público.

Porém, somente após a apuração do resultado prático obtido a partir das informações exigidas para a celebração do acordo é que a autoridade administrativa definirá quais as contrapartidas que serão conferidas aos infratores.

Vistos os principais meios de ingresso de investimentos estrangeiros no Brasil, bem como as mais importantes formas de controle de mercado praticadas pelo Governo brasileiro, passa-se à análise de outro aspecto essencial ao bom planejamento e desempenho de negócios no país: o Sistema Tributário Brasileiro.

¹² Vide art. 35-B da Lei nº 8.884/1994.

05. ASPECTOS GERAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Para a compreensão do Sistema Tributário Nacional, é preciso recorrer à Constituição da República para que se possa encontrar a origem do fundamento de validade de todo o Sistema, já que todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser coadunado ao referido diploma legal.

Isso porquê a Constituição Federal, dentre diversas disposições, estabelece normas gerais em matéria tributária e atribui competências aos Entes Federados para a criação dos tributos.

I) ESPÉCIES DE TRIBUTOS

A Lei Maior dispõe sobre as espécies de tributos, quais sejam: *imposto, taxa e contribuição*. Ainda assim, muito se discute na doutrina acerca da classificação dos tributos.

As classificações mais comumente adotadas pelos juristas são: (i) a classificação tripartite (*imposto, taxa e contribuição de melhoria*) e (ii) a classificação quinquipartite (*imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições especiais*), entre outras classificações.

A posição tradicional e mais adotada é a tripartite, segundo a qual tributos como os empréstimos compulsórios e as contribuições que não a de melhoria poderão ser equiparados a impostos ou taxas, mediante a verificação da natureza de seu fato gerador.

Assim, segundo a posição tradicional, é possível citar como exemplo o fato de algumas contribuições sociais apresentarem fato gerador similar ao de impostos. É o que se observa ao se comparar o Imposto de Renda (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSL): ambos os tributos têm a mesma base de cálculo – e, portanto, ambos são considerados *impostos* de acordo com a classificação tripartite.

Contudo, embora seja a classificação tripartite a mais tradicional, a classificação a ser efetivamente adotada dependerá de quais variáveis serão adotadas como elementos distintivos.

Uma dessas variáveis é a existência ou não de vinculação dos tributos pagos ao Estado à prestação de um determinado serviço público. Com base neste único critério, tem-se que:

- a) Os impostos são definidos por lei e não dependem de qualquer prestação estatal. Em outras palavras: o cidadão é obrigado, por força de lei, a recolher o imposto aos cofres públicos, sem que haja a correspondente obrigação do Estado em prestar serviços públicos específicos em razão de tal pagamento.

b) O mesmo não se verifica com as taxas, na medida em que estas estão relacionadas a uma prestação (ou mera disponibilização) de serviço público ao contribuinte, desde que o referido serviço seja específico e divisível. Todavia, poder-se-á também haver a cobrança de taxa quando ocorrer serviços de função fiscalizatória.

c) Ainda nesta linha de raciocínio, as contribuições previstas como “*contribuição de melhoria decorrente de obra pública*” contam com um elemento vinculativo, vez que se tratam de contribuições devidas pelos proprietários de bens imóveis beneficiados pela valorização de seus bens gerada por uma obra pública.

d) Figuras tributárias como as contribuições concernentes à seguridade social, à intervenção no domínio econômico e as relacionadas às classes profissionais, seguindo a divisão tripartite, podem ser classificadas como impostos ou taxas, ante a existência ou não do elemento vinculativo; ao passo em que, adotando-se a teoria mais moderna (quiquipartite), todas corresponderiam a uma única espécie tributária: contribuições. O mesmo fenômeno é observado em relação à figura do empréstimo compulsório.

II) COMPETÊNCIA

O Brasil, que desde a Constituição Federal de 1891 adota o modelo federalista de origem norte-americana como forma de organização do Estado, garantiu aos seus Entes Federados autonomia em diversas searas, notadamente a autonomia financeira.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 estipulou a todas as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados e Municípios) a competência para legislar livremente acerca de tributos específicos.

III) TRIBUTOS EM ESPÉCIE

Como já foi dito, cada Ente Federado tem competência para legislar acerca de certos tributos, dada a já mencionada autonomia financeira delineada pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, compete à **União** dispor sobre os seguintes tributos:

- **Imposto de Importação (II):** recai sobre os produtos estrangeiros no Brasil, sendo devido a partir do registro da declaração de importação. Sua base de cálculo é o valor aduaneiro da mercadoria, e suas alíquotas variam em função dos produtos importados (bens considerados essenciais têm alíquotas reduzidas, enquanto bens considerados supérfluos têm alíquotas mais elevadas).

- **Imposto de Exportação (IE):** destina-se aos produtos a serem exportados, sendo devido a partir da declaração de exportação. O IE é cobrado sobre pouquíssimos produtos, de modo a estimular as exportações brasileiras.
- **Imposto de Renda (IR):** O Imposto de Renda é devido tanto pelas pessoas físicas (IRPF) quanto pelas jurídicas (IRPJ) sobre rendas e proventos de qualquer natureza que tenham sido recebidos a cada ano. As pessoas físicas apuram o IR com alíquotas progressivas de 0%, 15% e 27,5%¹³. Já a alíquota básica do IR pago pelas pessoas jurídicas encontra-se atualmente fixada em 15% do lucro real, presumido ou arbitrado, previsto ainda um adicional de 10% sobre a parcela do lucro apurado que exceder a determinado valor. O IR tem ainda uma sistemática de cobrança que prevê retenções pela fonte pagadora (IRRF), cujo valor pode ser posteriormente aproveitado pela pessoa que teve parte de seu pagamento retido. Este raciocínio aplica-se tanto a pagamentos efetuados no Brasil quanto a valores remetidos ao Exterior.
- **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI):** incide no momento da saída do produto que sofre industrialização do estabelecimento, ou no momento da importação do produto, tendo alíquotas variáveis conforme cada produto.
- **Imposto sobre Operações Financeiras (IOF):** como o próprio nome sugere, incide sobre operações financeiras, e conta com alíquotas variáveis em função da operação financeira efetivada: operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.
- **Imposto Territorial Rural (ITR):** é cobrado dos proprietários de áreas rurais, e tem alíquotas variáveis conforme o uso e a localização da terra.
- **Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF):** embora conte com previsão constitucional desde 1988, ainda não há lei que o tenha instituído e regulamentado.
- **Contribuição Social sobre o Lucro (CSL):** incide, juntamente com o Imposto de Renda, sobre o lucro apurado pelas pessoas jurídicas. Sua alíquota é de 9%.
- **Contribuição Social sobre o Faturamento (COFINS):** destinada ao financiamento da Seguridade Social, incidente sobre o faturamento mensal das empresas, à alíquota de 7,6%. A mesma alíquota incide sobre bens ou serviços importados, calculado segundo termos fixados pela Receita Federal.
- **Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS):** incide sobre o faturamento à alíquota de 1,65%. Também incide sobre importações.

¹³ Lei nº 11.482/2007, Instrução Normativa RFB nº 983/2009.

- **Contribuição Social ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS):** em geral à alíquota de 20% sobre a folha de pagamentos do empregador, a cargo deste, e 11% sobre salário de contribuição do empregado.
- **Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM):** é calculado sobre o valor do frete, com alíquotas variadas em função da operação (no geral, 25%).
- **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE):** existem várias espécies de CIDE, porém a de maior impacto nas operações de empresas multinacionais no Brasil é a chamada “CIDE-Royalties”. Trata-se de uma contribuição devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no Exterior¹⁴. A contribuição é apurada mensalmente à alíquota de 10% sobre o *royalty* pago, creditado, entregue, empregado ou remetido a qualquer título ao Exterior para remuneração das obrigações contratadas¹⁵.

Por sua vez, cabem aos **Estados-Membros** os impostos estaduais abaixo elencados:

- **Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD):** cobrado sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos, à alíquota de 4%;
- **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS):** excetuadas as exportações, incide, em regra, as operações de circulação de mercadorias (inclusive sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal) e as operações de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Sua incidência se dá sempre sobre o valor agregado a cada operação mercantil, respeitada a não-cumulatividade, com alíquotas que variam entre 7% e 25%, em função da destinação das mercadorias e da essencialidade destas e dos serviços;
- **Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA):** como explícita o próprio nome do tributo, o IPVA incide sobre a propriedade de veículos automotores. Tem alíquota variável de Estado a Estado, a qual geralmente corresponde a 4% do valor do veículo.

Já aos **Municípios** competem os seguintes tributos:

- **Imposto sobre a propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU):** incidente sobre a propriedade de bens imóveis localizados dentro do perímetro urbano,

¹⁴ Lei nº 10.168/00, art. 2º, caput.

¹⁵ Lei nº 10.168/2000, art. 2º, § 4º; Decreto 4.195/02, art. 10

podendo ter suas alíquotas progressivas de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

- **Imposto de Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis (ITBI):** devido na transmissão, por ato oneroso e a qualquer título, por natureza ou acessão física, de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição. Têm alíquotas variáveis de acordo com a legislação de cada Município;
- **Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS):** incide sobre serviços definidos em lei complementar, excluídos aqueles sujeitos ao recolhimento do ICMS (serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal). Suas alíquotas, cujo percentual mínimo é de 2%, são fixadas por cada Município, e variam em função da natureza dos serviços prestados.
- **Contribuição para Iluminação Pública (CIP):** após um longo debate jurídico, a Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002, regularizou tal cobrança, que muitas vezes não é institucionalizada pelos Municípios, vez que sua finalidade é complementar o IPTU e outras taxas cobradas na conta de luz.

No que se refere às **Contribuições de Melhoria e às Taxas Fiscalizatórias**, importa destacar que tais espécies tributárias podem ser instituídas tanto pela União como pelos Estados e pelos Municípios, nos termos apresentados na descrição das espécies tributárias.

Por fim, no que diz respeito ao **Distrito Federal**, alçado à condição de Ente Federado pela Constituição Federal de 1934, observa-se que a Constituição Federal de 1988 lhe atribuiu as competências tributárias próprias dos Estados-Membros e dos Municípios, dada sua natureza peculiar.

QUADRO-RESUMO

ENTE FEDERADO	TRIBUTOS		
	IMPOSTOS	TAXAS	CONTRIBUIÇÕES
Municípios	- IPTU - ITBI - ISS	- Exercício de poder fiscalizatório ou - Uso potencial ou efetivo de serviço público.	- CIP - Contribuições de Melhoria

ENTE FEDERADO	TRIBUTOS		
	IMPOSTOS	TAXAS	CONTRIBUIÇÕES
Estados	- ITCMD - ICMS - IPVA	- Exercício de poder fiscalizatório ou - Uso potencial ou efetivo de serviço público.	- Contribuições de Melhoria
União	- II - IE - IR - IPI - IOF - ITR - IGF - Impostos Residuais - Impostos Extraordinários	- Exercício de poder fiscalizatório ou - Uso potencial ou efetivo de serviço público.	- CSL - COFINS - PIS - INSS - AFRMM - CIDE - Contribuições Profissionais - Contribuições de Melhoria

IV) CONCLUSÃO

É certo dizer que a carga tributária brasileira é densa, como se infere pela enorme quantidade de tributos em espécie existentes no Brasil. Contudo, vale destacar que várias legislações concedem determinadas isenções – o que torna importantíssima e necessária a correta utilização das ferramentas disponibilizadas pelo Sistema Tributário Brasileiro para que se verifique posta a justiça tributária.

Ademais, o governo, em todas as esferas federativas, vem adotando novas iniciativas com relação a benefícios fiscais, como parcelamento de débitos, descontos e aproveitamentos de créditos. Assim, deve o contribuinte sempre se valer da mais fina técnica jurídica cumulada com uma precisa orientação comercial para que se evite que o arbítrio do exacerbado afã arrecadatório prejudique o pleno exercício das atividades privadas.

Neste sentido, proveitoso se faz o conhecimento de medidas governamentais que visam flexibilizar a tributação de determinadas mercadorias e serviços, de forma a manter aquecida e em crescimento a economia do país. É neste cenário que surgem, por exemplo, os Regimes Aduaneiros Especiais, sobre os quais passamos a discorrer.

06. REGIMES ADUANEIROS ESPECIAIS

I) INTRODUÇÃO: NOÇÕES GERAIS

No regime comum de importação e de exportação de mercadorias, via de regra, ocorre o pagamento de tributos.

