

NEWSLETTER N° 80

MAIO DE 2021



São Paulo

Rua Gomes de Carvalho, n° 1507
2° andar – Vila Olímpia
04547-005 – São Paulo – SP
+55 (11) 4210-4010

Rio de Janeiro

Rua Joana Angélica, n° 228
Ipanema
22420-030 – Rio de Janeiro – RJ
+55 (21) 2523-5960

 **moreira
menezes,
martins**
ADVOGADOS

SUMÁRIO

NEWSLETTER N° 80 | MAIO 2021

CVM EDITA NOVAS RESOLUÇÕES SOBRE *SANDBOX* REGULATÓRIO, *SUITABILITY* E INFRAESTRUTURAS DE MERCADO 3

BACEN SUBMETE A CONSULTA PÚBLICA PROPOSTA NORMATIVA SOBRE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A RISCOS SOCIAIS, AMBIENTAIS E CLIMÁTICOS 4

DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTENSÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DE PATENTES 6

STF DECIDE SOBRE A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA TESE DE EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS 7

TERCEIRA TURMA DO STJ CONSIDERA INADEQUADO MÉTODO DO FLUXO DE CAIXA DESCONTADO NA APURAÇÃO DE HAVERES DE SÓCIO RETIRANTE 8

STJ DECIDE QUE FATURIZADA NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA PELA FALTA DE PAGAMENTO DO CRÉDITO CEDIDO EM OPERAÇÃO DE *FACTORING* 9

CVM EDITA NOVAS RESOLUÇÕES SOBRE *SANDBOX* REGULATÓRIO, *SUITABILITY* E INFRAESTRUTURAS DE MERCADO

Em 11.05.2021 a Comissão de Valores Mobiliários – CVM editou as Resoluções CVM nº 29/2021 e 30/2021 e, em 19.05.2021, as Resoluções CVM nºs 31/2021, 32/2021, 33/2021 e 34/2021 (“Resoluções”). As Resoluções são decorrentes do processo de revisão e consolidação dos atos normativos da Autarquia, que vem sendo progressivamente realizado em observância ao Decreto nº 10.139/2019.

Em síntese, as Resoluções, que entrarão em vigor no dia 01.06.2021, dispõem sobre as seguintes matérias:

- (i) Resolução CVM nº 29/2021: dispõe sobre as regras de constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (o chamado “*sandbox* regulatório”), revogando a Instrução CVM nº 626/2020, que dispunha sobre o mesmo assunto;
- (ii) Resolução CVM nº 30/2021: dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente, aplicável àqueles habilitados a atuar como integrantes do sistema de distribuição e aos consultores de valores mobiliários, revogando a Instrução CVM nº 539/2013, que dispunha sobre o mesmo assunto;
- (iii) Resolução nº 31/2021: dispõe sobre a prestação de serviços de depósito centralizado de valores mobiliários, revogando a Instrução CVM nº 541/2013, que dispunha sobre o mesmo assunto;
- (iv) Resolução nº 32/2021: dispõe sobre a prestação de serviços de custódia de valores mobiliários, revogando a Instrução CVM nº 542/2013, que dispunha sobre o mesmo assunto;
- (v) Resolução nº 33/2021: dispõe sobre a prestação de serviços de escrituração de valores mobiliários e de emissão de certificados de valores mobiliários, revogando a Instrução CVM nº 543/2013, que dispunha sobre o mesmo assunto; e
- (vi) Resolução nº 34/2021: dispõe sobre o empréstimo de valores mobiliários por câmaras e prestadores de serviço de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, revogando as Instruções CVM nº 441/2006 e nº 466/2008, que dispunham sobre o mesmo assunto.

Vale ressaltar que, com exceção da Resolução CVM nº 30/2021, as Resoluções não promoveram alterações no conteúdo das instruções revogadas.

