



COVID-19

Questões Legais | Relatório 10

16/05 - 22/05



NOVAES E ASSOCIADOS
CONSULTORIA EMPRESARIAL

Louzada • Sanches Loeser • Prado
— ADVOGADOS ASSOCIADOS —

PIS/Cofins

COVID-19

Servimo-nos do presente para informar-lhes sobre o recente da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, feito em 15/05/2020, buscando suspender todos os processos judiciais em tramitação, que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS.

Por meio dos Embargos de Declaração nos autos do Recurso Extraordinário nº 574.706, a PGFN suscitou omissão, pedindo que fosse decidido se o ICMS deve ser excluído das contribuições na nota fiscal ou então daquele que é pago pelo contribuinte.

Oportuno esclarecer que devido ao precedente favorável aos contribuintes no ano de 2017, há recurso ainda pendente de análise no Supremo Tribunal Federal – STF, para a definição sobre a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Na outra ponta, fato é que a partir desse precedente, observa-se que os Tribunais Regionais Federais vêm definindo seus próprios critérios quanto à base de cálculo, causando enorme discrepância e atingindo o princípio da isonomia.

A PGFN defende que a ausência de unificação do procedimento gera cumulação de tributo ilícita, pois o ICMS se trata de tributo não cumulativo. Sustenta, ainda, que tal conclusão foi observada após alguns Tribunais terem decidido pela exclusão integral do ICMS na nota fiscal. Vejamos trecho do texto apresentado:

“... Com isso, vê-se que a exclusão integral do ICMS destacado na nota, incidente sobre toda a cadeia, não encontra suporte no leading case, e por outro lado resulta na dedução cumulativa de tributo não cumulativo. Ou seja, o contribuinte, ainda que deva recolher um montante reduzido do imposto, teria o direito ao abatimento do valor integral do ICMS correspondente aos valores pagos por ele e pelos contribuintes que o antecederam. A dedução de um mesmo valor se repetiria em cada etapa do processo produtivo que sucedesse aquela operação que originou a cobrança. Desta forma, nos termos do entendimento encampado por Tribunais Regionais Federais, a redução da base de cálculo do PIS e da COFINS, que deveria corresponder ao ICMS incidente ao longo de toda a cadeia, vai se multiplicar em função do número de etapas de uma mesma cadeia. “

A discussão pretende convencer o STF de que a melhor medida a ser adotada, seria a de que o ICMS do valor efetivamente pago fosse abatido da base de cálculo do PIS e COFINS. Pretende-se, ainda, que a Ministra Relatora, Ministra Carmem Lúcia, determine a suspensão de todas as ações judiciais que discutam a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS.

Após recebimento dos Embargos de Declaração, aguarda-se que seja designada data para discussão e votos da Relatora e demais Ministros do Supremo Tribunal Federal. O documento integral pode ser consultado através do anexo à este.

Pensão Alimentícia

Decisão TJ/SP

Diante da relevância, servimo-nos da presente para informá-los do seguinte precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, no tocante a uma mãe solteira e desempregada que não será presa por deixar de pagar pensão alimentícia, a pretexto do entendimento do STF, de que, segundo a Constituição Federal, só se permite prisão por dívida decorrente de prestação de alimentos, quando o inadimplemento é voluntário e inescusável.

O Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, do TJ/SP, concedeu HC preventivo para que uma mãe solteira e desempregada não seja presa por não pagar a pensão alimentícia de filha que vive com os avós. Para o magistrado, decretar a prisão neste momento, em nada auxiliará nas despesas familiares.

Sustenta o Desembargador: “Considerando-se que a paciente é mãe de família e possui três filhas menores de idade, duas sob seu cuidado direto, a decretação da prisão neste momento de pandemia e em que ela se encontra desempregada, infelizmente, em nada auxiliará nas despesas familiares, ao contrário, poderá deixá-las em grave situação de penúria.”