Entretanto, devido à dinâmica do comércio exterior e para atender algumas peculiaridades, o governo criou mecanismos que permitem a entrada ou a saída de mercadorias do território aduaneiro com suspensão ou isenção de tributos. Esses mecanismos são denominados:

(i) Regimes Aduaneiros Especiais: assim chamados por não se adequarem à regra geral do regime comum de importação e de exportação. Podemos citar como exemplos: Trânsito Aduaneiro; Admissão Temporária; *Drawback*; Entreposto Aduaneiro; Entreposto Industrial; Entreposto Industrial sob Controle Informatizado (RECOF); Exportação Temporária; Depósito Aduaneiro de Distribuição (DAD); Regime Aduaneiro Especial de importação de insumos destinados à industrialização por encomenda (RECOM); Regime Aduaneiro Especial de exportação e importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas de petróleo e de gás (REPETRO); e Regime Aduaneiro Especial para importação de petróleo bruto e seus derivados, para fins de exportação no mesmo estado em que foram importados (REPEX).

(ii) Regimes Aduaneiros Atípicos: criados para atender a determinadas situações econômicas peculiares de pólos regionais e de certos setores ligados ao comércio exterior. Podemos citar como exemplos: Loja Franca; Depósito Especial Alfandegado (DEA); Depósito Afiançado (DAF); Depósito Franco; e Depósito Alfandegado Certificado (DAC).

O ponto de partida para se compreender os regimes aduaneiros é entender onde eles se aplicam.

Embora seja intuitivo considerar que as leis de um país se aplicam em toda sua jurisdição, nem todo território nacional é “nacionalizado”. Explica-se.

O território aduaneiro compreende todo o território nacional (inclusive o mar territorial, as águas territoriais e o espaço aéreo correspondente) e se divide em duas zonas: primária e secundária.

A **zona primária** compreende toda a área terrestre, contínua ou descontínua, ocupada por áreas alfandegadas e suas adjacências. Para fins deste estudo, área alfandegada é aquela na qual há movimentação de mercadorias vindas ou enviadas ao exterior sob a devida fiscalização tributária, sanitária e policial – a “Alfândega”.

Em outras palavras, é na área alfandegada onde ocorre a formalização do comércio exterior, de modo que é possível um determinado bem estar armazenado dentro do território nacional e não se sujeitar às regras brasileiras, sendo de circulação restrita à zona primária.

Em regra, uma mercadoria só pode ser negociada no Brasil quando “nacionalizada”, ou seja, devidamente liberada pela Alfândega após apresentação de documentos comerciais (demonstrando, principalmente, a titularidade do comprador e do vendedor), pagamento de tributos e inspeção de conteúdo. A partir desse momento ela circulará em **zona secundária**.

Assim sendo, visando à dinamização de todos os procedimentos alfandegários, bem como a diminuição dos encargos sobre mercadorias que não se destinam à zona secundária, os regimes especiais excepcionam a regra geral para, por exemplo, permitir a venda de mercadorias estrangeiras dentro de aeroportos (*Duty Free*) ou a industrialização local de bens que obrigatoriamente retornarão ao exterior, mas deixam aqui saldo de empregos.

A seguir apresentamos um resumo dos principais regimes especiais aduaneiros.

II) REGIMES DE EXPORTAÇÃO

II.1) Trânsito Aduaneiro

Trânsito aduaneiro é o regime especial que permite o transporte de mercadorias, sob controle aduaneiro, de um ponto para outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos.

O regime subsiste do local de origem (ponto de chegada no território) ao local de destino, desde o momento do desembarço para trânsito aduaneiro efetuado pela repartição da Receita Federal que jurisdiciona o local de origem até a certificação da chegada da mercadoria pela autoridade aduaneira do local de destino.

O transporte de mercadorias em operação de trânsito aduaneiro poderá ser efetuado por empresas transportadoras previamente habilitadas, em caráter precário, pela Receita Federal do Brasil.

A autoridade aduaneira sob cuja jurisdição se encontrar a mercadoria a ser transportada concederá o regime de trânsito aduaneiro, estabelecendo rota, prazo para execução, prazo para comprovação da chegada e cautelas julgadas necessárias.

As obrigações fiscais relativas a mercadoria em regime especial de trânsito aduaneiro serão constituídas em Termo de Responsabilidade Fiscal – mecanismo que assegura eventual cobrança e execução tributária.

II.2) Exportação Temporária

Considera-se exportação temporária a saída do país de mercadoria nacional ou nacionalizada, condicionada à reimportação em prazo determinado, no mesmo estado ou após submetida a processo de conserto, reparo ou restauração.

O regime se aplica a:

- Mercadorias destinadas a feiras, competições esportivas ou exposições no exterior;
- Produtos manufaturados e acabados;
- Animais reprodutores para cobertura, em estação de monta, com retorno cheia ou com cria ao pé, no caso de fêmeas, bem como animais para outras finalidades;
- Veículos para uso de seu proprietário ou possuidor.

Em caso de conveniência para o país, o regime de exportação temporária aplica-se a:

- Minérios metálicos para fins de recuperação ou beneficiamento;
- Matérias-primas ou insumos para fins de beneficiamento ou transformação.

A concessão do regime poderá ser requerida à repartição aduaneira de porto, aeroporto ou ponte de fronteira de saída de bens para o exterior. A verificação da mercadoria, para efeito da instrução do processo, poderá ser feita pelo estabelecimento do exportador ou em qualquer outro local, a juízo da autoridade competente.

Caso seja devido o Imposto de Exportação, será necessário um Termo de Responsabilidade.

II.3) Exportação Temporária para Aperfeiçoamento Passivo

Sistema que permite a saída do país, por tempo determinado, de mercadoria nacional ou nacionalizada para ser submetida a operação de transformação, elaboração, beneficiamento ou montagem no exterior e sua reimportação na forma de produto resultante dessas operações, com pagamento do imposto incidente sobre o valor agregado à mercadoria.

II.4) Entrepasto Aduaneiro

É o regime que permite, na importação e na exportação, o depósito de mercadorias em local determinado, com suspensão do pagamento de tributos e sob controle fiscal. O regime tem como base operacional unidade de entreposto de uso público ou de uso privativo, onde as mercadorias ficarão depositadas.

Poderão ser permissionárias do regime: Armazéns Gerais; *Trading Companies*¹⁶ e prestadoras de serviços de transporte internacional de carga.

As mercadorias que podem ser admitidas no regime são relacionadas pelo Ministério da Fazenda.

Especificamente, há duas modalidades de Entrepasto Aduaneiro na Exportação:

- **Comum:** subsiste a partir da data da entrada da mercadoria na unidade de entreposto; e
- **Extraordinária:** subsiste a partir da data da saída da mercadoria na unidade de entreposto; permite a utilização de diversos incentivos fiscais à exportação; pode ser usado somente por empresas comerciais exportadoras e em relação aos bens adquiridos para exportação.

III) CONCLUSÃO

No atual contexto da economia brasileira, sendo as exportações fortemente incentivadas pelo Governo¹⁷, a correta utilização dos Regimes Especiais Aduaneiros pode favorecer muito quem se propuser ao comércio exterior, otimizando tanto incentivos fiscais quanto organização logística.

Outro mecanismo importantíssimo de incentivo às exportações – e, logo, ao desenvolvimento da economia brasileira – bem como ao combate à evasão de divisas fiscais, é a celebração de Tratados Internacionais em matéria tributária. O próximo tópico é dedicado ao estudo desses instrumentos.

¹⁶ Constituídas nos termos do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972.

¹⁷ Vide Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1.152/2011, publicada em 11 de maio de 2011.

07. TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A aplicação dos tratados internacionais no âmbito da legislação interna brasileira, especialmente aqueles que versam sobre matéria tributária, tem sido motivo de controvérsia entre doutrina e jurisprudência.

O motivo para tanto é, em verdade, bastante simples: as regras de interpretação oriundas do Direito Internacional são distintas daquelas válidas para o Direito Tributário, sendo que a conformidade entre um e outro é complexa, ou seja, exige a perfeita aplicação consecutiva de preceitos e princípios a ambos os sistemas.

Para um melhor entendimento do tema, mister discorrermos sobre as Teorias Monista e Dualista do Direito Internacional.

Nas palavras de ALBERTO XAVIER, “*Para a construção monista, o direito constitui uma unidade de que a ordem interna como a ordem internacional constituem meras manifestações*”¹⁸. Em contrapartida, a Teoria Dualista separa a eficácia das normas concebidas no âmbito internacional e na seara nacional.

Pela Teoria Dualista, uma norma internacional só tem eficácia perante a legislação pátria quando internalizada por meio de mecanismos previstos na própria lei interna. E é justamente esta a previsão verificada na Constituição Federal: primeiro o tratado deve ser aprovado pelo Congresso Nacional¹⁹, o que enseja a obrigação que o Decreto Legislativo seja ratificado pelo Presidente da República para ser reconhecido como lei nacional²⁰.

Há divergência quanto ao momento de incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico. EURICO DE SANTI, fundado na doutrina de PONTES DE MIRANDA, preconiza que o Decreto Legislativo é *fato jurídico suficiente*, porém, *não eficiente*²¹.

Já PAULO DE BARROS CARVALHO afirma que “*não são os tratados e as convenções internacionais que têm idoneidade jurídica para revogar ou modificar a legislação interna, e sim os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira*”²².

¹⁸ XAVIER, Alberto. *Direito Internacional Tributário do Brasil*. 4ª ed. - Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 101.

¹⁹ CF/88: “Art. 49. *É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*”.

²⁰ CF/88: “Art. 84. *Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”.

²¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento Tributário*. 2ª ed. rev. e amp. - São Paulo : Max Limonad, 1999. p. 69.

²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p.76

Esta discussão insere-se na análise do artigo 98 do Código Tributário Nacional (“CTN”), *ipse literis*: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Na falta de determinação constitucional disciplinando a hierarquia dos tratados na legislação interna, em 1977 o Supremo Tribunal Federal (“STF”) decidiu, por meio do Recurso Extraordinário nº 80.004-SE, que no caso de conflito entre tratado internacional e lei interna (posterior ao mesmo), deve prevalecer a lei, posto que se trata da última expressão da vontade do legislador republicano.

Note-se que o julgado do STF afirmou sobremaneira a Teoria Dualista, admitindo que houvesse a desconsideração do plano internacional caso o legislador interno assim decidisse - trata-se da “Teoria da Paridade” entre leis internacionais e leis internas.

Não obstante, sem se opor à Teoria adotada pela Constituição, ao analisar o disposto no CTN, FRANCISCO REZEK observa que “*não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer domínio, a norma anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da república, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional [...] mas se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei*”²³.

A lição de FRANCISCO REZEK é ideal, posto que harmoniza todo o disposto no artigo 98 do CTN - em especial a ordem “*serão observados pela que [legislação tributária] lhes sobrevenha*” - com os mecanismos de extinção dos tratados internacionais²⁴. Cumpre esclarecer que na seara tributária não se aplica a tese elaborada por VALERIO MAZZUOLI quanto a possibilidade do “Controle de Convencionalidade”. Isso porque MAZZUOLI fundamentou-se na previsão do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, para equiparar tratados internacionais de direitos humanos à lei interna. Frise-se que a fundamentação da Convencionalidade aplica-se exclusivamente a direitos humanos, sendo pacífico que tratados tributários seguem as disposições do CTN.

Igualmente, adotando a premissa de PONTES DE MIRANDA em preferência à BARROS CARVALHO, não é possível defender a aplicabilidade do Princípio da Boa-Fé para interpretação dos Tratados²⁵ antes da promulgação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o que só ocorreu em dezembro de 2009. Vale mencionar que esta posição não nos parece razoável, posto que tal Convenção foi concluída em 23 de maio de 1969, ficando pendente apenas sua ratificação presidencial.

²³ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12ª ed. ver. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. p. 102.

²⁴ Extinção bilateral: ab-rogação; extinção unilateral: denúncia.

²⁵ Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, artigo 31.

Atualmente, o Brasil possui 29 tratados internacionais relativos à Imposto de Renda²⁶ e 08 tratados tangentes à Seguridade Social²⁷. Regra geral, os acordos de Seguridade prevêm a aplicabilidade da legislação interna no cumprimento das obrigações previdenciárias enquanto os acordos tributários (relacionados com Imposto de Renda) sobrepujam a lei interna, nos termos do CTN.

Em consonância com o entendimento do STF, a Receita Federal Brasileira (“RFB”) vem exigindo a retenção em fonte do Imposto de Renda (“IRRF”) mesmo sobre remessas destinadas a países com o qual o Brasil mantém acordo para evitar bitributação²⁸.

