



Modulação e Riscos Fiscais

Fernando Facury Scaff

Sócio de *Silveira, Athias, Soriano de Melo, Guimarães, Pinheiro & Scaff - Advogados*

Professor da Universidade de São Paulo – USP

Doutor e Livre Docente pela USP



- **Constituição:**
- Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
 - I – o plano plurianual;
 - II – as diretrizes orçamentárias;
 - III – os orçamentos anuais.
 - §2º A lei de diretrizes orçamentárias **compreenderá** as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, **orientará** a elaboração da lei orçamentária anual, **disporá** sobre as alterações na legislação tributária e **estabelecerá** a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.



- **LRF (LC 101/00):**
- Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:
 - §3º A **lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais**, onde serão avaliados os **passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas**, caso se concretizem.



- **LRF:**
- Art. 5º O **projeto de lei orçamentária anual**, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:
- III - **conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante**, definido com base na receita corrente líquida, serão **estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias**, destinada ao:
 - b) **atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.**



- **LDO 2018 - Proposta do Poder Executivo - Projeto de Lei**
- **Projeto de Lei nº 01/2017-CN (MSG nº 120/2017-Origem)**
- Texto da Lei
 - Anexo I - Relação dos Quadros Orçamentários Consolidados
 - Anexo II - Relação das Informações Complementares ao Projeto de Lei Orçamentária de 2018
 - Anexo III - Despesas que não serão Objeto de Limitação de Empenho, nos termos do art. 9º, § 2º, da LRF, por constituírem obrigações constitucionais ou legais da União
- Anexo IV - Metas Fiscais – Introdução
 - Anexo IV.1 - Anexo de Metas Fiscais Anuais
 - Anexo IV. 2 – Demonstrativo da Margem de Expansão das Despesas Obrigatórias de Caráter Continuado
 - Anexo IV. 3 Avaliação do Cumprimento das Metas Relativas ao Ano Anterior – 2016
 - Anexo IV. 4 – Evolução do Patrimônio Líquido
 - Anexo IV.5 – Receita de Alienação de Ativos e Aplicação de Recursos
 - Anexo IV.6 – Projeções Atuariais para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS
 - Anexo IV.7 – Avaliação Atuarial do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Civis
 - Anexo IV.8 - Avaliação Atuarial do Sistema de Pensões Militares das Forças Armadas
 - Anexo IV.9 – Avaliação da Situação Financeira e Atuarial dos Benefícios Assistenciais da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS
 - Anexo IV.10 – Avaliação da Situação Financeira do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT
 - Anexo IV.11 – Renúncia de Receita Administrada pela RFB e Previdência – 2018
 - Anexo IV.11 – Renúncia de Receita Administrada pela RFB e Previdência – 2019
 - Anexo IV.11 – Renúncia de Receita Administrada pela RFB e Previdência – 2020
 - Anexo IV.12 – Compensação da Renúncia de Receita
- Anexo V - Riscos Fiscais
- Anexo VI - Objetivos das Políticas Monetária, Creditícia e Cambial
- Prioridades e Metas



- É necessário provisionar, conforme consta da norma:
 - **Este anexo compreende processos com probabilidade de perda considerada possível, tendo em vista que, de acordo com o Tribunal de Contas da União (ofício nº 171/2014-TCU/SEMAG), processos com risco considerado como provável deverão ser provisionados pela STN.”**





Portaria 40/2015, AGU:

- Art. 3º A classificação das ações quanto à probabilidade de perda observará os seguintes critérios:

I - Risco Provável:

