



## Governo refaz normas tributárias contra o contribuinte

Nos últimos seis anos, o governo federal vem adotando uma série de medidas econômicas e fiscais, não só através de atos do Poder Executivo – como portarias, instruções normativas, e as famigeradas medidas provisórias -, como também através de atos legais, do próprio Poder Legislativo.

Habilmente, o governo inviabilizou todas as discussões em torno de uma reforma tributária mais ampla, que contemplasse os interesses de Estados, municípios e dos contribuintes. As alterações, tópicas, atenderam unicamente o interesse do governo central.

Os postulados democráticos lançados pela Constituição Federal de 1988 foram reinterpretados. Potencializou-se a arrecadação de tributos, sobre todas as coisas, revelando um governo cada vez mais pró-fisco e anti-contribuinte, anti-cidadão.

Nesse processo de hipertrofia do poder central, todas as medidas são tomadas sob a justificativa do Plano de Estabilização Econômica, do tão sonhado controle da inflação e da estabilização da moeda.

No entender do governo federal, havia, e ainda há, no nosso ordenamento jurídico, distorções que tornam “incompatíveis” o relacionamento do Brasil com os países desenvolvidos. Tais distorções, na fala oficial, estariam presentes principalmente no campo da legislação tributária, e as medidas tomadas teriam por escopo corrigir esses “desvios”, aprimorar a legislação tributária, e compatibilizá-la com as regras internacionais.

Questionar as razões do governo ou discutir suas diretrizes econômicas seria submeter a análise jurídica à política. Mas cabe examinar em que medida a ordem constitucional permite subordinar os direitos individuais e coletivos dos brasileiros às conveniências do governo.

Contido o furor legiferante das Medidas Provisórias, o governo, com a cumplicidade da maior parcela do Congresso agora transforma suas vontades em leis e emendas constitucionais.

Dentro do sistema governamental de Tripartição de Poderes, o contribuinte enfrenta hoje dois dos três poderes contra ele. E não se sabe até quando se poderá contar com a proteção do Poder Judiciário.

O Poder Executivo, com sua sanha arrecadatária, sempre se revelou anticontribuinte. O Poder Legislativo, apesar de não ter ainda assumido o mesmo papel, está cada vez mais unido ao Poder Executivo, em prol da política econômica, ainda que, para isso, tenha que passar por cima dos cidadãos e, algumas vezes, da legislação que ele próprio criou. O Poder Judiciário, a quem nos resta bater às portas nos momentos de maior desespero, não pode ser considerado um aliado fiel, já que os tribunais superiores, órgãos últimos, são compostos por ministros nomeados pelo presidente da República.

Por enquanto, enquanto permanecerem vigentes as normas que a seguir vamos analisar, e enquanto o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário não se manifestarem a favor da segurança jurídica, não se poderá contar com a sorte ou com a proteção divina para gerir negócios no país.



Para um diagnóstico conseqüente é preciso esclarecer antes quais os limites da atividade financeira e negocial privada e quais os limites da atividade fiscalizatória e arrecadatória do poder público, para que se possa mapear os caminhos que AINDA poderemos percorrer, em termos de planejamento tributário, para tentar sobreviver e superar esta fase de perseguição fiscal. Vejamos.

No início deste ano, produziu-se o Pacote de Medidas Fiscais baixado pelo governo. Em rápido resumo, verifica-se a adoção dos seguintes instrumentos: a Lei nº 10.174/2001, a Lei Complementar nº 104/2001 e a Lei Complementar nº 105/2001.

A primeira delas, a Lei nº 10.174, publicada em 09 de janeiro de 2001, autoriza a utilização, pela Receita Federal, dos dados relativos à CPMF – para a cobrança de outros tributos. Há inclusive previsão legal no sentido de que, caso a Receita Federal, vasculhando tais informações, venha a encontrar valores de origem não justificada, e caso o contribuinte, intimado a prestar esclarecimentos, não justifique a origem de ditos valores, a Receita poderá autuar o contribuinte por omissão de receita.

Já a Lei Complementar nº 104/2001, introduziu uma série de alterações em diversos artigos do Código Tributário Nacional. Esta é alvo de maiores preocupações de nossa parte pela amplitude de conseqüências que suas modificações ensejam.

Principalmente o parágrafo único do artigo 116 do CTN, que passou a permitir ao Fisco a desconsideração certos atos ou negócios jurídicos praticados pelos contribuintes se entender que os mesmos tenham sido praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de “fatos geradores” de tributos.

Há também a previsão de assinatura de tratados para a permuta de informações com Estados estrangeiros, o que claramente visa coibir a remessa de fundos e investimentos de capital no exterior.