A respeito da Resolução CVM nº 30/2021, destaca-se que o seu conteúdo promove apenas uma alteração no texto da revogada Instrução CVM nº 539/2013. Em seu art. 9º, inciso I, a Resolução CVM nº 30/2021 estabeleceu que as pessoas habilitadas a atuar como integrantes do sistema de distribuição e os consultores de valores mobiliários devem realizar, em intervalos máximos de 5 anos, a atualização do perfil de seus clientes, sempre utilizando como base os critérios definidos na forma da Instrução CVM 617/2019.

A alteração promovida pela Resolução CVM nº 30/2021 teve o intuito de adequar a Resolução ao disposto no art. 4º, III, da Instrução CVM nº 617/2019, que dispõe que agentes de mercado mantenham Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo contendo critérios e periodicidades específicos para a atualização do perfil de seus clientes.

Antes da referida alteração, a revogada Instrução CVM nº 539/2013 não previa qualquer diretriz para a atualização das informações relativas ao perfil de clientes, apenas determinado que tal atualização deveria ser realizada em intervalos não superiores a 24 meses.

Por não acarretarem mudanças relevantes no mérito nas obrigações dos agentes regulados, as Resoluções não foram submetidas a audiências públicas.

Maiores informações, bem como o inteiro teor das Resoluções, podem ser encontrados no site da CVM (<https://www.gov.br/cvm>).

BANCO CENTRAL SUBMETE À CONSULTA PÚBLICA PROPOSTA NORMATIVA SOBRE DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A RISCOS SOCIAIS, AMBIENTAIS E CLIMÁTICOS

Em 26.04.2021 o Banco Central do Brasil (“BACEN”) submeteu à consulta pública proposta de Resolução que dispõe sobre a divulgação do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (“Relatório GRSAC”) e estabelece requisitos para divulgação de informações sobre aspectos sociais, ambientais e climáticos por parte de determinadas instituições atuantes no Sistema Financeiro Nacional (“Minuta”).

Nos termos da Minuta, a obrigação de elaboração do Relatório GRSAC será aplicável às instituições enquadradas no Segmento 1 (S1), no Segmento 2 (S2), no Segmento 3 (S3) e no Segmento 4 (S4), conforme classificação estabelecida nos termos da Resolução nº 4.553/2017.

O Relatório GRSAC deverá conter informações referentes aos seguintes tópicos:

- (i) governança do gerenciamento dos riscos sociais, ambientais e climáticos, incluindo as atribuições e as responsabilidades do conselho de administração, quando existente, e da diretoria da instituição;
- (ii) estratégias adotadas pela instituição nos negócios e no gerenciamento de risco e de capital nos horizontes de curto, médio e longo prazos, considerando diversos cenários; e
- (iii) processos de gerenciamento dos riscos sociais, ambientais e climáticos.

Adicionalmente, será facultado às instituições a divulgação, no Relatório GRSAC, das seguintes informações:

- (i) indicadores quantitativos utilizados pela instituição no gerenciamento dos riscos sociais, ambientais e climáticos; e
- (ii) oportunidades de negócios associados a temas (a) sociais, considerando o respeito e a proteção dos direitos e das garantias fundamentais e dos interesses coletivos; (b) ambientais, considerando a preservação e a reparação do meio ambiente, incluindo sua recuperação, quando possível; e (c) climáticos, considerando a transição para uma economia de baixo carbono, em que a emissão de gases do efeito estufa é reduzida ou compensada, e a redução dos impactos ocasionados por condições ambientais extremas.

A Minuta estabelece que o Relatório GRSAC deverá ser divulgado anualmente, tendo como referência a data-base de 31 de dezembro de cada período, no prazo máximo de 90 dias após tal data-base.

O Relatório GRSAC deverá permanecer disponível, pelo período de 5 anos a contar da data de sua disponibilização, em seção específica do *site* da instituição na rede mundial de computadores, de acesso público e de fácil localização. A localização do Relatório GRSAC deverá ser indicada pela instituição juntamente com a divulgação de suas demonstrações financeiras.