Antes, verificava-se a melhor interpretação do CTN por parte da RFB²⁹, o que indica desarrazoado ânimo arrecadatório do fisco federal - inconseqüente com os eventuais resultados para a política externa do país. O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), órgão competente para cuidar de violações a leis e atos dela derivados, tem barrado parte dos abusos administrativos³⁰, sendo certo que tais decisões não são suficientes para suspender os atos normativos da RFB ou para demover os fiscais de novas autuações.

Decerto a RFB poderia exigir o IRRF no caso da dedutibilidade do Imposto de Renda ser obtida por meio do Princípio da Reciprocidade de Tratamento Tributário, que garante créditos de Imposto de Renda recolhido no exterior quanto há tratamento igual para pessoas (físicas ou jurídicas) brasileiras residentes no exterior.

Para se obter este benefício, é preciso comprovar a reciprocidade através de (i) cópia autenticada (acompanhada de tradução juramentada) do ato que declarou a reciprocidade ou (ii) declaração prestada pela representação diplomática brasileira localizada no domicílio do Expatriado, atestando o tratamento tributário³¹, sendo que brasileiros residentes nos

²⁶ Países com os quais o Brasil possui tratados para Evitar a Bitributação em matéria de Imposto de Renda - África do Sul; Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; China; Coréia; Dinamarca; Equador; Espanha; Filipinas; Finlândia; França; Hungria; Índia; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Países Baixos; Peru; Portugal; República Eslovaca; República Tcheca; Suécia; e Ucrânia.

²⁷ Países com os quais o Brasil possui tratados previdenciários - Acordo Multilateral do Mercosul (Argentina, Paraguai, Uruguai); Cabo Verde; Espanha; Grécia; Chile; Itália; Luxemburgo; Portugal.

²⁸ Pela tributação de IRRF: Solução de Consulta nº 554, de 16/11/2004, Disit 07 (RJ); Solução de Consulta nº 262, de 24/09/2003, Disit 07 (RJ); Solução de Consulta nº 12, de 14/04/2003, Disit 04 (AL, PB, PE e RN).

²⁹ Pela não incidência do IRRF: Decisão nº 9, de 13/01/1998, Disit 07 (RJ); Decisão nº 74, de 12/07/1999, Disit 09 (PR e SC); Decisão nº 11, de 10/02/1999, Disit 09 (PR e SC).

³⁰ “Acordo internacional devidamente recepcionado pelo ordenamento jurídico interno tem prevalência sobre as normas administrativas. Precedentes: RESP 78.172/CE (Primeira Turma, Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 03.06.1996); RESP 105.048/SP (Primeira Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 26.05.1997); RESP 139.709/SP (Primeira Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 16.03.1998); RESP 104.944/SP (Segunda Turma, Min. Adhemar Maciel, DJ de 11.05.1998) e RESP 104.556/SP (Segunda Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.06.1999)”. (STJ, 1ª Turma, REsp 769.955/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 17/10/2005

³¹ Vale observar que não é possível o reconhecimento de reciprocidade previdenciária.

Estados Unidos da América³², Reino Unido³³ ou Alemanha³⁴ já têm reconhecido o direito ao tratamento recíproco por Ato da própria RFB.

Portanto, ao exigir IRRF de países com e sem tratados tributários assinados com o Brasil, na prática a RFB equipara a legislação internacional com os dispositivos infralegais editados por si mesma.

Conclui-se que, enquanto o Judiciário brasileiro não adotar a interpretação harmônica das regras de Direito Internacional e Direito Tributário, a fim de impor firmemente as isenções previstas nos tratados, não haverá justiça apta a combater as cotidianas infrações brasileiras à lei internacional.

O artigo seguinte igualmente aborda, ainda que sob um enfoque diferente, um importante tratado internacional firmado pelo Brasil que, entre diversas matérias, também abarca questões tributárias. Trata-se do Tratado de Assunção, instrumento que deu origem ao Bloco Econômico denominado MERCOSUL, cuja evolução e êxito passam a ser analisados.

³² Ato Declaratório SRF nº 28, de 26/04/2000.

³³ Ato Declaratório SRF nº 48, de 27/06/2000.

³⁴ Ato Declaratório Interpretativo nº 16, de 22/12/2005.

08. LIMITES À EVOLUÇÃO DO MERCOSUL

I) BREVE HISTÓRICO DO BLOCO

Com o fim da Guerra Fria, muitos países perceberam a necessidade de se unirem em blocos econômicos para, mediante a quebra ou a mitigação de barreiras aduaneiras, fortalecerem suas economias nacionais.

A partir desta idéia, que já contava com diversos exemplos práticos ao redor do globo (tais como o Mercado Comum Europeu e o Pacto Andino), surgiu o interesse de alguns países sul-americanos em formar um bloco econômico regional.

Dado interesse levaria Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai a assinarem, em 26 de março de 1991³⁵, o Tratado de Assunção, criando assim o chamado Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Num primeiro momento, o MERCOSUL se resumia a uma zona de livre comércio entre os países signatários, na qual estes não tributariam ou restringiriam as importações provenientes uns dos outros.

Em 1º de janeiro de 1995, porém, o bloco passou de zona de livre comércio a união aduaneira, na qual todos os Estados-membros poderiam praticar as mesmas quotas (Tarifa Externa Comum – TEC) sobre as importações advindas de países não-membros. Passados 16 anos, o bloco ainda permanece nesse mesmo estágio evolutivo³⁶.

Vale aqui dizer que, além de ser o instrumento fundador do bloco, o Tratado de Assunção representa uma verdadeira Constituição do MERCOSUL, na medida em que fixa os principais objetivos do bloco e aponta as diretrizes para que esses objetivos sejam alcançados.

A propósito, a natureza constitutiva do Tratado de Assunção ganhou ainda mais evidência após a assinatura, em 17 de dezembro de 1994, do Protocolo de Ouro Preto, que, aprimorando o primeiro instrumento, conferiu estrutura institucional ao MERCOSUL – passo essencial ao reconhecimento jurídico e internacional do bloco como um ente autônomo em relação aos seus membros.

³⁵ Embora firmado em 26 de março de 1991, o Tratado de Assunção só foi ratificado pelo Congresso brasileiro em 25 de setembro de 1991, e promulgado pelo Decreto nº 350 em 21 de novembro do mesmo ano, quando então passou a ter força normativa no território nacional.

³⁶ Um bloco econômico convencional apresenta quatro estágios evolutivos, que demonstram o grau de integração econômica de seus Estados-membros: (i) *Áreas ou Zonas de Livre Comércio*, (ii) *Uniãos Aduaneiras*, (iii) *Mercados Comuns* e (iv) *Uniãos Econômicas e Monetárias*.

II) ESTADOS PARTICIPANTES

Atualmente, o MERCOSUL apresenta três classes de signatários. São elas:

- (i) *Os Países Partes:* Argentina (1991), Brasil (1991), Paraguai (1991), Uruguai (1991) e Venezuela (2009);
- (ii) *Os Países Associados:* Bolívia (1996), Chile (1996), Peru (2003), Colômbia (2004) e Equador (2004); e
- (iii) *O País Observador:* atualmente, o México.

Destaca-se que a maioria desses países lança mão do Imposto sobre Valor Agregado (IVA) para, em linhas gerais, tributar a circulação de serviços e mercadorias dentro de seus respectivos territórios nacionais.

O Brasil, porém, adota modelo tributário singular, utilizando três impostos distintos (ICMS, ISS e IPI) para tributar as mesmas hipóteses de incidência abarcadas pelo IVA na maioria dos outros Países do MERCOSUL.

Isso redundava na impossibilidade de eventual tomada de crédito nas operações com o Brasil, o que gera críticas por parte dos demais Estados signatários do bloco.

III) A TARIFA EXTERNA COMUM (TEC)

Após a conversão do MERCOSUL de zona de livre comércio para união aduaneira, foi necessária (e até natural) a adoção de uma tarifa comum pelos Estados-membros.

Criou-se, desta forma, a denominada Tarifa Externa Comum (TEC), a ser aplicada pelos Estados-membros sobre todas as importações que esses realizarem junto a países alheios ao bloco.

Nota-se, então, que a TEC teria o potencial de dar viabilidade real à uniformização da tributação aduaneira dos Estados integrantes do bloco.

Todavia, em razão de problemas sócio-políticos e das distintas estruturas econômico-tributárias dos Estados-Partes, a união aduaneira não apenas não foi concluída, como parece cada vez mais distante de sê-lo.

Nesse cenário, as chamadas listas básicas de convergência (“Listas de Exceções”) configuram o maior obstáculo a ser superado pelo MERCOSUL para o avanço da integração econômica de seus signatários.

IV) LISTA DE EXCEÇÕES

As Listas de Exceções são documentos nos quais cada Estado-Parte elenca aqueles produtos, serviços e setores econômicos que, segundo o seu interesse político, a princípio não se sujeitarão à TEC, e sim às alíquotas tributárias próprias daquele Estado.

Inicialmente, a idéia era que cada país Parte, contando com lista própria, adotasse singular esquema de convergência de alíquotas, para que, até o ano de 2001, fossem de fato uniformizadas as alíquotas de importação praticadas por cada Estado-membro com a TEC.

Ainda, como forma de resguardar a circulação de bens e serviços dentro do próprio bloco, os produtos excetuados por um determinado Estado Parte estariam sujeitos a alíquota fixada na TEC quando importados pelos demais Estados Partes.

Desse modo, estar-se-ia respeitando as singularidades (políticas, econômicas e tributárias, principalmente) de cada um dos Estados integrantes do MERCOSUL, a fim de viabilizar o fortalecimento de suas economias internas – e o conseqüente fortalecimento da economia do bloco, resultante do nivelamento da força econômica de seus membros.

Assim, cada Estado Parte elaborou uma Lista de Exceções à TEC, composta de produtos dos setores (i) *de bens de capital*, (ii) *informática* e (iii) *telecomunicações*, bem como outras exceções nacionais (produtos cuja incorporação imediata à TEC causaria problemas a determinado Membro do bloco).

Porém, o problema que acompanha as Listas de Exceções é o grande volume de mercadorias nelas inseridas, capaz de tornar a TEC praticamente ineficaz (jocosamente se diz que a TEC, e não as Listas, é que é a exceção).

V) CONCLUSÃO

Finalmente, entendida a estrutura aduaneira do MERCOSUL, é possível concluir-se que a eficácia do bloco é extremamente baixa, em comparação aos demais blocos econômicos existentes ao redor do globo.

As Listas de Exceções à TEC são a mais clara prova de que os países signatários não buscam uma união aduaneira efetiva, vez que alocam cada vez mais produtos nas mencionadas relações, tomando medidas claramente protecionistas e caminhando na direção reversa à filosofia de um bloco econômico.

Ademais, aspectos particulares do sistema tributário de cada país do bloco também contribuem para a não-concretização da união aduaneira do MERCOSUL. A política brasileira de manter a descentralização do ICMS, ISS e IPI, atribuindo para cada qual uma competência, respectivamente Estado, Município e União – apesar dos protestos dos

demais Estados-membros do bloco, ante a impossibilidade de se tomar crédito nas operações com o Brasil – é apenas um dos diversos exemplos existentes nesse sentido.

Outro elemento muito comumente observado em países alinhados em Blocos Econômicos é a circulação de profissionais de diferentes nacionalidades entre os Estados-Membros. Neste sentido, passamos ao estudo dos aspectos tributários inerentes à transferência de profissionais estrangeiros para o território brasileiro.

09. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E PREVIDENCIÁRIOS DA TRANSFERÊNCIA DE ESTRANGEIROS PARA O BRASIL

Indubitavelmente, a economia brasileira firmou-se como uma das maiores e mais relevantes no cenário internacional. Como consequência, alguns gargalos ao desenvolvimento ganharam projeção inédita, entre eles a necessidade premente de qualificar a mão-de-obra não apenas para resolver problemas locais, mas, principalmente, para criar uma comunicação fluida e eficaz com a matriz estrangeira.

Assim, a transferência de profissionais brasileiros para outros países foi largamente difundida entre grandes empresas, tanto para estudos acadêmicos quanto para a vivência em projetos internacionais. O inverso também está cada vez mais comum: estrangeiros vêm ao Brasil para aprender as peculiaridades do mercado e ganhar expertise em um país emergente, que não raro se mostra estratégico no sucesso do balanço apurado no exterior.

Não obstante, o ônus deste investimento é cada vez mais questionado³⁷. Isso porque os encargos tributários e previdenciários para se manter um funcionário expatriado podem chegar ao dobro dos mesmos encargos no que atine à manutenção de um emprego local.