- a) quando houver Súmula Vinculante desfavorável à Fazenda Pública;
- b) quando houver ação de controle concentrado de constitucionalidade, com decisão de colegiado do Supremo Tribunal Federal - STF desfavorável à Fazenda Pública, ainda que pendente o debate quanto à eventual modulação dos efeitos;
- c) quando houver decisão de órgão colegiado do STF desfavorável à Fazenda Pública proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ainda que pendente a publicação do acórdão ou o julgamento dos embargos de declaração;
- d) quando houver recurso representativo de controvérsia julgado por órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça - STJ ou do Tribunal Superior do Trabalho - TST desfavorável à Fazenda Pública, ainda que pendente a publicação do acórdão ou o julgamento dos embargos de declaração e desde que não haja matéria passível de apreciação pelo STF;
- e) quando houver Súmula, Enunciado ou Orientação Jurisprudencial emitida pelo STJ ou TST desfavorável à tese da Fazenda Pública, desde que não haja matéria passível de apreciação pelo STF;
- f) quando na ação judicial houver decisão desfavorável à tese da Fazenda Pública proferida por órgão colegiado do STF;
- g) quando na ação judicial houver decisão desfavorável à Fazenda Pública proferida por órgão colegiado dos demais tribunais superiores, desde que não haja matéria passível de apreciação pelo STF; e
- h) quando a ação judicial estiver em fase de execução.



II - **Risco Possível:**

- a) quando houver recurso representativo de controvérsia julgado pelo STJ ou pelo TST desfavorável à Fazenda Pública, nos casos em que houver possibilidade jurídica de a matéria ser conhecida pelo STF;
- b) quando houver Súmula, Enunciado ou Orientação Jurisprudencial emitida pelo STJ ou TST desfavorável à tese da Fazenda Pública, nos casos em que houver possibilidade jurídica de a matéria ser conhecida pelo STF;
- c) quando houver incidente de inconstitucionalidade julgado por Tribunal Superior desfavorável à tese da Fazenda Pública, enquanto a matéria ainda não tiver sido apreciada por órgão colegiado do STF;
- d) quando na ação judicial houver decisão desfavorável à Fazenda Pública proferida por órgão colegiado do STJ ou do TST, nos casos em que houver possibilidade jurídica de a matéria ser conhecida pelo STF; e
- e) quando a ação tramitar no STF sem decisão de mérito proferida pelo órgão colegiado, desde que tenha havido decisão desfavorável do tribunal a quo.

III - **Risco Remoto:** ações que não se enquadrem na classificação prevista nos incisos I e II. § 1º O disposto no parágrafo único do art. 2º não se aplica às hipóteses previstas nas alíneas f, g, e h do inciso I, e alínea d do inciso II do caput.



- **RESOLUÇÃO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE - CFC Nº 1.022 DE 18.03.2005, DOU 22-04-2005**
- “O termo **provável** em relação a **possível** indica que há maior probabilidade de o fato ocorrer. Geralmente, em um processo, cujo prognóstico é provável perda, há elementos, dados ou outros indicativos que possibilitam tal classificação, como por exemplo: a tendência jurisprudencial dos tribunais ou a tese já apreciada em tribunais superiores para questões que envolvam matéria de direito, e a produção ou a facilidade de se dispor de provas (documental, testemunhal - principalmente em questões trabalhistas - ou periciais) para questões que envolvam matéria de fato. Por sua vez, se o prognóstico for **possível perda**, esta pode acontecer; todavia, esse prognóstico não foi, necessariamente, fundamentado em elementos ou dados que permitam tal informação. Ou, ainda, em um **prognóstico possível**, os elementos disponíveis não são suficientes ou claros de tal forma que permitam concluir que a tendência será perda ou ganho no processo.
- Por fim, a perda classificada como **remota**, como o próprio nome diz, remotamente trará perdas ou prejuízos para a entidade, ou são insignificantes as chances de que existam perdas.”



- **LDO aprovada para 2018:**
 - **Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017**
(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13473.htm)

- **ANEXO V – RISCOS FISCAIS**

- **3.Riscos não incorporados na Análise Macroeconômica**
- “Nesta seção são avaliadas as fontes mais relevantes de perturbação do planejamento orçamentário-fiscal do Governo e que não foram objeto do crivo da seção anterior. Quando não imbuídos de elevado grau de previsibilidade que justifique sua incorporação no cenário base, esses elementos constituem fontes de risco tanto positivo quanto negativo, do ponto de vista do resultado fiscal. Adicionalmente, os riscos expostos nesta seção podem impactar não apenas o cumprimento da meta de resultado primário estabelecido no corpo LDO, mas também a projeção de resultado nominal e de dívida.”