Sugestões e comentários à Minuta deverão ser encaminhados, por escrito, até o dia 05.06.2021, por meio do e-mail “prudencial.dereg@bcb.gov.br” ou por meio do link contido no edital da audiência pública no site do BACEN (<https://www3.bcb.gov.br/audpub/DetailharAudienciaPage?2>).

Maiores informações, bem como o texto integral da Minuta, podem ser encontrados no site do BACEN (<https://www.bcb.gov.br>).

DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXTENSÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DE PATENTES

Em 06.05.2021 o Supremo Tribunal Federal – STF, no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529/DF (“ADI”), decidiu que o prazo mínimo de vigência de patentes, previsto no parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/1996 (“LPI”) é inconstitucional.

Conforme dispõe o art. 40, *caput*, da LPI, a patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 anos, enquanto a de modelo de utilidade vigorará pelo prazo 15 anos, em ambos os casos, contados da data de depósito do pedido de patente. O parágrafo único do referido dispositivo, por sua vez, estabelece que o prazo de vigência da patente não será inferior a 10 anos (quando se tratar de patente de invenção) ou a 7 anos (quando se tratar de patente de modelo de utilidade), a contar da data de concessão da patente.

Nesse cenário, caso o pedido de patente apresentado ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI demorasse mais de 10 anos ou 7 anos (para patente de invenção ou modelo de utilidade, respectivamente), o prazo de vigência após a concessão poderia ser estendido para que fosse atendido o mínimo previsto no parágrafo único do art. 40 da LPI.

Entretanto, de acordo com o entendimento do Plenário do STF, a extensão do prazo de patentes prevista no parágrafo único do art. 40 da LPI foi considerada inconstitucional, por violar os princípios da segurança jurídica, da eficiência da administração pública, da ordem econômica e do direito à saúde.

Em 12.05.2021, o Plenário do STF decidiu modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida no âmbito da ADI em questão, conferindo-se efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da ata do julgamento da modulação de efeitos (*i.e.*, 14.05.2021). Desse modo, a validade das patentes já concedidas e ainda vigentes em decorrência do art. 40, parágrafo único, da LPI, não foram afetadas.

Tal a modulação, contudo, não é aplicável: (i) às ações judiciais propostas até o dia 07.04.2021 (data da concessão parcial da medida cautelar na ADI); e (ii) às patentes relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde que tenham sido concedidas com a extensão de prazo prevista no art. 40, parágrafo único, da LPI. Nesses dois casos, a declaração de inconstitucionalidade operará com efeitos *ex tunc*, resultando na perda das extensões de prazo, respeitado o prazo de vigência geral estabelecido no *caput* do art. 40 da LPI.

Maiores informações podem ser encontradas no site do STF (<https://portal.stf.jus.br/>). Cabe registrar que o inteiro teor do acórdão do Plenário do STF ainda não havia sido publicado até a data de fechamento desta edição da Newsletter.

STF DECIDE SOBRE A MODULAÇÃO DE EFEITOS DA TESE DE EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

Em 13.05.2021 o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF decidiu sobre a modulação dos efeitos da tese sobre a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS da base de cálculo do PIS/Cofins (“Tema nº 69”), fixada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 57.476, com repercussão geral, realizado em 15.03.2017.

Conforme entendimento consolidado pelo STF no julgamento do Tema nº 69, “[o] ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”.

A modulação de efeitos do Tema nº 69 foi decidida no julgamento dos embargos de declaração opostos pela União em face do acórdão paradigma da tese. No ato de oposição dos referidos embargos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN provocou a manifestação do STF sobre os seguintes tópicos:

- (i) qual seria o momento a partir do qual o Tema nº 69 teria efeitos retroativos; e
- (ii) se o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo seria aquele destacado na Nota Fiscal ou aquele efetivamente recolhido pelo contribuinte.