Para se determinar o custo de uma transferência internacional, inicialmente deve ser avaliado o tempo que o funcionário permanecerá como expatriado. Para ingresso no Brasil, os dois principais tipos de vistos são: (i) visto técnico – sem contrato de trabalho assinado com entidade brasileira; e (ii) visto de trabalho – contrato de trabalho por prazo determinado e de razoável duração (por exemplo, 02 anos), hipótese em que se torna obrigatória a aplicação das normas brasileiras.

I) ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

Do ponto de vista tributário, o estrangeiro que ingressa no Brasil com visto de trabalho é imediatamente considerado residente fiscal para fins de apuração do Imposto de Renda (“IRPF”)³⁸, ao passo que o portador de visto técnico deve observar o prazo limite de 184 dias para não ter vinculação fiscal com o país.

Cumprido ressaltar que, caso o trabalhador técnico adquira visto de trabalho, será tido como residente fiscal por todo o ano fiscal, não sendo autorizado a excluir os dias sob visto técnico da apuração do IRPF.

Em regra, pagamentos efetuados a não-residentes ficam sujeitos à retenção do Imposto de Renda na Fonte (IRRF) à alíquota de 25%, quando destinadas a pessoas físicas.

³⁷ Vide notícia “Companhias reorganizam programas de expatriação”, de Stela Campos, publicada no jornal Valor Econômico de 26/01/2011.

³⁸ Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 208/2002, artigos 2º e 3º.

No caso do Brasil manter tratado para evitar bitributação assinado com o país de origem do estrangeiro (ou de destino do trabalhador brasileiro expatriado), em tese não é necessário efetuar retenção em fonte. Na prática, a Receita Federal do Brasil (RFB) entende que o recolhimento do IRRF deve ser compensado com o tributo devido no exterior³⁹.

Vale observar que a pessoa que receber salário no Brasil e no exterior (*split salary*) deve declará-los mensalmente à RFB, por meio do Carnê-Leão.

A prática do *split salary* é disseminada, uma vez que o expatriado necessita financiar previdência oficial e demais despesas em seu país de origem, visando ao seu retorno ao término do contrato. Tal prática, entretanto, pode gerar contingências previdenciárias e trabalhistas pela falta de recolhimento de FGTS sobre a totalidade dos proveitos recebidos pelo empregado (ou seja, da soma da parte recebida no Brasil e da parte recebida no exterior). Assim sendo, recomenda-se um cuidadoso planejamento, caso a caso, para a adoção do *split salary*.

II) ASPECTOS PREVIDENCIÁRIOS

Na seara previdenciária, em regra, o expatriado será considerado como segurado, independente do tipo de contrato de trabalho.

Isso porque, dentre o rol dos empregados, a legislação vigente⁴⁰ determina que sejam segurados obrigatórios aqueles que sejam “*brasileiro ou o estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior com maioria do capital votante pertencente a empresa constituída sob as leis brasileiras, que tenha sede e administração no País e cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidade de direito público interno*”.

³⁹ Nesse sentido: SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 60, de 10 de Fevereiro de 2010. ASSUNTO: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF. EMENTA: EMPREGADOS ENVIADOS AO EXTERIOR – África do Sul. Em acordos ou convenções que visem evitar a dupla tributação estabelecidos em conformidade com o modelo preconizado pela OCDE, a tributação de rendimentos percebidos a título de remuneração em razão do exercício de atividade laboral com vínculo empregatício percebidos pela pessoa física, via de regra, caberá ao país de residência. No caso de afastamento do País de empregado de empresa brasileira, para trabalhar no exterior em projetos de engenharia, estão dispensadas da retenção do Imposto de Renda na Fonte as remessas destinadas ao pagamento de salários aos funcionários considerados residentes ou domiciliados no Brasil, quando estiverem fora do país em caráter temporário (não inferior a 90 dias), desde que o remetente seja empreiteira de obras e prestadores de serviços. Considera-se residente no Brasil, o empregado de empresa brasileira enviado para trabalhar no exterior, nos primeiros doze meses consecutivos da saída, caso na data da saída não tenha entregue a Declaração de Saída Definitiva do País. A partir do décimo terceiro mês consecutivo de ausência do País, sujeitam-se à incidência do Imposto de Renda na Fonte, à alíquota de 25%, os salários pagos pelas empreiteiras de obra e as prestadoras de serviços aos funcionários que passaram à condição de não-residente no Brasil.

⁴⁰ Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.

Assim sendo, é de extrema importância observar que a base de cálculo da Contribuição Previdenciária devida ao INSS é a totalidade dos rendimentos recebidos pelo empregado. Eis aqui configurada a maior razão de problemas com o *slipt salary*.

Mesmo quando analisados os poucos tratados internacionais previdenciários⁴¹, observa-se que em todos os casos há previsão da aplicabilidade da legislação local (onde o segurado presta serviços).

Assim sendo, numa apertada síntese, temos que a reciprocidade previdenciária restringe-se a benefícios e tempo de trabalho.

Vale observar que a contribuição devida ao INSS só não será recolhida sobre trabalhos temporários, nos termos de cada tratado, exemplificativamente:

- Argentina: até 12 (doze) meses, prorrogáveis, em caráter excepcional, mediante prévio e expresse consentimento do País onde os serviços são prestados;
- Espanha: até 03 (três) anos, prorrogáveis por até 02 (dois) anos mediante autorização do País onde os serviços são prestados.
- Itália: até 12 (doze) meses, prorrogáveis por até 12 (doze) meses, mediante autorização do País onde os serviços são prestados.

Eis um dos motivos porque as transferências por períodos mais curtos são mais vantajosas para as empresas.

III) CONCLUSÃO

O intercâmbio de profissionais para aprendizado teórico ou prático é uma realidade inalienável na economia globalizada. De fato, a expatriação capacita não apenas o empregado que se muda para outro país, mas também todos aqueles que convivem com o expatriado, enriquecendo a cultura corporativa como um todo.

Não obstante, a fim que tal experiência seja viável e financeiramente interessante para as partes, é preciso que se considere não apenas os aspectos trabalhistas da transferência, mas também os previdenciários e tributários que refletem tal acordo.

Assim sendo, é preciso que a empresa conduza todo o processo com suporte legal conjuntamente às estratégias montadas para a expatriação, articulando os setores envolvidos desde o envio até o retorno do profissional à sua sede.

⁴¹ Há somente 08 tratados assinados pelo Brasil: Acordo Multilateral do Mercosul (Argentina, Paraguai, Uruguai); Cabo Verde; Espanha; Grécia; Chile; Itália; Luxemburgo e Portugal.

Além do profundo impacto tributário gerado pela transferência de profissionais estrangeiros para atuarem em território nacional, outro fator que eleva os custos da manutenção de empregados em solo nacional é o custeio do sistema sindical brasileiro, que será a seguir analisado.

10. FONTES DE CUSTEIO DOS SINDICATOS NO BRASIL: PANORAMA GERAL

Para que as entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores possam desempenhar a contento as suas atividades de defesa e promoção dos interesses dos integrantes da categoria que representam, a lei lhes garantiu diversas fontes de custeio, quais sejam: a contribuição sindical legal, a contribuição assistencial, a contribuição confederativa e a mensalidade sindical.

I) CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A contribuição sindical é devida por todos os participantes de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão⁴².

A contribuição sindical é paga uma vez por ano. Em relação aos empregados, corresponde a um dia de salário, qualquer que seja a forma da referida remuneração⁴³. Nesse sentido, os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos⁴⁴.

Em relação aos empregadores, a contribuição sindical será proporcional ao capital social da empresa, registrado na respectiva Junta Comercial ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme tabela progressiva prevista em lei⁴⁵. O recolhimento da contribuição sindical dos empregadores será feito no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a estabelecer-se após aquele mês, na ocasião em que solicitarem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade⁴⁶.

II) CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL E CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

A Contribuição Assistencial, por definição, visa retribuir o Sindicato pelo resultado obtido em eventual negociação coletiva de trabalho da qual participou como representante da sua respectiva categoria. O seu valor é livremente definido em Assembléia Geral realizada pelo Sindicato

⁴² Cf. artigo 579 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

⁴³ Cf. art. 580, inc. I, da CLT.

⁴⁴ Cf. art. 582, *caput*, da CLT.

⁴⁵ Cf. art. 580, inc. III, da CLT.

⁴⁶ Cf. art. 587 da CLT.

A Contribuição Confederativa, por sua vez, tem como propósito garantir a manutenção e o reforço do sistema confederativo sindical brasileiro. O seu valor é livremente definido em Assembléia Geral realizada pelo Sindicato⁴⁷.

Em relação aos sócios do Sindicato, o pagamento da Contribuição Assistencial e da Contribuição Confederativa é obrigatório. Como resultado, o valor da Contribuição Assistencial e da Contribuição Confederativa devida pelo empregado filiado ao seu respectivo Sindicato deve ser descontado periodicamente do seu salário e repassado ao Sindicato⁴⁸.

Em relação aos empregados e empregadores que não são filiados aos seus respectivos Sindicatos, o pagamento da Contribuição Assistencial e da Contribuição Confederativa somente é admitido sob certas circunstâncias, pois é cada vez mais reconhecido pelos Tribunais Trabalhistas o direito de oposição ao desconto da contribuição assistencial pelos empregados e empregadores não sindicalizados.

Nesse sentido, a cobrança da Contribuição Confederativa em nome dos empregadores ou empregados não filiados aos seus respectivos Sindicatos poderá ser passível de questionamento perante a Justiça do Trabalho. Como resultado, o Sindicato poderá ser condenado à devolução dos valores indevidamente recebidos.

Da mesma forma, não-filiados somente serão obrigados ao pagamento da contribuição assistencial se tal contribuição tiver sido fixada em Assembléia Sindical ampla e previamente divulgada e aberta à participação de sócios e não-sócios do Sindicato.

Adicionalmente, o valor da contribuição assistencial aprovado na supracitada Assembléia Sindical deverá ser razoável, e deverá ser previsto um prazo adequado para o exercício do direito de oposição, que se opera mediante manifestação feita por qualquer meio eficaz de comunicação perante o Sindicato⁴⁹.

Para melhor resguardar os seus interesses, as empresas devem exigir que nas cláusulas de Convenções Coletivas de Trabalho eventualmente celebradas pelo Sindicato patronal conste expressamente o direito de oposição à cobrança da contribuição assistencial.

Vale a pena ressaltar que o estímulo patronal ao exercício do direito de oposição ao desconto da contribuição assistencial poderá, no pior cenário, configurar uma conduta anti-sindical, punível pela Justiça do Trabalho⁵⁰. Para evitar tal risco, as empresas devem fazer a divulgação da Convenção ou do Acordo Coletivo da forma mais generalizada possível,

⁴⁷ Cf. artigo 8º, IV, da Constituição Federal

⁴⁸ Cf. Súmula nº 666 do Supremo Tribunal Federal (STF) e Orientação Jurisprudencial nº 17 da Seção especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

⁴⁹ Vide Orientação nº 3 da Coordenação Nacional de Liberdade Sindical do Ministério Público do Trabalho (CONALIS – MPT).

⁵⁰ Vide Orientação nº 4 da Coordenação Nacional de Liberdade Sindical do Ministério Público do Trabalho (CONALIS – MPT).

deixando ao livre arbítrio do empregado decidir a respeito do pagamento de mais uma contribuição em favor do Sindicato representante de sua categoria.

A empresa deve exigir dos empregados não filiados ao Sindicato que não desejarem desconto da contribuição assistencial, cópia da carta de oposição devidamente recebida pelo Sindicato de trabalhadores. Tal carta deve ser mantida no prontuário do empregado, para fins de eventual fiscalização ou reclamação trabalhista.

Caso o empregado não apresente a carta de oposição ao desconto da contribuição assistencial devidamente recebida pelo Sindicato, a empresa deve descontar o valor da contribuição assistencial por ele devido, sob pena de futuramente ser responsabilizada pelo pagamento.

III) MENSALIDADE SINDICAL

Por fim, a mensalidade sindical é devida exclusivamente pelo empregado ou pelo empregador associado ao seu respectivo sindicato.

O valor da mensalidade sindical deverá ser livremente definido pelos sócios do Sindicato, em Assembléia Geral ou em seu Estatuto Sindical.

Mediante o pagamento da mensalidade sindical, o filiado pode usufruir de alguns benefícios fornecidos pelo Sindicato, tais como colônia de férias, assistência médico-hospitalar, dentre outros.