Com relação ao Imposto de Renda, a redação de alguns artigos também sofreu algumas alterações. As modificações introduzidas já eram esperadas, mas, mesmo assim, assustam, pois implicam em maior cuidado com relação à atividade de grupos empresarias, à fusão, cisão e incorporação de empresas, e à distribuição de lucros.

Por fim, quanto à Lei Complementar nº 105/2001, podemos afirmar que houve um desdobramento das regras já introduzidas pela Lei Complementar nº 104, direcionando-as especificamente a hipóteses de quebra de sigilo bancário. Assim, as regras da Lei Complementar 105 surgem para viabilizar a DEVASSA fiscal pretendida por todo o pacote de medidas, autorizando a prática de determinados atos pelo Fisco e pelo Banco Central, e obrigando determinadas instituições a contribuírem nesta empreitada.

O Decreto nº 3.274/2001 foi editado regulamentando o art. 6º da Lei Complementar 105. Em seu artigo 3º, o Decreto elenca hipóteses nas quais serão considerados INDISPENSÁVEIS os exames dos dados mantidos por instituições financeiras autorizando a quebra de sigilo.



Destacamos algumas:

I – subavaliação de valores de operações de aquisição ou alienação de bens ou direitos, inclusive quando se tratar de comércio exterior;

II – obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o tomador deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III – prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida (caso dos paraísos fiscais);

IV – remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

V – pessoa jurídica com inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) cancelada ou considerada inapta por ter deixado de apresentar declaração anual de imposto de renda;

VI – pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

VII – negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

VIII – indício de que o titular da conta seria um “preposto” do real titular da movimentação financeira, o que ocorreria nos seguintes casos:

1º. quando as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada; ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior a R\$ 80 mil;

2º. quando a ficha cadastral do sujeito, na instituição financeira, contenha informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.

Diante dessas medidas, a necessidade de um planejamento fiscal bem elaborado se tornou imperiosa.

Soluções caseiras, e muitas vezes comuns como operações de valores não contabilizados por interpostas pessoas OU operações de mútuo envolvendo paraísos fiscais, passaram a representar um risco extremo.

Paralelamente a isso, a regra da Lei Complementar 104 pretende limitar IMENSAMENTE qualquer pretensão de planejamento fiscal, assustando os contribuintes com uma AMEAÇA de desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de elisão.

Na Exposição de Motivos do Projeto da Lei Complementar 104, o Ministro da Fazenda, quis justificar a necessidade de uma norma anti-elisiva afirmando que seria



“um instrumento eficaz para o combate aos procedimentos de planejamento tributário praticados com abuso de forma ou de direito.”

É importante notar que a aprovação deste pacote de medidas fiscais fez parte do acordo entre Executivo e Legislativo para propiciar o aumento do salário mínimo, OU SEJA, com o aumento de arrecadação que se espera dessas medidas foi possível custear a folha de pagamento do Poder Público. Assim, pagaremos duas vezes o aumento do salário mínimo: o dos nossos empregados, e o dos funcionários deles.

A intenção do Governo é claríssima: EVITAR A ELISÃO FISCAL, ou seja, EVITAR A ECONOMIA LÍCITA DE TRIBUTOS. Para justificar o absurdo desta pretensão, evocam a possibilidade de interpretação econômica do Direito e de atos e negócios jurídicos, sob o argumento de que estariam lutando contra SUPOSTOS abusos de forma ou abusos de direito.

É certo que a previsão da norma dirige-se apenas a casos de “DISSIMULAÇÃO”, e prevê a edição de lei ordinária para a regularização da atividade da autoridade fazendária. Mas não há como discernir acerca do que o Fisco entende por DISSIMULAÇÃO. A previsão da norma não estabelece limites para o que a Fazenda pode ou não desconsiderar. Enfim: de acordo com o comando da norma, não há como precisar o que seria elisão fiscal admissível, ou o que seria elisão fiscal inadmissível.

Certo é que, o argumento utilizado pelo Governo Federal – e sob critérios desconhecidos e vagos – é que a elisão fiscal deveria ser eliminada para fazer Justiça! Para exigir de cada contribuinte -, que estivesse em situação de capacidade contributiva equivalente -, contribuição fiscal também equivalente. Estariam empunhando a bandeira do princípio da isonomia, para que todos fossem igualmente obrigados a contribuir para uma sociedade mais justa. Estariam tentando convencer a opinião pública de que a elisão fiscal seria um bicho papão, que come criancinhas e que deve ser perseguido, mas no fundo, no fundo, o que pretendem DESAVERGONHADAMENTE, é aumentar a arrecadação de receita.

Desde já, faz-se necessário um seguinte esclarecimento: ELISÃO não se confunde com EVASÃO FISCAL.