A mulher foi intimada a pagar alimentos no montante de R\$ 3 mil para a filha mais velha, de 12 anos, que é autista e está sob a guarda dos avós. Devido ao pagamento não ter sido efetuado, foi decretada prisão civil por 30 dias. A mãe alega que está desempregada há dois meses e tem duas outras filhas sob seus cuidados, de 7 e 5 anos.

Para o Desembargador Pereira Calças, a circunstância “indica a aplicação de antigo precedente da Colenda Suprema Corte no sentido de que o inadimplemento da obrigação alimentar em relação à filha primogênita da paciente não foi voluntário e inescusável, mas derivou da situação de desemprego, que, infelizmente, nesta situação terrível de pandemia que campeia pelo universo da Covid-19, que traumatiza a humanidade, não autoriza que se esqueça das virtudes que o Poder Judiciário deve seguir: Prudência, Justiça, Fortaleza e Temperança”.

O Magistrado citou acórdão de relatoria da ministra do STF Carmen Lúcia, que entendeu que a Constituição só permite prisão por dívida decorrente de prestação de alimentos quando o inadimplemento é voluntário e inescusável.

“Voto, neste caso, como votou a Ministra Carmen Lúcia. Não há inescusabilidade que daria estofo à autorização de prisão por dívida alimentar excepcionada na Carta Constitucional que tem como pedra angular a dignidade da pessoa humana.”

Fontes: TJ/SP e Migalhas.

Planos de Saúde

Juiz Restabelece Carência

Diante da relevância, servimo-nos para informá-los do seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, pelo qual o Juiz restabeleceu a carência de planos de saúde, mesmo em casos de covid-19, a pretexto de que a dispensa da carência indistinta, acarretaria contratação em massa, sem que tivesse havido a contraprestação respectiva.

O juiz de Direito Otto Bismarck Nobre Brenkenfeld, da 4ª vara Cível de Natal/RN, revogou liminar e indeferiu pedido da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte que pleiteava que os casos relacionados ao covid-19 fossem enquadrados como atendimentos de emergência.

O magistrado observou que a decisão previa a dispensa do cumprimento dos prazos de carência contratual durante a pandemia. Para ele, a dispensa da carência indistinta acarretaria contratação em massa, sem que tivesse havido a contraprestação respectiva.

A liminar questionada autorizava, de imediato, os procedimentos médico-hospitalares prescritos pelos médicos assistentes para os usuários dos planos de saúde exclusivamente nos casos suspeitos ou, presumindo-os de emergência, se confirmados de covid-19 abstendo de exigir o cumprimento do prazo de carência superior a 24 horas, sob pena de multa.

Vários planos de saúde pugnaram pela reconsideração da decisão, dentre eles, a Unimed Natal Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico e a Amil Assistência Médica Internacional. Todos alegaram que a eliminação do período de carência expõe as operadoras/seguradoras a uma enorme insegurança jurídica, deixando-as vulneráveis a contratações nocivas.

Ao analisar o caso, o magistrado acolheu as irresignações. Para ele, não é possível presumir-se emergencial todo e qualquer atendimento de paciente com suspeita ou diagnóstico confirmado de covid-19, muito menos dispensar as carências contratuais.

O magistrado observou que dispensar as carências contratuais, de forma indistinta, em relação a todos os usuários de plano de saúde com suspeita ou diagnóstico de covid-19 autorizaria uma contratação em massa, com a utilização plena do sistema privado de saúde, “sem que tivesse havido a contraprestação respectiva, em evidente desequilíbrio contratual em desfavor dos planos de saúde, notadamente pelo fato de que não há como se prever por quanto tempo perdurará a situação de calamidade decretada em fevereiro de 2020”, disse.

Assim, exerceu o juízo de retratação para revogar a liminar e, conseqüentemente, indeferir na íntegra a pretensão autoral de dispensa do cumprimento dos prazos de carência contratual previstos pelo artigo 12, V, da lei de 9.656/98, durante a pandemia.