IV) OBSERVAÇÕES FINAIS

Para que os interesses de empregadores e empregados sejam plenamente respeitados pelos Sindicatos que os representam, no que se refere ao financiamento das entidades sindicais, é fundamental a participação ativa e consciente de trabalhadores e empregadores no procedimento de negociação coletiva de trabalho.

Caso tal cautela preventiva não seja observada, empregadores e trabalhadores sempre poderão recorrer ao Ministério Público do Trabalho ou à Justiça do Trabalho, para que o comportamento do Sindicato se adéque à lei.

Analisados os mais relevantes aspectos concernentes aos custos tributários e previdenciários que cercam a mão-de-obra atuante no Brasil, seja ela estrangeira ou nacional, faz-se importante estudar maneiras legais de se reduzir tais custos.

11. MANEIRAS DE MINIMIZAR OS CUSTOS DO TRABALHO

A folha de pagamento é fortemente tributada no Brasil, o que reflete de forma direta na capacidade de geração de novos empregos.

Após abordar brevemente os conceitos de *salário* e *remuneração*, o presente artigo analisará formas juridicamente seguras de fornecer benefícios aos empregados, com o objetivo de atrair e reter talentos, sem que isso onere o orçamento das empresas.

I) DIFERENÇAS ENTRE SALÁRIO E REMUNERAÇÃO

Apesar da linha tênue que diversifica os conceitos de salário e remuneração, a diferenciação entre ambos institutos é fundamental para o cálculo das verbas trabalhistas.

Salário é o complexo de parcelas de caráter contraprestativo devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado. Não é devido necessariamente em função da prestação de serviços, mas em razão do contrato de trabalho. Isso porque, nos períodos de interrupção (férias e licença maternidade, por exemplo), o salário continua sendo devido.

O salário se subdivide em *salário-base* e *parcelas salariais diversificadas*, que suplementam a contraprestação básica paga pelo empregador. Desse modo, o salário é composto da parte principal, acrescido das parcelas diversificadas (parte suplementar). As parcelas salariais diversificadas mais conhecidas no Direito brasileiro são: abono, adicionais, gratificações, 13º salário e comissões.

Apesar de ser essa a regra, é possível que um trabalhador ganhe salário variável. Nesse caso, as parcelas suplementares tornam-se a parte principal do contrato. É o caso do comissionista puro.

Já a **remuneração** é gênero de parcelas contraprestativas pagas diretamente pelo empregador ou por terceiros em função da relação de emprego. Assim, remuneração é gênero, do qual salário é a espécie mais importante das parcelas contraprestativas empregatícias.

Por expressa determinação da lei, a remuneração é incluída na base de cálculo para o FGTS, 13º salário, nas férias e composição do salário de contribuição. Para as demais verbas, como aviso-prévio, horas extras, adicionais ou DSRs (descansos semanais remunerados), utiliza-se o conceito de salário para os cálculos. Por fim, também por expressa determinação da lei, o cálculo do salário mínimo legal não pode incluir a remuneração.

Vale mencionar que, para parte da doutrina, a remuneração é tipo legal próprio e não há comunicação entre remuneração e salário. Então, segundo esta corrente doutrinária, o salário seria a contraprestação paga diretamente pelo empregador ao empregado; já a

remuneração, por sua vez, seria a contraprestação paga exclusivamente por terceiros (como gorjetas, por exemplo).

II) TRIBUTOS INCIDENTES E CUSTOS

O sistema tributário brasileiro onera bastante a folha de pagamento das empresas. Os tributos incidentes sobre o salário e devidos pelo empregado (entendido como o trabalhador que presta serviços de maneira pessoal, subordinada, onerosa e habitual a um empregador) são o IRPF⁵¹ e INSS⁵². No que concerne aos tributos devidos pela empresa em relação ao trabalhador empregado, temos o INSS⁵³, contribuições de terceiros, SAT⁵⁴ e FGTS⁵⁵.

III) FORMAS DE MINIMIZAR CUSTOS

Determina a legislação trabalhista que devem ser pagos os encargos trabalhistas incidentes sobre o salário concedido ao empregado. Por outro lado, a lei permite ao empregador conceder benefícios indiretos ou mesmo PLR (Participação nos Lucros e Resultados), sem integração salarial ou incidência de encargos tributários.

Os benefícios indiretos previstos em lei são, entre outros:

- i) Vestuários, equipamentos e outros acessórios utilizados no local de trabalho para a prestação do serviço;
- ii) Pagamento de verbas destinadas à educação;
- iii) Transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno;
- iv) Assistência médica, hospitalar e odontológica prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;
- v) Previdência privada;
- vi) Ajuda de custo e diárias até o limite de 50% do salário do empregado;
- vii) Vale-refeição.

⁵¹ Cf. art. 153, inc. III, da Constituição Federal de 1988, e arts. 43 a 45 do Código Tributário Nacional.

⁵² Cf. art. 195, inc. II, CF/1988.

⁵³ Cf. art. 195, inc. I, CF/1988.

⁵⁴ Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

⁵⁵ Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

Especificamente em relação à concessão de plano de previdência privada, que pode ser aberto ou fechado, a empresa também possui a liberdade de definir o percentual de contribuição a ser aportado tanto pela empresa quanto pelo empregado, na proporção que melhor se adaptar à realidade interna empresa.

Para que os benefícios indiretos **sejam concedidos de maneira a não trazer contingência à empresa, eles** devem ser oferecidos a todos os empregados – que deverão apresentar mensalmente os comprovantes de gastos justificadores do benefício indireto fornecido, bem como sua relação direta com o trabalho exercido – sob pena de serem descaracterizados e considerados como salário se questionados perante a Justiça. Também se recomenda que o empregado pague um pequeno valor pelo benefício, ainda que simbólico.

De qualquer forma, recomenda-se que a remuneração mensal do empregado seja composta de 70% (setenta por cento) do salário e 30% (trinta por cento) de benefícios indiretos.

Lembramos ainda que também é possível a concessão, desde que não habitual (ou seja, uma única vez), de gratificação e prêmio ao empregado, sem que seja esta caracterizada como salário.

IV) ADOÇÃO DE UM PLANO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR)

Dentre as opções mais atraentes do ponto de vista jurídico para a concessão de benefícios indiretos destaca-se a Participação nos Lucros e Resultados (PLR), que consiste na distribuição anual ou semestral de uma parcela variável em dinheiro aos empregados (sem limite de valor), em prazo não inferior a 06 (seis) meses ou superior a 02 (duas) vezes por ano, como resposta aos resultados obtidos pela empresa ou alcance pelos empregados de metas pré-estabelecidas.

A PLR deve ser formalizada por negociação entre a empresa e seus empregados, com participação obrigatória do Sindicato, tendo a empresa ampla liberdade para definir metas e objetivos a serem incluídos no plano de PLR, bem como o valor que poderá ser pago ao empregado, conforme seu desempenho.

Importante ressaltar que a lei também concede um tratamento bastante favorável do ponto de vista trabalhista e fiscal, tanto para a empresa quanto para o empregado, ao valor pago a título de PLR, uma vez que tal valor não está sujeito ao pagamento de contribuição previdenciária, tampouco ao pagamento de contribuição ao FGTS e reflexos nas demais verbas do contrato de trabalho.

Destaca-se, por fim, que a concessão de PLR garante a remuneração satisfatória do empregado e auxilia o seu crescente contentamento e produtividade, sem aumentar de forma substancial o custo da empresa com eventuais integrações trabalhistas e impostos incidentes sobre a folha de pagamento.

Vale ressaltar que os meios de majorar os recursos de uma sociedade empresária não se limitam à redução de gastos operacionais mediante o planejamento das formas menos onerosas de se remunerar seus empregados. A contabilização dos ativos intangíveis da empresa também exerce importante papel neste quesito, sendo o próximo artigo dedicado integralmente a esse tema.

12. ATIVOS INTANGÍVEIS: PROTEÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIZAÇÃO NO BRASIL

Tema cada dia mais em voga e de relativo desconhecimento das empresas brasileiras diz respeito à importância de uma efetiva proteção e administração dos direitos de propriedade intelectual (DPIs), como fator de identificação de sucesso das sociedades empresárias⁵⁶.

Tal importância é ainda mais latente nas empresas cujas atividades resultam em constantes criações intelectuais, como é o caso das empresas produtoras de tecnologias, atuantes na área de P&D, ou que desenvolvem trabalhos autorais em geral.

Conhecidos como bens intangíveis ou incorpóreos, os direitos de propriedade intelectual demandam atenção especial devido à sua especificidade, que os diferenciam dos bens em geral. A proteção ultrapassa o objeto que incorpora a criação e, por esse motivo, é constantemente preterido nos levantamentos contábeis empresariais.

Algo que foge ao conhecimento de muitos é que o valor agregado pela valorização de mercado desses bens tem sido cada vez mais presente na medição do desempenho empresarial nos mercados financeiros.

No entanto, para serem devidamente reconhecidos como itens de valor e, portanto, “ativáveis”, os DPIs demandam certas cautelas, que variam de acordo com o tipo específico de proteção referente a cada um deles; ainda, a devida administração e proteção destes ativos são fundamentais para garantir sua valorização.

Como forma facilitar a identificação da cadeia de ações que envolvem desde a criação com a devida identificação dos DPIs até sua efetiva ativação na contabilidade empresarial, foi elaborado um “passo a passo” que pode ser seguido por empresas de todos os portes.

I) 1º PASSO: IDENTIFICANDO OS TIPOS DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Assim definidos pelas legislações específicas que os regulamentam, os direitos de propriedade intelectual no Brasil devem ser devidamente reconhecidos como tanto para que possam gozar da proteção e efetivamente possuírem valor comercial⁵⁷ necessário para sua ativação.

⁵⁶ Sob esse prisma, recentes estudos apontam que elementos como a marca, a imagem, o *know-how*, sua capacidade de desenvolvimento tecnológico, ou mesmo seu capital intelectual, podem representar até 98% do valor total de mercado de uma empresa.

⁵⁷ Apesar de possuírem considerável valor econômico, os segredos de negócios e *know-how* não são ativados devido à própria natureza confidencial de suas especificações.

No Brasil, podemos destacar quatro leis específicas sobre DPIs: (i) Lei Federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que trata das marcas, patentes e desenhos industriais; (ii) Lei Federal nº 9.456, de 25 de abril de 1997, referente à proteção dada aos cultivares; (iii) Lei Federal nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que trata dos programas de computador; e (iv) Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que versa sobre os direitos de autor e conexos.

As legislações apontam nuances específicas para cada tipo de DPI, mas são uníssonas ao definirem que todos são considerados bens móveis para fins legais.

Dessa gama de DPIs, somente os previstos nas duas primeiras Leis exigem registro obrigatório junto ao Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI), órgão responsável por sua concessão. Não obstante serem dispensados de registro, os programas de computador e os direitos de autor e conexos demandam certos cuidados na comprovação de sua autoria que são superados com o efetivo registro naquele mesmo órgão.

II) 2º PASSO: FORMAS DE PROTEÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DOS ATIVOS INTANGÍVEIS

O efetivo exercício dos direitos de propriedade intelectual começa com a identificação desses bens: a devida classificação da forma de proteção a ser adotada vai definir as exigências legais para sua constituição e suas formas de administração.

Uma vez que alguns tipos de DPIs exigem o registro no INPI para serem protegidos, o pedido deve ser feito o quanto antes, obedecendo-se os requisitos legais essenciais para assegurar sua efetiva proteção. Em outros tipos, protegidos desde a sua concepção, a prova de sua autoria é fundamental para estabelecer o momento da criação, ligando a obra ao seu criador.

Após definida a forma de proteção aplicável e o pedido de registro ou prova de sua autoria, os DPIs precisam ser devidamente protegidos. Da mesma forma que acontece com os direitos reais, é ônus do proprietário do DPI o ativo monitoramento dos usos não autorizados por terceiros. Este monitoramento demanda o emprego de consideráveis esforços por meio de vigílias nos mercados referentes, em fronteiras e, nos dias de hoje, principalmente nos meios eletrônicos como a internet, inclusive com a devida preservação de provas necessárias para comprovar as eventuais infrações constatadas.

Identificada a violação do DPI por terceiros, destacam-se quatro tipos de medidas podem ser adotadas, independentemente ou em conjunto: (i) o envio de notificações extrajudiciais para a cessação do uso indevido, visando evitar um conflito; (ii) a atuação ativa perante autoridades alfandegárias solicitando a apreensão de produtos violadores; (iii) procedimentos de arbitragem perante câmaras arbitrais especializadas autorizadas a julgarem determinadas disputas; ou (iv) medidas judiciais de busca e apreensão e de indenização por uso indevido perante os tribunais brasileiros.