3.1 Passivos Contingentes

- “As contingências passivas referem-se a possíveis novas obrigações cuja confirmação depende da ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros, ou que a probabilidade de ocorrência e magnitude dependem de condições exógenas imprevisíveis. **São também consideradas contingentes as obrigações que surgem de eventos passados, mas que ainda não são reconhecidas por ser improvável a necessidade de liquidação ou porque o valor ainda não pode ser mensurado com suficiente segurança.**
- **Há passivos contingentes que não são mensuráveis com suficiente segurança em razão de ainda não terem sido apurados, auditados ou periciados, por restarem dúvidas sobre sua exigibilidade total ou parcial, ou por envolverem análises e decisões que não se pode prever, como é o caso das demandas judiciais. Nestes casos, são incluídas no presente Anexo as demais informações disponíveis sobre o risco, como tema em discussão, objeto da ação, natureza da ação ou passivo e instância judicial, conforme recomenda a norma internacional de contabilidade.** Ainda em relação às demandas judiciais, até o ano de 2014, a avaliação dos passivos contingentes da União tomava por base parâmetros internos das Procuradorias. A partir do presente anexo, serão considerados os parâmetros definidos na recém-publicada Portaria AGU Nº 40, de 10 de fevereiro de 2015, que estabeleceu critérios e procedimentos a serem adotados pela Advocacia-Geral da União na prestação de informações sobre ações judiciais ajuizadas contra a União, suas autarquias ou fundações públicas, que possam representar riscos fiscais.”



○ **Passivos contingentes:**

- “O mencionado normativo prevê que sejam informadas as ações ou grupos de ações semelhantes com impacto financeiro estimado em, no mínimo, R\$ 1 bilhão. Além disso, define critérios para classificação dos processos quanto à probabilidade de perda (risco provável, possível ou remoto), levando em consideração especialmente a fase processual das ações.
- **Este anexo compreende processos com probabilidade de perda considerada possível, tendo em vista que, de acordo com o Tribunal de Contas da União (ofício nº 171/2014-TCU/SEMAG), processos com risco considerado como provável deverão ser provisionados pela STN.”**



- “Por fim, é importante ressaltar que a PGFN informa seus riscos com base na Portaria AGU nº 40/2015. A estimativa de cálculo é fornecida pela Receita Federal do Brasil e leva em consideração, na maioria dos casos, a perda total de arrecadação anual e uma estimativa de impacto de devolução, considerados os últimos cinco anos e a totalidade dos contribuintes, de modo **que representa o máximo de impacto ao erário, que pode não se concretizar em sua totalidade.**

Ações contra a União no âmbito do STJ

- **Tema 1: CSSL e IRPJ sobre ganhos de entidades fechadas de previdência complementar.**
- **Réu: União.**
- **Passivo contingente**
- **Risco: Possível, Art. 3º, II, "d", cumulado com o Art. 3º, §2º**
- **Objeto:** Julgar-se-á a legitimidade da incidência da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) sobre os ganhos das entidades fechadas de previdência complementar - equiparadas por lei a instituições financeiras - a partir de mandado de segurança coletivo impetrado por associação que representa diversas dessas entidades. As contribuintes entendem não existir fato gerador quanto à CSLL e ao IRPJ, por supostamente serem
- proibidas de auferir lucros'. O julgamento ainda não foi iniciado.
- **Instância atual:** STJ
- **Estimativa de impacto:** R\$ 19,98 bilhões (Período de 5 anos - 2010 a 2014) e R\$ 3,96 bilhões (2014) segundo dados fornecidos pela RFB. ”