No que diz respeito ao tópico “(i)” acima, o STF decidiu que a decisão proferida acerca do Tema nº 69 produziria efeitos retroativos, a partir de 15.03.2017, data em que foi fixada a tese com repercussão geral.

Ou seja, no caso de processos ajuizados após 15.03.2017, o contribuinte terá direito à restituição do valor integral dos impostos pagos a maior devido à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS. Já com relação aos processos ajuizados antes da mencionada data, o contribuinte terá direito à restituição do valor dos impostos pagos a maior apenas nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Sobre o tópico “(ii)” acima, o STF consolidou o entendimento de que deverá ser excluído da base de cálculo do PIS/Cofins o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal.

Maiores informações, bem como o teor do julgamento, podem ser encontrados no site do STF (<https://www.portal.stf.jus.br>).

TERCEIRA TURMA DO STJ CONSIDERA INADEQUADO MÉTODO DO FLUXO DE CAIXA DESCONTADO NA APURAÇÃO DE HAVERES DE SÓCIO RETIRANTE

Em 13.04.2021, no julgamento do Recurso Especial nº 1.877.331/SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ considerou inadequada a utilização do método do fluxo de caixa descontado para fins de apuração de haveres de sócios em caso de dissolução parcial de sociedade.

Em voto vencido, a Ministra Relatora Nancy Andrighi consignou que o método do fluxo de caixa descontado seria adequado para estabelecer o valor patrimonial real da sociedade, sendo “rotineiramente utilizado em operações de aquisição, fusão e incorporação de participações societárias”. Para a Ministra Relatora, uma situação de retirada de sócio não seria diferente da alienação de sua participação societária, de forma que “a dissolução parcial acaba equivalendo, em certa medida, à alienação de quotas sociais, com a única diferença de que a adquirente é a própria sociedade (ou os sócios remanescentes)”.

Após pedido de vista, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva proferiu voto divergente, que foi acompanhado pelos demais integrantes da Terceira Turma do STJ.

Segundo o referido voto vencedor, o art. 606 do Código de Processo Civil apenas reforçou a disposição contida no art. 1.031 do Código Civil, no sentido de que a apuração dos haveres do sócio que se retira de sociedade deve ser realizada pelo critério patrimonial, mediante elaboração de balanço de determinação.

Nesse contexto, o método do fluxo de caixa descontado seria destinado a nortear negociações ou investimentos realizados em sociedades empresárias, comportando, no entendimento do Ministro, “relevante grau de incerteza e prognose, sem total fidelidade aos valores reais dos ativos”. As referidas incertezas decorreriam, dentre outros motivos, da diversidade de rentabilidade de cada setor empresarial (com impactos nos múltiplos utilizados no método), bem como na subjetividade quanto às taxas de desconto aplicadas e riscos envolvidos.

Finalmente, foi apontado que a utilização do fluxo de caixa descontado poderia ensejar “consequências perniciosas”, como por exemplo (i) desestímulo ao cumprimento dos deveres dos sócios minoritários; (ii) incentivo ao exercício do direito de retirada, em prejuízo da estabilidade da empresa; e (iii) enriquecimento indevido do sócio desligado em detrimento daqueles que permanecem na sociedade.

Sem prejuízo de seu posicionamento, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva consignou no voto vencedor a possibilidade de aplicação do método do fluxo de caixa descontado se houver cláusula estipulada no contrato social nesse sentido. “Caso contrário, ocorrerá imposição de valor, que deve ser, por força da lei, da doutrina e da jurisprudência, o mais próximo possível do real, ou seja, sem elementos arbitrários como as prognoses acerca de eventos futuros e incertos (faturamento e lucratividade futuros, taxa de juros utilizada no desconto etc.)”.

Maiores informações, bem como o inteiro teor do Acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.877.331/SP, podem ser encontrados no site do STJ (<http://www.stj.jus.br>).