A elisão fiscal é o mesmo que planejamento tributário, e constitui-se, pura e simplesmente numa atividade empresarial absolutamente lícita, desenvolvida de forma estritamente preventiva, para selecionar, dentre as alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico, aquela que resultará em menor ônus tributário para o contribuinte. As diferentes alternativas oferecidas pelo ordenamento podem ser intencionais ou não, na medida que resultem de lacunas da lei, ou de previsões expressas de mais de uma possibilidade de escolha.

Por exemplo: a tributação do imposto de renda de pessoas jurídicas com base no lucro presumido ou com base no lucro real, pode ser considerado um exemplo clássico de elisão fiscal oferecida expressamente pelo ordenamento. Daí se verifica facilmente a licitude desta atividade.

Exatamente o oposto ocorre com a evasão fiscal, esta sim repelida pela lei. É o mesmo que sonegação



---

fiscal, e resulta de ação dolosa praticada com o objetivo de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, OU da ocorrência de um “fato gerador” OU das condições reais do contribuinte.

Daí, é lícito afirmar que a linha divisória que separa a elisão da evasão fiscal é a mesma que separa o lícito do ilícito.

Desta forma, as intenções do Governo Federal ao pretender evitar uma atividade perfeitamente lícita, são, em termos de sociologia e economia política, um retrocesso injustificável, e em termos de hermenêutica jurídica, totalmente ilegais, inconstitucionais e inadmissíveis num Estado Democrático de Direito, que o Brasil tanto pretende ser.

O que se deve deixar claro é que o contribuinte que quer escolher um modo mais eficaz de atingir melhores resultados econômicos ou financeiros, suportando um menor ônus fiscal, não incorre em falta de civismo ou de espírito público.

A Lei Complementar 104/2001, ao autorizar a autoridade administrativa a desconsiderar determinados atos ou negócios jurídicos, caso entenda que foram praticados com “abuso de forma ou de direito”, contém elementos vagos e indeterminados o que, como dito, impossibilitam o conhecimento pelo contribuinte da situação de fato ou de direito a que será submetido, violando frontalmente o princípio da segurança jurídica.

Mais ainda: o princípio da segurança jurídica tem especial relevância entre nós, por ser o nosso ordenamento plasmado no princípio da tipicidade fechada em matéria tributária. Este princípio revela uma garantia constitucional, intransponível pela via de lei complementar, segundo a qual

**PRIMEIRO**, a atividade administrativa está totalmente plasmada e submissa às normas legais. A administração somente está autorizada a fazer aquilo que for expressamente permitido por lei.

**SEGUNDO**, apenas a lei pode obrigar o contribuinte. O Estado não pode exigir tributo sem lei que o defina em todos os seus contornos. Se está ausente, na legislação algum critério conformador de determinada regra matriz de determinado tributo, ou seja, se falta a previsão, por exemplo, da alíquota de determinado imposto, a autoridade está impedida de cobra-lo. Não pode ela, por si, criar o critério faltante para exigir o pagamento do dito imposto, pois somente a lei é que pode fazê-lo.

Com isso, lei nenhuma pode retirar do contribuinte a proteção do princípio da legalidade, pois desta forma deixa-o à mercê da interpretação que cada agente fiscal quiser dar para cada situação particular.

O princípio da legalidade em matéria tributária, obsta a aplicação analógica (**EXPRESSAMENTE VEDADA NO CTN**), como também obsta a interpretação extensiva da lei. Daí não ser possível admitir a pretendida interpretação econômica de atos ou negócios realizados pelo contribuinte para deles extrair qualquer suposta consequência. O Direito opera sobre a juridicização de fatos e, com isso, para fins jurídicos, somente é possível atribuir-lhes interpretação jurídica, desenvolvida sob termos e limites estabelecidos pelo próprio ordenamento .



---

Bilac Pinto, antigo Ministro do Supremo Tribunal, em 1953, já asseverava:

“A admissão da tese de que as autoridades fiscais podem opor uma apreciação econômica à definição legal do fato gerador ou que lhes é facultado eleger, por meio de critérios econômicos subjetivos, um devedor do imposto diverso daquele a quem a lei atribui a obrigação de pagar tributo, equivale a esvaziar o princípio da legalidade do seu conteúdo.

A substituição do critério jurídico, que é objetivo e seguro pelo do conteúdo econômico do fato gerador implica trocar o princípio da legalidade por cânones de insegurança e de arbítrio, incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro.”

Por tudo o que dissemos até agora com relação à análise da Lei Complementar 104, podemos concluir que a mesma revela pretensão inconstitucional do Governo Federal.

Acreditamos que a sua aplicação somente seria possível se estipulasse, expressamente, aquilo que entende por dissimulação, afastando assim tanto a cláusula aberta de sua regra, como a possibilidade de interpretação econômica do seu conteúdo ou do conteúdo de atos e negócios jurídicos praticados pelo contribuinte.

