



ações contra planejamentos tributários abusivos

“Você precisa de alguém que te dê segurança/

Senão você dança, senão você dança.”
(*Segurança*, Engenheiros do Hawaii)

No dia 17 de setembro, Fernando Gabeira assim começava sua coluna dominical no jornal *O Globo*:

“Nas circunstâncias nacionais, parece uma heresia lembrar que está chegando a primavera. Mas, além de boa notícia, é algo de que estou seguro. Algo que posso anunciar nas segundas-feiras, quando tento prever os fatos da semana, num programa de rádio. Em nosso processo histórico tão imprevisível, a constância das estações do ano é um bálsamo”[\[1\]](#).

A certeza da chegada da primavera na sexta-feira, 22 de setembro, veio acompanhada da incerteza do que poderia suceder a diversos moradores da Rocinha e de bairros da zona sul do Rio de Janeiro, dela vizinhos, em razão da guerra de facções criminosas que se instaurou naquela comunidade, em sangrenta disputa por seu controle territorial.

Naquele mesmo dia em que chegava a primavera, numa Belo Horizonte repleta de ipês em flor, assistia ao encerramento do XXI Congresso Internacional de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Tributário (Abradt), tendo como tema “Moralidade do Estado e do contribuinte” e homenageado o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal.

Um olho na mesa de palestras, outro no celular, acompanhava os acontecimentos e comunicava-me, angustiado, com mulher e filhos. Enquanto buscava saber se estavam todos bem, desfrutava das palestras dos professores, queridos amigos e anfitriões Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Derzi, representantes da mais consistente doutrina jurídica nacional em matéria tributária. Apreensivo, também ouvi com atenção o ministro João Otávio Noronha e o ex-ministro Gilson Dipp, ambos do Superior Tribunal de Justiça, palestrarem, respectivamente, sobre os temas “Imunidade recíproca e dos impostos do próprio ente político” e “Perplexidades da repatriação e dos acordos de leniência: moralidade e questões fiscais”.

Mas perplexo estava mesmo com as notícias de tiros em São Conrado, fechamento da autoestrada Lagoa-Barra, principal via de ligação das zonas sul e oeste da cidade, e de uma suposta fuga de marginais pelas encostas do alto Leblon, que teria culminado na invasão do clube federal. Minha filha perguntava a que horas eu voltava, minha mulher coordenava a saída antecipada dos meninos das escolas, e eu só pensava no que iria encontrar quando regressasse.

Um bálsamo, qual a constância das estações para Gabeira, foi a tocante, sincera e, sobretudo, fraterna saudação feita ao homenageado do congresso pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres de Britto, uma das mais interessantes personalidades da cena jurídica nacional. Jurista-poeta, ou primeiro poeta e depois jurista, como prefere, Ayres de Britto saudou seu sucessor na cadeira do STF, o ministro Barroso, a quem atribuiu qualidades de três “s”: sensibilidade, serenidade e sensatez, qualidades às quais adicionaria mais três “s”: sabedoria, sinceridade e segurança.

O ministro Barroso brindou-nos com uma fala de homem *sensível* aos anseios dos jurisdicionados. *Serenamente*, relatou sem adjetivos fatos com os quais se tem deparado no exercício de seu *munus publico* e que atordoam nossa cidadania. Com *sensatez*, mostrou os caminhos que o Direito reserva. Foi *sábio* ao se posicionar com altivez, dignificando o cargo que ocupa, contra qualquer retrocesso nas conquistas da cidadania. Com *sinceridade*, revelou suas ideias à audiência e sempre, em todos os momentos, *seguro* de si, jamais deixou de zelar pela *segurança* dos jurisdicionados que num Estado Democrático de Direito se obtém pelo Direito e só pelo Direito.

Vivemos tempos difíceis no Brasil. Passamos a limpo práticas escusas vistas como naturais em uma sociedade patrimonialista, em que os interesses privados se satisfaziam por meio do Estado. Quanto maiores intervenções e ações estatais, maiores os beneplácitos a uma casta de privilegiados. O processo de depuração ética em andamento, que recrimina e incrimina políticos, prestadores de serviços financeiros e empresários, também encontra repercussões em matéria tributária. Algumas foram discutidas em Belo Horizonte.