STJ DECIDE QUE FATURIZADA NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA PELA FALTA DE PAGAMENTO DO CRÉDITO CEDIDO EM OPERAÇÃO DE *FACTORING*

Em 04.05.2021, no julgamento do Recurso Especial nº 1.711.412/MG, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, reforçou entendimento no sentido de que, em operação de *factoring* (ou fomento mercantil), a faturizada (cedente do crédito) não pode assumir responsabilidade perante a faturizadora (cessionária) pelo pagamento do valor do crédito cedido.

Nos termos da Lei nº 8.981/1995, o fomento mercantil consiste na “prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*)”.

A partir da celebração de contrato específico, a faturizadora adquire títulos de crédito emitidos em favor da faturizada pelos clientes desta, normalmente por valor inferior ao de face dos créditos. O devedor ou sacado, uma vez notificado da operação, deve providenciar o pagamento do crédito diretamente à faturizadora (e não mais à cedente).

Segundo o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, o contrato de *factoring* não representa uma simples cessão de crédito, englobando, ainda, a prestação de serviços de gestão de crédito e a assunção dos riscos advindos da compra dos créditos da faturizada. Tal risco consiste justamente na eventual inadimplência do devedor ou sacado e deve ser considerado elemento essencial do contrato de *factoring*.

Assim, o risco de inadimplência não pode ser transferido à faturizada, sob pena de desnaturar-se a operação de fomento mercantil. No entendimento unânime da Terceira Turma, a natureza do contrato de fomento mercantil impede a estipulação de cláusula que estabeleça a responsabilidade da faturizada pela solvência do devedor ou sacado. Nessa esteira, o art. 296 do Código Civil seria inaplicável ao contrato de fomento mercantil.

A partir de tais colocações, concluiu a Terceira Turma do STJ que (i) a faturizada não responde, em absoluto, pelo não pagamento dos créditos cedidos; (ii) são nulas as disposições contratuais que estabeleçam a responsabilidade da faturizada pela solvência de tais créditos, bem como títulos de crédito emitidos com essa finalidade; e (iii) permanece a responsabilidade da faturizada tão somente pela existência do crédito, ao tempo em que foi cedido à faturizadora.

Adicionalmente, no mesmo julgamento, discutiu-se acerca da subsistência de aval apostado em notas promissórias emitidas para garantir a solvência dos créditos cedidos em operação de *factoring*.

Sobre esse aspecto em particular, o voto condutor do Acórdão relativo ao Recurso Especial nº 1.711.412/MG ressaltou que, como regra geral, a obrigação assumida pelo avalista deve ser entendida como autônoma e independente daquela atribuída ao devedor principal. Em razão de tal característica da declaração cambial, não deve ser permitido ao avalista arguir a nulidade do aval diante de vícios na relação entre avalizado e credor originário, especialmente quando há circulação do título de crédito.

Por outro lado, a decisão ressalta que deve ser reconhecida a possibilidade de o avalista se opor à cobrança quando, não havendo circulação do título, é o próprio credor quem, de má-fé, é o responsável pela extinção, nulidade ou inexistência da obrigação do avalizado. Do contrário, o direito de ação do credor contra o avalista representaria enriquecimento indevido.

Logo, a Terceira Turma do STJ reconheceu a insubsistência de aval apostado em nota promissória emitida para garantir a solvência dos créditos cedidos em operação de *factoring*: no entendimento do Tribunal, estando a faturizada/cedente impedida de garantir o pagamento do crédito cedido à faturizadora, a declaração cambial feita com essa mesma finalidade deve ser considerada inválida.

Maiores informações, bem como o inteiro teor do Acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.711.412/MG, podem ser encontrados no site do STJ (<https://www.stj.jus.br>).

A Newsletter Moreira Menezes, Martins Advogados é uma publicação exclusivamente informativa, não devendo ser considerada, para quaisquer fins, como opinião legal, sugestão ou orientação emitida pelo Escritório.