Ademais, o seu complemento por lei ordinária (PREVISTA NO TEXTO), não deve limitar-se apenas a condições procedimentais: deve sim estipular como e em que condições a autoridade fazendária poderá agir, sob pena de a norma tornar-se inócua por esbarrar no princípio da submissão dos atos administrativos à lei.

Para que seja válido o comando da lei complementar, a lei ordinária a ser editada regulamentando-a, deverá especificar as notas que servirão para indicar os casos de dissimulação, deverá especificar os negócios jurídicos que serão questionados e aqueles que serão “aceitos”, em atenção aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Vale lembrar que existem precedentes: o artigo 51 da Lei nº 7.450 de 1985 também pretendia valer-se de previsão genérica para combater a elisão fiscal. Dita norma pretendia incluir sob o espectro de incidência do Imposto de Renda todo e qualquer ganho ou rendimento de capital, independentemente de sua denominação, origem ou destino. Pretendia-se considerar que todo planejamento poderia ser enquadrado como simulação, e toda a movimentação de receita poderia ser enquadrada como ganho ou aumento de capital.

Com tamanha amplitude de aplicação, a norma chegou a ser considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário, e encontrou apenas INEFICÁCIA até entre os agentes da Receita. A sua hipótese geral dependia de regulamentação, que somente poderia advir de outra lei. A partir das manifestações do Poder Judiciário, este modelo de “norma geral” foi paulatinamente substituído por mudanças pontuais na legislação do imposto de renda.

Diante desta experiência passada, que ocorreu antes da nova ordem constitucional, gostaríamos de ter



---

esperanças quanto ao afastamento de todos os dispositivos aqui comentados inseridos pelo Pacote de medidas fiscais do Governo Federal.

Mas nada podemos garantir.

Embora, com a nova ordem constitucional, o contribuinte tenha ficado mais protegido e munido de mais armas contra abusos fiscais, DEVEMOS reconhecer que a realidade brasileira e mundial, atualmente, é muito distinta da que vigia durante a ordem constitucional pretérita. As disputas por poder e por mercados tornaram-se muito mais acirradas. E se, por um lado, acabamos com o regime ditatorial, por outro, o Poder Judiciário, apesar de mais livre, tornou-se muito mais comprometido com forças políticas.

Por ora, como já dito, nos cabe manejar competentemente ambas as linguagens, do Direito e dos negócios, para que possamos bem planejar as nossas atividades, visando ao máximo respeitar as normas vigentes, sem que seja necessária a privação de atos negociais de suma importância em nosso dia-a-dia.

Vimos até agora que à luz dos princípios da estrita legalidade, da reserva absoluta da lei e da tipicidade fechada:

A interpretação econômica (dos atos negociais e das normas legais) não pode prevalecer sobre a interpretação jurídica;

A desconsideração de atos jurídicos somente poderia ser admitida em *numerus clausos*, em norma de aplicação específica e fechada, e nunca em previsão geral e aberta.

E disto tudo, à luz dos mesmos princípios, e como corolário das mesmas conclusões, também podemos afirmar que, diante de atos ou negócios jurídicos nos quais todas as operações forem públicas, oficiais e devidamente comunicadas à Receita, declarando-se expressamente o que se pretende fazer, não poderá haver acusação de dissimulação para fins de desconsideração do negócio.

Bem sabemos que nem sempre é fácil discernir, em tese, se certos atos ou negócios poderão ser enquadrados como elisão ou como evasão fiscal. Como saber, com certeza, se houve dissimulação ou um planejamento fiscal lícito. É com base nesta incerteza, nesta complexidade, nesta dúvida, que o Fisco pretende desconsiderar, a seu bel-prazer, atos ou negócios.

Enquanto persistir, portanto, tão absurda política fiscal, cabe-nos afastar o quanto possível quaisquer dúvidas do Fisco, para evitar processos administrativos fiscalizatórios indesejados.

Baseamo-nos no seguinte: doutrina e jurisprudência, tanto administrativa quanto judicial, concordam que não a possibilidade de acusar o contribuinte ou de anular atos seus se estes tiverem sido praticados dentro de absoluta legalidade.

E para o planejamento fiscal ser considerado perfeitamente lícito, deverá não desviar, mas sim evitar previamente a ocorrência do fato gerador.



Não deve haver fato gerador ocultado. E se, de fato, não houver nada ocultado, queremos crer que não haverá o que desconsiderar para fins de arrecadação a maior.

É que antes do fato gerador ele não é contribuinte, a Fazenda não tem direito algum a opor à sua conduta.

Resta examinar se, do ponto de vista prático, tendo em vista a política que se identifica com esse conjunto de iniciativas, interessa ao país a hipertrofia de seu aparelho fiscal – na medida em que a ela corresponde a atrofia dos negócios e do emprego dos brasileiros.

**Date Created**

09/12/2001