Processo: 0813982-53.2020.8.20.5001

Fonte: Migalhas

LGPD - n. 13.709/2018

Lei Geral de Proteção de Dados

Servimo-nos do presente para encaminhar-lhes breve resumo sobre a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que possui a finalidade de regulamentar qualquer atividade que envolva utilização de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoas físicas ou jurídicas, no território nacional ou em países onde estejam localizados os dados.

A LGPD entrará em vigor no dia 14/08/2020. Assim, entidades públicas e privadas terão até essa data para se adaptarem, acerca das mudanças oriundas da privacidade de dados pessoais dos usuários, através de práticas transparentes e seguras, estabelecendo regras claras sobre o tratamento de tais dados.

A Lei estabelece que dados pessoais são todas aquelas informações relacionadas à identificação do indivíduo, podendo tratar-se de números, características pessoais, dados genéticos, entre outros, destacando-se sob três tipos: (i) dados sensíveis, (ii) dados pessoais de crianças e adolescentes e (iii) dados pessoais anonimizados.

1. Dados sensíveis

Trata-se de dados sensíveis as informações que podem ser utilizadas de forma discriminatória, implicando sobre origens raciais, étnicas, convicções religiosas, opiniões políticas, filiação a sindicatos ou organizações religiosas, filosóficas ou políticas, dados referentes à saúde ou vida sexual, dados genéticos ou biométricos.

Tais dados, obrigatoriamente, devem ser tratados com o consentimento de seu titular, através de manifestação específica e destacada, expondo conhecimento sobre as finalidades e motivos de uso de dados.

Existem hipóteses sobre a qual não será necessário consentimento de uso do titular. No entanto, a informação sensível deverá configurar indispensabilidade para: (i) cumprimento de obrigações legais ou regulatórias; (ii) dados necessários à execução pela administração pública; (iii) realização de estudos por órgão de pesquisa credenciado, que mantenha os dados anônimos; (iv) exercício regular de direitos; (v) proteção da vida do titular do direito, ou de terceiro, e (vi) prevenção à fraude e segurança do titular em processos de autenticação de cadastro eletrônico.

Enquadrando-se nas supracitadas situações, os órgãos e entidades públicas que utilizarem dos dados sensíveis, deverão dar publicidade ao ato, conferindo a dispensa de consentimento, nos termos do inciso I do caput do artigo 23 da Lei 13.709/2018.

1.2. Dados pessoais de crianças e adolescentes

O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado com o consentimento específico, por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. O usuário deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis.

A única hipótese que considera a dispensa de consentimento do responsável ocorre quando a coleta de dados for necessária para contatar os pais, responsável legal ou ainda, para a proteção do próprio detentor do direito. Nesses casos, os dados deverão ser utilizados uma única vez, vedando-se o armazenamento e seu repasse a terceiros.

1.3. Dados pessoais anonimizados

Dados pessoais anonimizados são dados relativos a titulares que não possam ser identificados, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Dados efetivamente anonimizados são essenciais para o funcionamento de tecnologias no campo da internet das coisas, inteligência artificial, análise de grandes contextos comportamentais, entre outros.

Ressalta-se que uma vez que os dados pessoais, ora anonimizados, forem identificados e puderem ser atribuídos ao titular, tais dados deixam de ser anônimos e passam a ser considerados pseudônimos. A técnica de pseudonimização é utilizada para proteger dados pessoais, e é considerada legal nos moldes do §4º do artigo 6º do Decreto nº 10.153/2019.

A pseudonimização pode ser utilizada para proteger a identidade de usuário de serviço público e denunciante, por exemplo.

2. A relação dos dados pessoais e seus titulares versus entidades públicas e privadas

Do ponto de vista das empresas públicas e privadas, é preciso considerar que pessoas têm diferentes preocupações sobre privacidade. Assim, as empresas deverão seguir as boas práticas de transparência e clareza quanto aos dados que coletam, de modo que o titular possa fazer suas próprias escolhas sobre como eles são utilizados, bem como, no caso de serviços online, oferecer ferramentas e configurações que permitam a implementação prática dessas escolhas feitas pelo titular.