-
- **“Tema 2: Aproveitamento de crédito de PIS e COFINS**
 - **Réu: União**
 - **Passivo contingente**
 - **Risco: Possível**, Art. 30, II, "d", cumulado com o Art. 30, §20
 - **Objeto:** Julgar-se-á acerca do aproveitamento de créditos de PIS e COFINS apurados no regime não cumulativo (decorrente da venda facilitada' de aparelhos celulares) aos débitos existentes no regime cumulativo de apuração daqueles tributos (decorrente da prestação de serviços de telecomunicação). O julgamento ainda não foi iniciado.
 - **Instância atual:** STJ.
 - **Estimativa de impacto:** R\$ 1,05 bilhão para 2014 e R\$ 6,66 bilhões para os últimos 5 anos (2010 a 2014), segundo dados fornecidos pela RFB.

 - **Tema 3: Creditamento de insumos na base de cálculo do PIS e da COFINS.**
 - **Réu: União**
 - **Passivo contingente**
 - **Risco: Possível, Art. 30, II, "d", cumulado com o Art. 30, §2**
 - **Objeto:** Julgar-se-á sobre qual o conceito de insumos para fins de abatimento de crédito do valor a ser pago de PIS/COFINS no regime não cumulativo. O julgamento ainda não foi iniciado.
 - **Instância atual:** STJ.
 - **Estimativa de impacto:** R\$ 50 bilhões somente em 2015 (Memorando 35/2015 da RFB/Gabinete). ”



- **“Ações de Repercussão Geral Reconhecida no STF – PGFN**
- Tramitam atualmente perante o Supremo Tribunal Federal cerca de 147 temas tributários com repercussão geral reconhecida. A classificação dos riscos, de acordo com a Portaria AGU nº 40, de 2015, leva ao resultado de que a probabilidade de perda da maioria absoluta é remota. Com isso, de acordo com os termos da referida portaria, pode ser considerado como risco possível o seguintes temas:
- **Tema 1: PIS e COFINS. Base de cálculo, inclusão do ICMS.**
- **Ré: União**
- **Passivo Contingente**
- **Risco: Possível - artigo 3º, II, "e" e § 2º.** Justificativa: Há precedente recente do Plenário contrário à União e relevância do caso para os cofres públicos.
- **Objeto:** questiona-se a inclusão da parcela relativa ao ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS (sistemática da tributação por dentro).
- **Instância Atual:** STF
- **Estimativa de Impacto:** conforme dados da Receita Federal do Brasil, impacto estimado de R\$ 89,44 bilhões, no período de 2003 a 2008. Este valor foi atualizado pela Nota Cetad/Coest nº 146, de 7 de outubro de 2014, utilizando a SELIC como indexador e chegou-se ao seguinte valor: 2003 a 2008: R\$ 133.620,37 milhões, ao qual adicionou-se o período de 2009 a 2014, no valor de R\$ 116.673,68 milhões, totalizando um valor de devolução aos contribuintes em caso de derrota da União de R\$ 250.294,05 milhões e uma perda de arrecadação projetada para 2015 de R\$ 27,12 bilhões. Para o ano de 2016 foi fornecido um novo cálculo pela Receita Federal do Brasil, em 02.06.2016, no valor de R\$ 19.787 milhões e para o período de 2002 a 2016 um valor de R\$ 101.721 milhões (Cálculos referente a 2016 e ao período de 2012 a 2016, que não constavam da Nota PGFN/CASTF/CASTJ N.º01/2016.)”



- Questões para debate:
 - Foi provisionado?
 - Há uma tendência consequencialista no Tribunais Superiores?
 - O embate entre os direitos individuais e os cofres públicos.
 - Modula-se ou responsabiliza-se?
 - A discussão sobre responsabilidade do Estado: âmbito político ou jurídico?



SILVEIRA, ATHIAS, SORIANO DE MELLO
GUIMARÃES, PINHEIRO & SCAFF
ADVOGADOS

Obrigado!

Fernando Facury Scaff
scaff@silveiraathias.com.br
www.silveiraathias.com.br

Rua Armando Penteado, 352, Higienópolis, SP/SP, fone: 3667.9949