



Planejamento tributário pode levar guerra fiscal aos tribunais

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, analisando um caso típico de planejamento tributário conhecido como “incorporação às avessas” (quando uma empresa deficitária incorpora uma empresa superavitária), entendeu por “não conhecer” recurso especial apresentado pelo contribuinte. Esse “não conhecimento” ocorre quando o Tribunal decide por não adentrar no mérito do recurso, indicando impossibilidade de julgar a demanda.

Há uma série de razões que podem sustentar essa medida, mas, nos limites deste texto, basta saber que ao STJ não é permitido rediscutir provas já firmadas nos autos, cabendo apenas decidir sobre a correta aplicação do direito aos fatos que, necessariamente, precisam estar constituídos pelas provas produzidas nas instâncias inferiores.

A partir deste julgamento, muitas notícias foram veiculadas, ora indicando que o Tribunal teria julgado a própria legalidade de se realizar incorporações às avessas, fomentando atuação mais rígida da Receita Federal na fiscalização de operações similares, ora apresentando posicionamentos segundo os quais os julgamentos acerca da legitimidade de planejamentos tributários ficariam sob a responsabilidade dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, ante a impossibilidade de reapreciação de matéria de prova pelo STJ.

As duas posições, no entanto, não refletem a melhor interpretação do direito.

Realmente, o STJ não deve ser entendido como uma terceira instância judicial. A Constituição prevê o duplo grau de jurisdição como direito fundamental, não havendo ofensa desse direito pela existência de restrições de acesso aos Tribunais Superiores.

Ao STJ cabe a uniformização da legislação federal, não podendo, uma vez acessado pela via do recurso especial, servir de instância voltada à rediscussão de provas. A jurisprudência do próprio Tribunal é uníssona em acatar esse entendimento, confirmado, inclusive, por sua Súmula nº 7, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Isso, no entanto, não significa que estará vedada ao Tribunal a valoração das provas trazidas aos autos. Há uma diferença entre a simples reapreciação da prova e sua valoração jurídica. Tanto é assim que, consultando os precedentes que levaram à edição da referida Súmula, percebe-se que a jurisprudência sempre distinguiu entre requalificação legal e valorativa da prova produzida, de um lado, e reexame de prova, do outro.

Em jornalismo, costuma-se diferenciar os fatos das versões. No direito brasileiro, por influência de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Paulo de Barros Carvalho, a mesma dicotomia pode ser apresentada, diferenciando-se os eventos dos fatos. Os eventos só podem ser convertidos em fatos quando estiverem amparados em provas. Uma vez constatada a existência do fato, discute-se qual a melhor aplicação do direito.

Logo, existem, pelo menos, dois tipos de discussão. A primeira concentrada na constituição ou não de



determinados eventos em fatos, pela apreciação de provas, enquanto a segunda dedica-se, superada a questão anterior, a verificar o direito aplicável ao caso.

Quando um processo chega ao STJ pela via do recurso especial, a primeira discussão precisa estar encerrada. Não deve haver dúvidas acerca dos fatos, não cabendo reapreciação de tal ou qual acontecimento provado nas instâncias inferiores. Para o direito, os fatos aconteceram e ponto final.

O segundo tipo de discussão, no entanto, pode e deve encontrar acolhida nos Tribunais Superiores. Essa, diga-se, é sua função constitucional. Assim, nos casos de apreciação da validade de planejamentos tributários, o STJ terá plena competência para, consubstanciado na convicção dos fatos firmados nos autos, apreciar a matéria de direito para entender se é ou não caso de simulação e, com isso, diferenciar a conduta do sujeito passivo como elisão (lícita) ou evasão fiscal (ilícita).

Essa questão ganha importância porque as grandes discussões que existem em torno da legalidade dos planejamentos tributários não se dão ao nível dos fatos, mas quanto à correta aplicação do direito. A linha divisória entre os atos simulados e os negócios jurídicos indiretos (estes permitidos pelo ordenamento) é muito tênue, havendo aí um grande espaço de atuação do STJ na conformação de um arcabouço jurisprudencial acerca das limitações ao planejamento tributário.

É certo que o STJ não pode apreciar, em tese, a legalidade de determinado planejamento tributário, já que a caracterização de licitude dependerá da análise de cada caso concreto, sendo incorreto, portanto, o entendimento de que o Tribunal condenou, para todos os casos, a realização de incorporação às avessas. Isso, no entanto, não afasta sua competência para julgar sobre o direito aplicável, conformando quais os limites que os contribuintes terão de respeitar para ver sua conduta de economia fiscal tomada como lícita, o que demonstra, também aqui, incorreção na afirmação de que os planejamentos tributários não podem ser apreciados pelo STJ.

Não é crível que se imagine a inexistência de uniformização jurisprudencial em tema tão importante, por equivocada aplicação da Súmula 7. Interpretação pela incompetência do STJ em analisar planejamentos tributários adotados pelos contribuintes pode, em última análise, propiciar a existência de diversos regimes jurisdicionais no Brasil sem a possibilidade de uniformização, fomentando a atração ou expulsão de determinados contribuintes em razão da práxis (flexível ou não) que venha a ser construída pelos Tribunais espalhados pelo país, o que pode fomentar uma espécie de guerra fiscal jurisdicional, intencional ou não, altamente danosa à Federação, agora tendo como protagonista, não mais o Poder Executivo, mas os Tribunais do País.

Date Created

19/09/2010