III) 3º PASSO: A CONTABILIDADE DOS DPI – COMO E QUANDO AVALIÁ-LOS

Uma vez concluída a identificação e superada a forma de proteção por meio da competente administração dos DPIs, passa-se à contabilização destes ativos na empresa.

Classificados como espécie dos ativos intangíveis, os direitos de propriedade intelectual não se encontram vinculados aos tradicionais e conhecidos ativos tangíveis, sendo renegados nas contabilidades em avaliações que precedem importantes operações societárias, tais como fusões e aquisições.

Destacando-se dentre os vários ativos intangíveis que aportam valor a uma empresa, os DPIs merecem atenção especial devido ao valor por eles adicionado às empresas, sendo a sua avaliação causadora de grande surpresa⁵⁸ e constante desafio para a contabilidade empresarial em momentos de grande importância estratégica.

Para os fins contábeis, a legislação brasileira⁵⁹ reconhece a necessidade de o ativo intangível figurar no Balanço Patrimonial como ativo não-circulante, observadas as seguintes condições:

- (i) Capacidade de mensurar com segurança seu valor;
- (ii) Probabilidade de benefício em favor da empresa; e
- (iii) Possibilidade de identificá-lo e separá-lo do patrimônio da empresa por meio de venda, transferência, aluguel, dentre outros.

Apesar de não apontar um item específico que trate sobre o assunto, a lei determina que os intangíveis sejam classificados no grupo de ativo imobilizado ou diferido, a depender da sua natureza, permitindo inclusive a reavaliação para os itens do ativo. A legislação fiscal também prevê a possibilidade de reavaliação desses ativos.

Devido à aparente subjetividade na definição de seus valores, as avaliações de propriedade intelectual devem ser sustentadas por laudos consistentes, organizados e capazes de resistir às mais severas críticas técnicas.

⁵⁸ A marca, que em muitos casos tem a condição de principal ativo intangível, pode atingir mais de 70% do valor de todos os intangíveis de uma empresa. Casos amplamente conhecidos como o da Coca-Cola, cuja marca vale 6,28 vezes seu patrimônio, ou ainda o da Nike, que vale 3,47 vezes mais, são claros exemplos de sua importância.

⁵⁹ No Brasil, o tratamento contábil dos ativos intangíveis (marcas, patentes, licenças, direitos autorais, gastos com pesquisa e desenvolvimento, etc.) teve início em 1976 com a Lei das S.A. (Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). A Lei Federal nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007, alterou o tratamento contábil das marcas e demais ativos intangíveis previsto na lei das S.A., antes presentes no ativo imobilizado.

IV) CONCLUSÃO

Cercados de falsas concepções e ou ainda do desconhecimento das nuances que circundam os direitos de propriedade intelectual e suas conseqüentes repercussões econômicas às empresas, é de fundamental importância a devida identificação e gestão desses ativos intangíveis para sua proteção e utilização em prol de seus proprietários.

As avaliações financeiras dos DPIs possuem importante caráter não apenas na determinação do valor de uma empresa, como também no esclarecimento dos riscos, ameaças e oportunidades dos ativos intangíveis em geral.

Nas profundas e extensas avaliações que geralmente precedem fusões e aquisições societárias, as quais objetivam reconhecer e registrar devidamente os riscos e as oportunidades dos ativos intangíveis da empresa a ser adquirida ou incorporada, encontram-se bons exemplos da aplicabilidade contábil desses bens.

A ausência dos DPIs nos balanços contábeis prejudica a transparência das negociações, tanto positiva como negativamente, com graves conseqüências para as partes envolvidas. Por exemplo, a ausência de previsão dos intangíveis não-ativados nos balanços empresariais resulta na imprecisão no pagamento dos valores na retirada de sócios.

Tendo os artigos precedentes abordado as melhores formas de atuação empresarial no mercado brasileiro, assim como os mais eficazes meios lícitos para se reduzir custos operacionais, sejam eles de natureza tributária, trabalhista ou mesmo societária, passamos, nos artigos seguintes, a discorrer acerca de algumas das atividades econômicas com maior projeção de crescimento no Brasil.

Iniciamos esta tarefa tratando a respeito das principais formas de contratação da Iniciativa Privada com o Poder Público.

13. OS ACORDOS COM O GOVERNO NO BRASIL: VISÃO GERAL E EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE INVESTIMENTOS PÚBLICOS E CONTROLE

Os investimentos no Brasil vêm crescendo à medida em que o país se apresenta como uma das mais relevantes economias mundiais.

Também não é novidade que o Governo é o maior contratante deste mercado em franca ascensão, nem que suas linhas de financiamento fomentam melhorias no transporte rodoviário, na defesa naval, no saneamento básico, na infraestrutura urbana, nos recursos hídricos e na assistência hospitalar.

Neste âmbito, diversas são as formas encontradas pelo país para explorar tais projetos. No presente artigo, será dado especial enfoque aos seguintes mecanismos de que se vale o Estado para contratar com os particulares: (i) as concessões (que podem ser divididas entre concessões ordinárias e parcerias público-privadas); (ii) os convênios; e (iii) os acordos de cooperação.

I) CONCESSÕES

Conforme exposto anteriormente, este modelo de contratação com o Poder Público brasileiro pode ser dividido em duas modalidades, as quais serão melhor exploradas a seguir:

I.1) Concessões Ordinárias

Prevista no art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de serviço público para que este o execute em seu próprio nome e por sua conta e risco (ainda que sob a fiscalização da Administração Pública), assegurada a devida remuneração.

Tem como grandes exemplos de operação as empresas concessionárias de energia elétrica, as administradoras de rodovias e as empresas que operam os serviços de transporte público terrestre.

Nesta modalidade de acordo com o Governo, o ente privado será responsável por todo o investimento, sendo reembolsado e devidamente remunerado por meio de tarifas cobradas diretamente do usuário final dos serviços. Ademais, caberá ao próprio Poder Público apresentar garantias de cumprimento contratual, uma vez que os riscos do empreendimento são inteiramente assumidos pela empresa concessionária.

I.2) Parcerias Público-Privadas

Popularmente conhecidas como PPP's, têm previsão legal no art. 2º da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e são os contratos utilizados para a concretização de acordos vultosos e de quantias mais relevantes.

Possui duas modalidades: patrocinada e administrativa.

A concessão patrocinada é o contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere a outrem, sob suas normas e controle, a execução do serviço público, seguida ou não de obra pública, para que este o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurada a devida remuneração decorrente da tarifa cobrada e acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público. Este é o caso da concessão da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, onde podemos observar o pagamento de uma tarifa, pelo usuário final, à empresa privada responsável pela prestação dos serviços licitados.

Já na concessão administrativa, o Poder Público é quem será usuário direto ou indireto dos serviços prestados por seu parceiro privado, sendo responsável pelo pagamento de um preço. Para tanto, o Governo pode cobrar de eventuais usuários finais uma taxa pelos serviços prestados por seus parceiros privados.

Temos como grandes vantagens da utilização da sistemática de PPP's o melhor uso dos recursos públicos, a geração de grandes oportunidades para o setor privado, que pode se tornar o responsável por negócios multimilionários e extremamente lucrativos, e, por fim, benefícios diretos à sociedade, que passa a ter acesso a um serviço de melhor qualidade.

No entanto, a PPP também apresenta algumas desvantagens ao parceiro privado, como, por exemplo: os altos custos iniciais de implantação, posto que não cabe ao Estado injetar a verba inicial dos projetos; o fato de o prazo de implementação do objeto da licitação ser mais longo do que o de projetos menores; e os altos juros incidentes sobre os empréstimos obtidos pelo parceiro privado para o levantamento de fundos destinados à implementação do projeto, o que implica em maior tempo para que o empreendimento se torne plenamente rentável.

Ainda assim, a PPP se apresenta como uma modalidade extremamente atrativa à iniciativa privada, posto que há o compartilhamento dos riscos com o Estado, para não mencionar a chance de liderar projetos extremamente relevantes para todo o país.

II) CONVÊNIOS

Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

De acordo com a Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem disciplinar regras de convênios de cooperação por meio de lei, e deverão autorizar a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos da mesma forma.

O texto constitucional apresenta o convênio, inclusive, como forma de participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde.

III) ACORDOS DE COOPERAÇÃO

Acordos de Cooperação são instrumentos de desenvolvimento celebrados entre dois países e que os auxiliam a promover mudanças estruturais em sistemas produtivos, de modo a superar obstáculos que se apresentam ao seu crescimento.

Tais acordos consistem na transferência de conhecimento (*know-how*) e equipamentos, e acabam, por fim, contribuindo para a capacitação de pessoal e para o fortalecimento das instituições do país que recebe as tecnologias, culminando com o seu natural desenvolvimento interno.

Os projetos brasileiros se espalham por diversos setores como energia, mineração, agricultura, transportes e meio ambiente.

Atualmente é possível apontar duas vertentes de cooperação envolvendo o Governo brasileiro, quais sejam: horizontal e oriunda do exterior.

Na primeira, observamos cooperação na qual o Brasil implementa projetos de desenvolvimento em países que procuram aprimoramento de técnicas de produção. Com isso, temos a promoção de intenso relacionamento político e econômico entre as duas nações, como é o caso dos projetos da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), com quem o Brasil trabalha em diversas iniciativas.

Já na segunda vertente, é possível destacar cooperações bilaterais e multilaterais, com a conseqüente busca de internalização do conteúdo compartilhado por organismos internacionais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e alguns programas internos da ONU, como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

IV) CONCLUSÕES

Assim sendo, diversas são as possibilidades de relacionamento com o Governo brasileiro, e o país apresenta no momento um enorme potencial de investimento, principalmente em

infraestrutura, transporte e saneamento básico, oriundos das necessidades apresentadas ao recebimento da Copa do Mundo FIFA 2014 e dos Jogos Olímpicos de Verão de 2016, no Rio de Janeiro.

Uma das áreas com maior potencial de investimento é o setor energético, sobre o qual passamos a tratar.

14. O CUSTO BRASIL PARA O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA

O Brasil está enfrentando uma crise energética sem precedentes. Segundo dados da Eletrobrás, a falta de investimentos no setor, aliada ao aumento gradativo do consumo – e do desperdício – de energia elétrica, são os principais fomentadores desse cenário, que necessita urgentemente de medidas para seu estancamento.

I) O DESPERDÍCIO DE ENERGIA ELÉTRICA NO BRASIL

Desde 1995, o consumo de energia elétrica vem crescendo mais do que a capacidade de geração das usinas hidrelétricas, termelétricas e nucleares em funcionamento no país.

Evidentemente, o aumento no consumo de energia elétrica é reflexo do desenvolvimento econômico vivido pelo Brasil nesse período. Contudo, se o consumo energético cresceu em razão do avanço econômico nacional, também cresceu o desperdício de energia elétrica.

Nesse sentido, dados da Eletrobrás sugerem que cerca de 12% (doze por cento) da energia elétrica que o país produz não é usado para nada. Esse número impressionante equivale a 7.500 megawatts, ou o consumo de 40% (quarenta por cento) das residências brasileiras.

Nota-se, pois, que além de investir na produção de energia, o combate ao desperdício energético é uma das formas mais eficientes para se aumentar a oferta de energia efetivamente utilizada. Afinal, não apenas prescinde da geração de mais energia, na medida em que apenas há um melhor aproveitamento daquela já produzida – o que significa economia, porquanto evita novos gastos inerentes à geração; como também evita novos impactos ambientais, decorrentes da construção e implementação de novas plantas energéticas.

Método prático, simples e eficaz para a redução do consumo de energia elétrica são as campanhas educativas, voltadas principalmente aos consumidores domésticos. Assim, por exemplo, orientações como a substituição de lâmpadas incandescentes por fluorescentes e o corte do uso de um ou mais aparelhos eletro-eletrônicos, em que pesem simples, podem surtir efeitos bastante impactantes.

Vale dizer, ainda, que algumas instituições públicas e empresas do setor privado já contam com comissões internas voltadas ao desenvolvimento de estudos e medidas para racionalizar o consumo de energia elétrica.

Atualmente, o instrumento usado pelo Governo para tentar diminuir o desperdício é o PROCEL (Programa Nacional de Conservação de Energia), da Eletrobrás. Entre as metas do programa está a redução do consumo de energia na ordem de 130 bilhões de KW/h até 2015. Isso não só evitaria a instalação de 25.000 megawatts (ou cerca de duas usinas hidrelétricas de Itaipu), como proporcionaria ao um ganho líquido de R\$ 34 bilhões.