O quadro geral foi brilhantemente gizado pelo ministro Barroso, e, no particular, três falas suscitaram interessantes problemas e nos trouxeram relevantes informações. Refiro-me às palestras: (i) "Atos ilícitos e tributação", do professor titular da USP Luís Eduardo Schoueri; (ii) "Planejamento estratégico de fiscalização da Receita Federal do Brasil – O Relatório SUFIS 2017/2016", do delegado da Receita Federal em Belo Horizonte Mario Dehon; e (iii) "Multas qualificadas e agravadas e representação fiscal para fins penais: hipóteses de cabimento", do professor do IBDT e conselheiro titular da 3ª Seção do Carf Carlos Augusto Daniel Neto.

A palestra do professor Schoueri discorreu sobre tema que decerto será amplamente discutido nos tribunais administrativos e judiciais e que diz respeito à aplicação do artigo 118, I do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual:

“A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”.

Trata-se da positivação do princípio *pecunia non olet* (dinheiro não cheira), expressão cunhada pelo imperador Vespasiano quando, respondendo a seu filho Tito, que criticava a instituição de um tributo sobre o uso de mictórios públicos, mostrou-lhe uma moeda de ouro dizendo que não tinha qualquer odor.

Os recursos obtidos ilicitamente com o superfaturamento de obras públicas, as propinas pagas a políticos de diversos matizes ideológicos, as vultosas transferências de recursos para operadores financeiros são rendimentos que podem ser taxados junto àqueles que os auferiram pelos tributos que incidem sobre a renda e as receitas.

Mas o que dizer do outro lado dessas mesmas moedas? O que fazer com os custos incorridos para a obtenção dessas receitas? Seriam as propinas pagas a políticos despesas normais, usuais e necessárias à obtenção da renda tributável em que a parcela superfaturada da obra pública consistiu? Afinal, sem comissão haveria contratação? Revestindo essas características de “normalidade”, “usualidade” e “necessidade”, seriam despesas dedutíveis na dicção do artigo 299 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99)? Não sendo caixa dois, e sim uma receita de sobrepreço, o certo é que nas prestadoras de serviços a estatais esses valores foram devidamente tributados, porque não aceitar a dedução dos custos? Na ausência de disposição legal proibitiva expressa, que fundamentos afastariam a incidência da tributação apenas sobre a renda líquida, sobre o efetivo acréscimo patrimonial?

Essas provocações de uma mente brilhante como a do professor Schoueri nos fazem sair da aula com mais dúvidas que certezas. Na mesma hora recordei-me de entrevista^[2] do filósofo Gilles Lipovetsky ao jornal *O Globo*, por ocasião de sua vinda ao Rio de Janeiro para participar de um evento sobre educação, em que disse:

“A boa educação é aquela que permite à pessoa distinguir e hierarquizar a informação. (...) O conhecimento do fato é importante, mas não tanto quanto o quadro conceitual, que permite entender o que pesquisar e estudar. Quando se tem repertório intelectual, a desorientação frente à oferta de informações é menor. Deve-se ensinar a ser inteligente, pois a memória hoje esta no computador, mas o pensamento não. E sem o pensamento, estamos perdidos”.

O investimento no pensamento, na inteligência, é o que se extrai do Relatório Sufis 2016/2017^[3], que foi apresentado pelo carismático Mario Dehon, um palestrante excepcional que soube cativar o público e sintetizar as importantíssimas ações que têm sido adotadas pela Receita Federal para aprimorar a fiscalização dos contribuintes, bem como para prestar contas das medidas adotadas no contexto das operações do Ministério Público e da Polícia Federal^[4]. Referido relatório é uma peça que deve ser estudada e, certamente, sua ampla divulgação é mais um passo de uma irreversível caminhada de

alinhamento entre contribuintes e Estado em busca de respeito e transparência.