As partes constantes na relação regulada pela Lei LGPD, além do titular dos dados, são controlador e operador, sendo estes os agentes de tratamento de dados pessoais.

O operador deverá realizar o tratamento de dados de acordo com as instruções fornecidas pelo controlador. O controlador deverá indicar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

Por meio da LGPD prevê-se que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

Em caso de alteração de informação, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.

O consentimento poderá ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação.

Os diferentes agentes envolvidos no tratamento de dados, o controlador e o operador, poderão ser solidariamente responsabilizados por incidentes de segurança da informação e/ou o uso indevido e não autorizado dos dados, ou pela não conformidade com a lei.

Todavia, a responsabilidade do operador, aquele que pratica o tratamento de dados em nome e a mando do controlador, poderá ser limitada às suas obrigações contratuais e de segurança da informação, caso não viole as regras impostas pela LGPD. Importante, portanto, definir se uma empresa deve ser encarada como um controlador ou um operador, ou ambos, para estabelecer os limites da sua responsabilidade.

3. Vazamento de dados

A ocorrência de incidentes de segurança da informação deverá ser notificada à Autoridade de Proteção de Dados e ao usuário titular do dado, em prazo razoável. Embora a Autoridade de Proteção de dados ainda não exista, enquanto ela não for criada, o usuário deverá ser obrigatoriamente comunicado.

As etapas de comunicação do vazamento são:

- A descrição da natureza dos dados pessoais afetados;
- As informações sobre os titulares envolvidos;
- A indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial;
- Os riscos relacionados ao incidente;
- Os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata, e
- As medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

4. Descumprimento da lei – Consequências

Em caso de descumprimento da Lei, a Autoridade Nacional poderá aplicar as seguintes penalidades:

- Advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- Multa simples, de até 2% do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;
- Multa diária, observado limites;
- Publicação da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- Bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização, e
- Eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração

5. A regulação do tratamento de dados pessoais

Toda e qualquer atividade de tratamento de dados pessoais deverá ser registrada, desde a sua coleta até a sua exclusão, indicando quais tipos de dados pessoais serão coletados, a base legal que autoriza os seus usos, as suas finalidades, o tempo de retenção, as práticas de segurança de informação implementadas no armazenamento e com quem os dados podem ser eventualmente compartilhados, metodologia conhecida como data mapping.

A regulação de dados pessoais trazida pela LGPD exige adequações por parte das empresas que coletam dados dos usuários, principalmente no que tange em relação ao consentimento expresso dos usuários sobre a coleta, tratamento de dados, finalidade e eventual transferência de seus dados para terceiros.

Nas relações de trabalho e emprego, como o empregador é detentor de informações pessoais de seus empregados, ele deverá observar a LGPD, sob pena de responsabilização civil.

Embora a LGPD autorize às empresas a utilizarem os dados pessoais dos seus empregados e prestadores de serviços para a legítima execução dos contratos, em benefício do próprio trabalhador, é necessário cautela e observância às regras da LGPD em todas as suas fases, nos atos praticados antes da contratação, durante a vigência do contrato, nas terceirizações e após a rescisão dos contratos.

Na terceirização de serviços, será preciso obter consentimento dos empregados por escrito para que a empresa faça o tratamento dos seus dados, sobretudo quando for transmiti-los a terceiros (tomadores de serviço), em decorrência da atividade realizada, ou mesmo por exigências legais e contratuais, especificando de maneira clara quais dados serão repassados e para qual finalidade.

Além do consentimento do empregado, é recomendável que as empresas criem obrigações específicas em seus contratos comerciais, de acordo com as exigências impostas pela LGPD no tratamento de dados.