II) O BRASIL E AS FONTES ALTERNATIVAS PARA A GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Desperdícios à parte, é fato que o processamento de energia necessariamente implica na exploração de recursos naturais e na emissão de rejeitos no meio ambiente. Quando essa visão ambiental é somada ao fato de que os combustíveis fósseis, além de prejudiciais ao meio ambiente, são fontes de energia não-renováveis, evidencia-se a necessidade de se procurar fontes alternativas para a geração de energia, sendo o Brasil, nesse aspecto, um país privilegiado.

A grande questão, porém, é como fazer para, quebrando-se o elo de dependência com os combustíveis fósseis, tornar economicamente viável a captação dessa energia renovável abundantemente disponível.

Nessa linha, temos o Projeto de Lei 630/2003, de autoria do Deputado Fernando Ferro (PT-PE), que trata dos incentivos ao desenvolvimento de fontes de energias renováveis, e tem como pontos importantes: (i) a criação de programas para a geração de energia renovável em sistemas isolados; (ii) a renúncia fiscal para a importação de equipamentos para a geração a partir de fontes renováveis; e (iii) o direito de distribuir energia gerada por turbinas de vento, biomassa ou placas solares à rede ou em comunidades isoladas.

O texto ainda garante aos geradores o direito de vender sua energia às concessionárias por meio de contratos de longo prazo, o que dá um mínimo de segurança aos investimentos em usinas de geração renovável.

Ainda no tocante às energias renováveis, vale mencionar a política de incentivos do BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento), que conta com um Fundo (FUNTEC – Fundo Tecnológico) destinado a apoiar, entre outras coisas, o desenvolvimento de tecnologias cada vez mais limpas para a produção de energia, bem como projetos tecnológicos voltados ao aproveitamento da bioenergia gerada a partir da cana-de-açúcar, visando o aumento da densidade energética e à produtividade agrícola, além melhorias na eficiência do processo industrial da cana-de-açúcar (tais como aumento de produtividade, redução de custos e mitigação de impactos ambientais).

De qualquer forma, o avanço das fontes renováveis de energia não afasta a necessidade de toda a sociedade em contribuir com a redução do consumo de energia elétrica, como já alertado.

III) CONCLUSÃO

O fato é que a crise energética é uma realidade; “uma verdade inconveniente”, para usar o nome do filme de um famoso político norte-americano⁶⁰. Não surgiu por acaso, e sua causa não pode atribuída a um único fator, e sim à convergência deles: o abandono de investimentos na transmissão, distribuição e conservação de energia elétrica; a dependência do país em relação às usinas hidrelétricas (que respondem por mais de 90% da energia produzida no Brasil); as transformações ambientais, incluindo os baixos índices pluviométricos, que produziram impactos negativos na matriz energética brasileira; o aumento da demanda em razão do desenvolvimento de novos empreendimentos nos diferentes setores da economia (agricultura, indústria e serviços), associado a um aumento de consumo residencial de energia elétrica, etc.

Nesta seara, dúvidas não restam no sentido de que o país necessita com urgência de medidas que aqueçam o mercado interno de produção energética.

Alternativas viáveis para tanto são: (i) a redução, por parte do Governo Federal, dos elevados encargos incidentes sobre o processo produtivo e de distribuição de energia; (ii) a realização de investimentos em infra-estrutura de energia hídrica, a fim de evitar o encarecimento da matriz energética do país pela entrada em operação de novas usinas térmicas de grande porte; e (iii) a concessão de linhas de crédito específicas para o segmento energético. Embora paliativas, medidas como essas podem auxiliar sobremaneira no enfrentamento da crise energética nacional.

Paralelamente, o investimento em fontes alternativas de energia é imprescindível. Nesse caso, usinas termelétricas são uma opção interessante, já que em geral sua implementação é muito menos custosa e muito mais rápida, se comparados o tempo e custos para a construção de uma usina hidrelétrica.

Nesse sentido, a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) prevê, até 2014, a instalação de 2,4 vezes mais termelétricas do que hidrelétricas no país, com 18.100 megawatts de potência térmica instalada, para um volume, no mesmo período, de 7.490 megawatts ativados por hidrelétricas.

Nessa mesma linha, a Associação Brasileira de Energia Eólica (ABEEólica) e o Governo Federal definiram como meta alcançar, até 2020, 10 gigawatts de capacidade dessa fonte energética.

Em suma, temos que o Brasil, a bem da verdade, não pode prescindir das fontes de energia que compõem sua atual matriz energética (principalmente a hidrelétrica), sendo

⁶⁰“Uma Verdade Inconveniente” (“*An Inconvenient Truth*”), filme escrito e estrelado por Albert Arnold “Al” Gore Jr. (vice-Presidente dos Estados Unidos da América entre os anos de 1993 a 2001 – gestão de Bill Clinton), lançado em 24 de maio de 2006, e agraciado com o Oscar de Melhor Documentário em 2007, trata das disfunções climáticas atualmente observadas ao redor de todo o Planeta.

necessários, porém, investimentos em fontes alternativas como base de segurança para que o parque industrial possa operar no limite do crescimento do País.

Enquanto os projetos dedicados à produção de energia limpa não forem economicamente viáveis, ou ao menos enquanto tais projetos não forem capazes de suprir grandes demandas energéticas, a exploração de recursos hídricos e a queima de combustíveis fósseis ainda serão as principais matrizes energéticas brasileiras, já que ambos encontram ampla disponibilidade em território brasileiro: os recursos hídricos por ser o Brasil um dos países de todo o mundo com a maior cadeia fluvial; os combustíveis fósseis, por sua vez, pela recente descoberta de petróleo e gás natural na camada do pré-sal.

Neste esteio, artigo seguinte é dedicado à exploração do petróleo e do gás natural encontrados na aludida camada.

15. PETRÓLEO E GÁS: MARCO REGULATÓRIO DA EXPLORAÇÃO NO BRASIL E DIVISÃO DE *ROYALTIES*

Recentemente, a discussão de temas referentes ao petróleo e ao gás natural tem ganho enorme destaque, dado o início das atividades na plataforma do pré-sal localizada em zona econômica exclusivamente brasileira, mais precisamente em águas que banham os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo.

Visando à renovação da regulação do setor, que já completou mais de 40 anos de existência, novas regras para a extração e comercialização do petróleo e do gás natural já vêm sendo discutidas e aprovadas nas Casas do Congresso Nacional.

Apesar de ser possível observar a existência de diversos projetos de lei acerca do tema⁶¹, são basicamente dois os assuntos que mais chamam atenção neste momento, em que se acirram as disputas para a escolha das regras apropriadas à exploração do petróleo brasileiro. São eles: (i) a adoção de um novo modelo de exploração da atividade; e (ii) o pagamento dos *royalties*⁶² a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Acerca da proposta por um novo modelo de exploração, pode-se afirmar que, atualmente, o petróleo brasileiro é explorado por meio de concessões. Neste modelo de exploração, muito utilizado em locais onde o risco maior se encontra na fase do *upstream*⁶³, a propriedade do petróleo e do gás natural descobertos e extraídos é da empresa concessionária dos serviços.

Neste sentido, como o risco de fracasso na localização do petróleo na camada do pré-sal é baixíssimo, o governo brasileiro já vislumbra a adoção de um novo modelo de exploração de petróleo: o modelo de partilha. Tal modelo é utilizado majoritariamente em países muito ricos em petróleo – como Arábia Saudita, Venezuela, Nigéria e Indonésia –, pois, em contraposição à concessão, pode-se afirmar que garante ao governo maior controle do petróleo contido no pré-sal. Esse sistema ainda prevê que as partes dividam o petróleo obtido a partir da extração, e estabelece que o Governo será o proprietário final das instalações e equipamentos utilizados durante a exploração.

No entanto, por envolver um bem tão valioso como o petróleo, a exploração do pré-sal também inicia outro intenso debate além da questão envolvendo o modelo de exploração:

⁶¹ Os Projetos de Lei que regulamentam a matéria são os seguintes: PL 4.290/08; PL 4.565/08; PL 5333/09; PL 5.334/09; PL 5.430/09; PL 5.621/09 e PL 5.938/09.

⁶² Segundo o Projeto de Lei nº 5.938-A/09, os *royalties* são definidos como a compensação financeira pela exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o §1º do art. 20 da Constituição Federal, vedada sua inclusão no cálculo do custo em óleo.

⁶³ *Upstream* é a denominação da fase de investigação acerca da localização de reservatórios naturais de petróleo e gás, período em que se inicia a efetiva retirada dos minerais de seus reservatórios. Também são fases da exploração do petróleo e do gás natural o *midstream* (que envolve o transporte) e *downstream* (que consiste no comércio dos produtos aos seus consumidores finais).

quais os reais lucros que o negócio pode gerar? Quem serão os finais destinatários dos *royalties*?

A proposta inicial do governo brasileiro previa a divisão de *royalties* com favorecimento dos Municípios e Estados produtores e daqueles efetivamente afetados por tal produção.

Entretanto, foram efetuadas no Congresso Nacional recentes alterações ao Projeto de Lei nº 5.938-A de 2009, o que resultou na aprovação da divisão **igualitária** dos *royalties* entre Municípios e Estados brasileiros. Tal decisão ainda está pendente de análise presidencial e pode ser vetada. Caso isto não aconteça, os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo já estimam prejuízos que podem atingir a soma de 10 bilhões de reais por ano, dependendo do volume de petróleo efetivamente extraído.

Desta forma, as discussões continuarão no Congresso Nacional até que seja apresentada decisão final acerca da divisão dos *royalties*.

Enquanto não há decisão final do Parlamento brasileiro acerca do assunto aqui tratado, passemos à análise de algo que foi recentemente disciplinado pelos congressistas pátrios: o novo Código Brasileiro de Mineração.

16. NOVO CÓDIGO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO: O QUE MUDA E O QUE MELHORA

Após sofrer com os efeitos de um regulamento publicado há mais de 43 anos, o setor minerário brasileiro enfim dá mostras de novos ares e, ao que tudo indica, o envelhecido Código de Mineração Brasileiro (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, regulamentado pelo Decreto presidencial nº 62.934, de 02 de julho de 1968) deve ceder lugar em breve a uma nova Lei que disciplinará a mineração no país.

O Ministério de Minas e Energia (MME) se propôs a atualizar as regras da atividade com a colaboração de representantes do setor e da sociedade civil e, apesar do projeto ainda não ter sido divulgado, a expectativa é que o setor enfrente duas relevantes mudanças: (i) a desburocratização dos trâmites para a viabilização da produção e (ii) a imposição de obrigações ambientais às companhias mineradoras.

O projeto do MME, segundo informações do setor, deverá trazer reorganização profunda das instituições estatais e procedimentos relacionados à exploração mineral no Brasil.

Em linhas gerais, o Departamento Nacional de Produção Mineral será extinto e substituído por dois órgãos com poderes específicos e complementares: a Agência Reguladora de Mineração e o Conselho Nacional de Política Mineral.

À Agência Reguladora de Mineração incumbiria a tarefa de promover a regulação e a fiscalização da atividade de mineração no país. Sua criação teria como objetivo trazer maior eficiência à regulação do setor, que passaria a contar com os poderes de uma entidade nos moldes das agências reguladoras, a exemplo de outros setores da economia nacional⁶⁴.

O Conselho Nacional de Política Mineral, por sua vez, concentraria a competência de desenvolver e propor diretrizes e ações ao setor. Além disso, esse órgão teria como principal atividade a capacidade de, com base no trabalho de especialistas na área, sugerir ao Presidente da República políticas públicas aplicáveis ao setor minerário no Brasil.

A criação dos órgãos acima citados consolidará novos planos de pagamento pelo direito de exploração da mineração e, com isso, haverá captação de recursos superior à atual, de modo a equilibrar a distribuição dos lucros entre os participantes deste mercado.

Ademais, considerando que à data de publicação do atual Código de Mineração (1967) ainda não havia discussões relevantes acerca da proteção ambiental, o novo projeto em discussão deve enfim suprir tal lacuna e prever importantes medidas para minimizar os impactos da atividade minerária no meio-ambiente.

Neste sentido, o projeto do governo deverá regular a necessidade de licenciamento ambiental por parte das companhias que exploram a produção de minérios, além de ter

⁶⁴ Dentre os exemplos nacionais temos ANATEL, ANEEL, ANTT e ANVISA.

como objeto a estruturação de mecanismos de apoio à sustentabilidade da mineração em todas as suas etapas. Este é um dos pontos mais aguardados do projeto.