No entanto, essa mesma peça tem passagens bastante preocupantes para a segurança jurídica dos empreendedores, especialmente para as grandes empresas, maiores contribuintes e empregadores do Brasil. O relatório aponta como alvo prioritário os ditos grandes contribuintes, que representam 0,01% das empresas do país e respondem por 61% da arrecadação — o que é natural —, mas justifica o incremento da arrecadação ao longo dos anos pela adoção como diretriz do “*efetivo combate aos planejamentos tributários abusivos, normalmente exercidos por contribuintes com maior capacidade contributiva*”.

Ora, mas quem diz o que é planejamento tributário abusivo? Não é a lei (objetiva), mas a vontade (subjéctiva) do Fisco. Os próprios exemplos dados no relatório confirmam que há uma ação coordenada para aplicação não da lei vigente, mas de uma lei desejada pela fiscalização.

As autuações contra planejamentos tributários abusivos atacaram todas as operações que envolveram amortização fiscal do ágio com fundamento na disciplina da Lei 9.532/97, exigindo requisitos que não constavam da lei; esses requisitos vieram a constar de lei posterior — a Lei 12.973/2014. Atacaram e desrespeitaram tratados internacionais contra a dupla tributação para impor a aplicação do regime esdrúxulo do artigo 74 da MP 2.158-35/01; o regime foi modificado nessa mesma Lei 12.973/2014 para (tentar) afastar a aplicação dos tratados. Recusaram reconhecer a legitimidade da bipartição de contratos de prestação de serviços e afretamento de embarcações na indústria do petróleo; depois, em medida provisória (MP 795/2017), criaram um sistema de tributação parcial do afretamento, que confirma a inexistência de regras contrárias ao modelo originariamente adotado.

Ora, onde estava o abuso? No comportamento do contribuinte conforme a lei vigente? Parece-nos que não. O abuso está na ação fiscal que desrespeita o direito positivo e ataca os particulares com construções subjéctivistas, imiscuindo-se na liberdade de contratar e constituindo uma obrigação tributária, além das rígidas fronteiras da legalidade, marco necessário da segurança jurídica, fixado como garantia constitucional.

E o que é pior. Essas acusações vêm invariavelmente acompanhadas da aplicação de multas escorchantes e representações fiscais para fins penais, formalizadas em 27,05% de todas as ações fiscais encerradas em 2016, como apontado na terceira palestra a que me referi, do professor Carlos Augusto Daniel Neto.

Aliás, *last but not the least*, a palestra do conselheiro do Carf foi extremamente didática na diferenciação dos conceitos de multa agravada e multa qualificada, na demarcação dos limites para a qualificação aos casos de sonegação, fraude e conluio, demonstrando como a jurisprudência tem lidado com a aplicação exacerbada de multas qualificadas a todo e qualquer planejamento tributário considerado abusivo ou simulado. O palestrante termina referindo que a própria doutrina de Marco Aurélio Greco, inspirador intelectual dos autos de infração contra planejamentos tributários, repudia a aplicação de penalidades aos casos em que a opção fiscalmente menos onerosa adotada pelo particular seria rejeitada pelo Fisco com base em uma divergência de qualificação^[5].

A facilidade com que se acusaram de abusivos os comportamentos previstos em lei, exigindo-se requisitos de validade que apenas foram positivados posteriormente à política de terra arrasada das autuações fiscais, confirma que abusivos são os autos de infração que contrariam a lei, e não o legítimo

exercício do direito de planejar nos limites da lei. Esse comportamento do Fisco apenas contribui para afastar investidores, inibir o empreendedorismo e incentivar o êxodo dos nossos profissionais mais capacitados.

Lamentavelmente, insegurança é o que vivenciamos em todos os planos. E, sem segurança, como dizia a letra da canção dos anos 1980, você dança. Dançamos?

[1] <http://gabeira.com.br/primavera-quem-diria>

[2] <https://oglobo.globo.com/sociedade/precisamos-formar-pessoas-que-pensem-diz-filosofo-frances-21830107>

[3] <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-2017-e-resultados-2016.pdf>

[4] "Lava jato", Leech, Ararath e zelotes.

[5] *Planejamento Tributário*, 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 558.

Date Created

04/10/2017