6. A publicação e o acesso às informações

Por fim, a publicação das informações sobre dados pessoais deverá ser informada em seção específica no site do órgão, com a sugestão denominada “ACESSO À INFORMAÇÃO” e com o texto explicativo: “Nesta seção, são divulgadas informações sobre o tratamento de dados pessoais realizado pelo(a) [nome do órgão ou entidade], compreendendo a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução desse tratamento, em cumprimento ao disposto no inciso I do art. 23 da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD)”. Em seguida, deverá publicar-se as informações do encarregado: (i) nome e cargo; (ii) localização; (iii) horário de atendimento; (iv) telefone e e-mail para contato; e (v) banner para o Fala.BR, que é o canal para endereçamento de petições e reclamações do titular dos dados.

Na mesma seção, deverá ser publicada ainda versões resumidas dos Relatórios de Impacto à Proteção de Dados Pessoais – RIPD. Tal Relatório representa documento que demonstra os dados pessoais que são coletados, tratados, usados, compartilhados e quais medidas devem ser adotadas para dirimir riscos que possam afetar as liberdades civis e direitos fundamentais dos titulares desses dados.

7. Projeto de Lei nº 1164/2020 – Prorroga as sanções previstas na LGPD

O texto do Projeto de Lei pretende acrescentar o inciso III ao artigo 65 da Lei 13.709/18, prevendo expressamente a ampliação do prazo para a aplicação das sanções devido ao estado de calamidade pública enfrentado em razão do coronavírus, através do seguinte dispositivo:

“ Decorrido o prazo de 12 (doze) meses, contado do início da vigência prevista no inciso II desta Lei, o descumprimento de suas disposições sujeitará o infrator às sanções previstas no art. 52. “

Por decorrência, se aprovada a inclusão dessa alteração na norma legal, as sanções previstas no artigo 52 apenas poderão ser impostas somente a partir de agosto de 2021, 12 (doze) meses após o vigor da Lei 13.709/18, tempo este que poderá favorecer a adequação de sua implementação, evitando-se penalizações controversas, ainda mais nesses tempos de Pandemia. Referido Projeto de Lei foi publicado em 02/04/2020 no Diário do Senado, e passará pelo processo legislativo próprio e debates pertinentes.

Despejo de Inquilinos

Senado Aprova Projeto Contra o Despejo

Ainda sobre a aprovação do Projeto de Lei nº 1.179/2020 no dia 19/05/2020, de propositura do senador Antônio Anastasia do PSD, que tem como objeto a instituição do regime jurídico especial, no período de pandemia de COVID-19, destacamos pela presente, aspectos veiculados pela norma, especialmente o impedimento de concessão liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo até 30/10/2020.

O texto prevê que inquilinos de prédios residenciais e comerciais, que porventura atrasem o pagamento de aluguel, não poderão ser despejados, bem como fica o Poder Judiciário impedido de proferir liminar nesse sentido, alcançando a medida, inclusive, as ações ajuizadas a partir de 20/03/2020, data que foi publicado o decreto federal reconhecendo o estado de calamidade pública no país.

Objetiva-se ainda a norma, que o despejo seja autorizado, nesses casos, somente quando houver decisão definitiva no processo, e após a data de 30/10/2020.

Na prática, ficam vedados do despejo os inquilinos que:

- Descumprirem acordo assinado entre proprietário e inquilino;
- Forem demitidos ou chegarem ao fim do contrato de trabalho, e o aluguel do imóvel depender diretamente da existência do emprego;
- A partir da saída do fiador do imóvel, o locatário não apresentar nova garantia no prazo de 30 (trinta) dias;
- Tiverem seu contrato de imóvel não residencial findado, como por exemplo, o local de atividades ligadas ao comércio. A medida vale para os contratos que o imóvel seria retomado pelo proprietário no prazo de 30 (trinta) dias;
- Não efetivarem o pagamento do aluguel, desde que o contrato não tenha garantias previstas como: caução, fiança, seguro fiança, e uso de fundos de investimento como garantia de pagamento.

O texto seguirá para sanção presidencial, com posterior publicação em diário oficial.