Além da atividade extrativista, seja ela de minérios ou de combustíveis fósseis, e além dos contratos celebrados com a Administração Pública brasileira, área que também se mostra muito próspera no Brasil é a das telecomunicações, por diversos motivos: políticas públicas de inclusão digital; maior disponibilidade financeira dos cidadãos brasileiros para a contratação de melhores e mais caros serviços de telefonia (fixa e móvel, esta principalmente), internet com transmissão de dados via cabos de fibra-óptica, sinal digital de televisão, etc.

O próximo artigo tem como enfoque as telecomunicações móveis, mais precisamente o *MVNO – Mobile Virtual Network Operator*.

17. A APROVAÇÃO DO REGULAMENTO DO MVNO NO BRASIL

O Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) aprovou nesta última quinta-feira, dia 18 de novembro de 2010, o regulamento acerca da operação de Serviços Móveis Pessoais por meio de Rede Virtual, conhecido como *MVNO – Mobile Virtual Network Operator*⁶⁵.

Embora seu texto final só seja conhecido quando da sua publicação no Diário Oficial da União, o que deve ocorrer no fim de novembro de 2010, o referido regulamento deverá seguir as mesmas linhas apresentadas na Consulta Pública nº. 50, lançada pela agência em 22 de dezembro de 2009.

Assim sendo, os modelos de exploração de MVNO no Brasil deverão permanecer os mesmos apresentados durante a Consulta Pública, quais sejam: (i) Operadoras Credenciadas e (ii) Operadoras Autorizadas.

Isso significa que, em aspectos gerais, as *Credenciadas* não deverão ser consideradas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e teriam um reduzido escopo de atuação, aproximando-se bastante da figura de simples representantes comerciais das Operadoras Tradicionais de Telefonia Móvel. Já as *Autorizadas*, por outro lado, seriam consideradas prestadoras de serviço de telecomunicação e, como consequência, se submeteriam a critérios e controles mais rígidos dos órgãos do setor em troca de maior liberdade e opções para desenvolver seus negócios.

Com a adoção de tal estrutura, a Anatel pretende propiciar a criação de um cenário capaz de reduzir os preços das tarifas para uso dos serviços móveis pessoais. Segundo estudo realizado pela empresa de consultoria europeia Bernstein Research, o Brasil possui a segunda tarifa mais cara do mundo para os serviços de telefonia celular, com tarifa média avaliada em US\$0,24 por minuto⁶⁶.

Da mesma forma, além de reduzir os custos do Serviço Móvel Pessoal para os consumidores finais, a Anatel prevê ainda o crescimento do acesso ao mercado de telefonia móvel, já que clubes de futebol, grandes bancos e varejistas devem aderir a este mercado e, a exemplo do que ocorreu em outros países, já dão indícios de serem os pioneiros na exploração do MVNO no Brasil.

Chegando ao término do presente estudo, onde foram abordados alguns dos mais relevantes fatores a serem observados por quem deseja iniciar, ou mesmo expandir, um

⁶⁵ Modelos de MVNO atuam na revenda, faturamento e marketing de *air time* previamente adquirido diretamente das operadoras tradicionais de telefonia móvel, ou então negociando o referido produto em áreas do mercado em que tais operadoras não têm interesse ou não possam atuar. Para mais informações acesse nossos artigos sobre o tema em: http://www.almeidaadvogados.com.br/almeidalaw/Portugues/detNoticia.php?codnoticia=466&codnoticia_categoria=3

⁶⁶ Somente a África do Sul, com tarifas de US\$0,26 por minuto, ficou à frente do Brasil.

negócio no Brasil, trazemos artigo dedicado à Arbitragem, forma extremamente eficiente de solução extrajudicial de litígios – especialmente em se considerando a morosidade e, não raro, a falta de desconhecimento técnico de inúmeras matérias, por parte dos membros dos diversos segmentos do Poder Judiciário brasileiro.

18. ARBITRAGEM E OS REQUISITOS LEGAIS PARA LITIGAR NO BRASIL

Disciplina o Código de Processo Civil brasileiro que, os estrangeiros e os brasileiros que se ausentem do país ou fora dele residam, estão obrigados a, nos processos em que forem autores, prestar caução suficiente para garantia das custas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária, caso não possuam, no Brasil, bens imóveis bastantes para lhes assegurar o pagamento⁶⁷.

Tal exigência cede espaço para os casos em que se verifica a existência de Convênios de Cooperação Bilateral firmados pelos entes signatários, como é exemplo o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa firmado entre os Governos do Brasil e do Uruguai em 28 de dezembro de 1992, e promulgado por meio do Decreto nº 1.850, de 10 de abril de 1996.

Tal acordo, além de facilitar a troca de informações judiciais entre os Governos signatários, procura também reger as formas de cumprimento das Cartas Rogatórias e a execução de sentenças e laudos arbitrais, entre outras disposições.

Este é apenas um exemplo, já que convênios desta natureza foram firmados também com a França (Decreto nº 3.598/2000) e os países do Mercosul.

Logicamente que, às já mencionadas dificuldades impostas pelo Legislador Processual Civil de 1973, soma-se a conhecida morosidade da justiça – não só brasileira – o que tem o condão de fomentar ainda mais a utilização, principalmente pelas pessoas jurídicas, da Arbitragem como forma de solução de conflitos, em um mundo cada dia mais globalizado.

A Arbitragem, utilizada desde o ano 3000 antes de Cristo, remonta à forma empregada pelos povos antigos para solução de seus conflitos. Em suas origens, a Arbitragem consistia basicamente em uma forma instintiva de se fazer justiça, baseada na mediação.

O instituto marca presença no direito brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824, já tendo sido considerada obrigatória às questões mercantis, bem como a matérias como locação e seguro.

A possibilidade de aplicação da Arbitragem foi também contemplada no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1939. Para muitos, porém, tais previsões não afastaram as dificuldades de utilização do instituto, sobretudo em decorrência da necessidade de homologação da decisão proferida pelo árbitro por um juiz togado; dificuldades essas que se tornam ainda mais evidentes se lembrado que, nos casos de decisão arbitral envolvendo pessoas (físicas ou jurídicas) de nacionalidades distintas, exigia-se a dupla homologação da decisão arbitral, perante a Corte alienígena e a Suprema Corte Brasileira.

⁶⁷ Ex vi do art. 835 do Código de Processo Civil.

Após este primeiro momento de resistência à Arbitragem, e diante do desenvolvimento do instituto em muitos países da Europa e da América do Sul, iniciou-se, em 1981, a elaboração de anteprojetos de lei visando a otimização da utilização desta importante ferramenta de solução de conflitos. Desse processo surgiu a Lei Federal nº 9.307, de 24 de setembro de 1996.

É indiscutível que, dentre suas maiores vantagens, a Arbitragem possui uma enorme capacidade de imprimir maior celeridade à solução de litígios, especialmente em função da natureza desburocratizada do instituto; isso para não mencionar que o índice de efetiva apaziguação do conflito é muito maior do que aquele obtido judicialmente, dada a maior especialidade dos árbitros designados para a solução do litígio.

Ademais, a Arbitragem veio com o objetivo de atuar como método alternativo de solução de conflitos, além de suprir a ausência de um Órgão Jurisdicional Internacional capaz de resolver questões entre demandantes de diversas nacionalidades em um mesmo local, fruto da universalização das relações comerciais.

Até por isso, imbuído pela busca de maior eficiência e celeridade, possibilita-se a opção pela realização da Arbitragem em países sem qualquer relação com os litigantes, garantido-se que seus efeitos sejam executados no Brasil, por exemplo. Não só a Arbitragem pode ser realizada em outros países, mas também baseadas em normas internacionais, sem qualquer relação com a nacionalidade dos litigantes.

Conseqüência da opção de eleição do Tribunal Arbitral é o fato de se poder dispor também sobre a língua em que se dará o julgamento, cabendo apenas esclarecer que os custos de eventuais traduções podem tornar excessivamente onerosa a escolha para que a Arbitragem se efetive em país estrangeiro, em língua diversa da envolvida na relação entre os litigantes. Também é necessário esclarecer que, no caso de execução de sentença arbitral estrangeira no Brasil, é necessária sua prévia tradução juramentada.

Válido destacar ainda a possibilidade de, em situações de urgência, o árbitro determinar certa providência, encaminhando-a, em seguida, ao Poder Judiciário, originalmente competente para o julgamento da questão. Nota-se, portanto, que a Lei nº 9.307/1996 também contemplou a possibilidade de manifestação dos árbitros em situações que demandem cautela extrema.

A sentença arbitral, com o advento da Lei nº 9.307/1996, deixou de ser tratada como mero laudo, e passou a gozar da denominação de “sentença arbitral”, o que demonstra sua plena exeqüibilidade, sendo-lhe garantida o mesmo status da sentença judicial. A única ressalva permanece em relação às sentenças arbitrais proferidas por Tribunais Arbitrais Internacionais, que ainda dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁸.

⁶⁸ Cf. art. 35 da Lei nº 9.307/1996.

Os requisitos para a utilização da Arbitragem são, essencialmente, que os interessados sejam pessoas civilmente capazes de contratar e que o direito envolvido seja patrimonial e disponível.

Garante-se aos interessados na Arbitragem a opção quanto à forma de solução do litígio, que pode se dar através da *equidade* ou do *direito*, desde que respeitados os bons costumes e a ordem pública.

É também de se registrar outra vantagem adstrita à Arbitragem, consistente no fato de que questionamentos sobre determinada sentença arbitral somente são admitidos em caso de nulidade, decorrente de ofensa ao artigo 32 da Lei nº 9.307/1996 – o que remete ao fato de que sua anulação somente decorre de vícios formais, impedindo qualquer reanálise da questão de fundo pelo Poder Judiciário.

Qualquer pessoa pode ser indicada para a função de árbitro, desde que capaz e de confiança das partes.

Os impedimentos dos árbitros estão diretamente relacionados aos impedimentos impostos aos juízes togados, dizendo respeito, pois, aos interesses pessoais do árbitro e à existência de relação com as partes, caracterizados pelo impedimento e suspeição, contidos nos artigos 134 a 138 do Código de Processo Civil.

Tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 94/2002, apresentado pelo Senador Pedro Simon, que, entre outras questões, regulamenta a Mediação e a atividade do mediador.

Importante salientar também que, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira 5206-7 pelo Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a constitucionalidade da Arbitragem. Entenderam os Ministros da Suprema Corte que a Lei nº 9.307/1996 não comete qualquer afronta ao artigo 5º, incisos XXXV, XXXVI, LIII, LV e LVI, da Constituição Federal.

Com isso, sanou-se toda e qualquer dúvida dos demais Tribunais pátrios quanto à aplicação do instituto.

Além disso, com a alteração da redação do inciso VII do artigo 267 do Código de Processo Civil, o legislador pátrio reconheceu a possibilidade de extinção do processo, sem resolução do mérito, quando a questão for objeto de convenção de Arbitragem.

Por tais motivos, estando suficientemente fixados os elementos básicos para a garantia e eficácia da Arbitragem, é que se tem neste meio de solução de conflitos uma forma célere, eficiente e especializada, que tende a ser cada dia mais utilizada, principalmente quando envolvendo questões comerciais internacionais.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou abordar as principais questões afetas ao empresariado no Brasil, desde a chegada de investimentos estrangeiros para a abertura de negócios em território nacional, passando pelos setores econômicos mais proeminentes e por formas extrajudiciais eficazes de solução de conflitos, até os desdobramentos jurídicos trabalhistas, tributários e contratuais gerados pelos diversos ramos de atividade.

Nascido de uma união de profissionais competentes, compromissados com a prática jurídica, cujas atividades são focadas em prestar serviços jurídicos para empresas brasileiras e estrangeiras nas áreas da consultoria jurídica empresarial, gestão de risco e consultoria contenciosa em geral, o Almeida Advogados é um escritório de advocacia focado no ambiente de negócios corporativos, tendo como maior premissa buscar entender o mercado de cada um de seus clientes, as nuances de cada indústria, a cultura corporativa e os objetivos de cada empresa. Do ponto de vista jurídico, tal enfoque nos permite estruturar e proporcionar o atendimento de nossos clientes de uma maneira mais segura e econômica.

O Almeida Advogados coloca-se à disposição para prestar quaisquer outros esclarecimentos relacionados aos assuntos tratados no presente estudo.

www.almeidalaw.com.br



Almeida
CORPORATE LAW