

## Direito tributário em 2019: compasso de espera e punitivismo



**Fernando Facury Scaff**  
Tributarista e professor

Recebi expressa delegação do Raul Haidar, com quem divido esta coluna,

para desejar a todos os leitores um Feliz 2020, e fazer um breve resumo dos fatos mais importantes deste ano que finda.

O direito tributário brasileiro viveu em *compasso de espera* em 2019, a despeito do turbilhão de fatos impactantes ocorridos, muitos dos quais buscaram *punir* criminalmente o contribuinte.

Desde os primeiros dias do ano discute-se *reforma tributária*, sempre no âmbito constitucional, como se desejássemos refundar o país de forma a-histórica, deixando de lado os debates já ocorridos e as experiências vividas nos mais de 30 anos da Constituição de 1988.

Duas propostas galvanizaram as atenções. A PEC 45, proposta pelo deputado Baleia Rossi, com base em um projeto elaborado pelo CCiF – Centro de Cidadania Fiscal, capitaneado pelo economista Bernard Appy, e a PEC 110, apresentada por um conjunto de senadores, tendo a frente o Presidente do Senado, Davi Alcolumbre, tendo por base o projeto do ex-deputado Luiz Carlos Hauly. Ambas visam acabar com o ICMS e em seu lugar criar dois tributos sobre o consumo: o *IBS* – Imposto sobre Bens e Serviços, e um imposto *seletivo*, que tem distintas configurações em cada projeto. A matéria foi bastante discutida, tendo a proposta do Senado já recebido parecer favorável da Comissão encarregada de sua análise.

O Poder Executivo não apresentou uma proposta, apenas ideias para debate, tendo inclusive flertado em diversos momentos com a volta da famigerada CPMF, o que acarretou a exoneração do Secretário da Receita Federal, Marcos Cintra.

---

No apagar das luzes de 2019 foi criada uma Comissão Mista para análise das duas PECs em conjunto com as ideias apresentadas pelo Poder Executivo, o que se reveste de uma boa iniciativa, pois dá direção aos trabalhos e unifica o trâmite, permitindo que os debates possam fluir com maior eficácia. Espera-se que a Comissão interaja com a sociedade a fim de apurar eventuais excessos arrecadatários e inconstitucionalidades que estavam presentes nos dois projetos.

O excessivo foco na mudança constitucional tributária desvia a atenção do muito que há a ser feito no âmbito infraconstitucional, para melhorar o clima dos negócios. É uma pena que esse prisma de atuação não esteja na mira do governo.

Dois aspectos, contudo, não saem da alça de mira do Ministro Paulo Guedes. Restabelecer a incidência de imposto de renda sobre lucros ou dividendos, o que, se aprovado, modificará substancialmente o regime jurídico das empresas brasileiras, trazendo de volta o debate sobre DDL – Distribuição Disfarçada de Lucros, que havia sido soterrado desde 1994 ([Projeto de Lei nº 6037/19](#)), e acabar com [dedução de gastos](#) com saúde e educação no Imposto de Renda de Pessoas Físicas. Aguardemos.

Um assunto de relevo que decidido pelo Congresso em 2019 foi a Reforma da Previdência, cujos reflexos tributários já foram submetidos ao STF através de diversas ADIs nas quais se discute o *efeito confiscatório* da alíquota de 22% estabelecida para quem receber acima do teto constitucional de R\$ 39 mil mensais. Embora todos saibamos que existem servidores públicos que recebem acima do teto constitucional, confesso ser curioso regular a matéria através da tributação; melhor seria usar o direito para impedir a existência de qualquer *fura-teto*, mas parece ter sido isso o que foi possível de ser feito. O relator das ADIs é o Ministro Roberto Barroso.

Também foi destaque a propalada determinação do Poder Executivo de [não aprovar mais](#) qualquer Refis. Todavia, foi editada a Medida Provisória 899, que regula a *transação tributária*, denominada de *contribuinte legal*, que cria uma espécie de *Refis permanente*, pois permite que o Poder Executivo, a qualquer momento, lance um edital para que os contribuintes que nele se enquadrem obtenham parcelamentos e redução de multas e juros. Sem dúvida é uma iniciativa positiva, mas o afastamento do Poder Legislativo de todo esse processo é um *salvo conduto* para o Poder Executivo incluir quem bem entender nesse rol. É muito poder concedido ao Executivo sem o contrapeso institucional do Legislativo.

Foi também aprovada a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), com pequeno temário tributário, destacando-se a criação de um comitê para gerar súmulas que vinculem o CARF, a RFB e a PGFN, e normas referentes à desconsideração da pessoa jurídica.

Outro aspecto relevante, que deixou a sociedade em compasso de espera, foi a decisão do STF sobre a modulação dos efeitos do [RE 574.706](#) (tema 69) já transitado em julgado, sobre a utilização do ICMS na base de cálculo do Pis e da Cofins. A matéria chegou a ser pauta para julgamento em 2019, mas foi transferida para 1º de abril de 2020 – será que, em face da emblemática data escolhida, o contribuinte fará o papel de bobo e verá seu direito protelado a perder de vista?

Grande celeuma foi causada pela decisão do STF no RHC 163.334, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de criminalizar o não pagamento do *ICMS próprio*, tendo sido fixada a seguinte Tese: “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”. Observa-se, contudo, que, ao incluir no texto aprovado expressões referentes à *contumácia* e ao *dolo*, obrigará a ser perquirido no curso da ação penal se o contribuinte agiu dessa forma. Foi criminalizada a situação dos *devedores contumazes*, assunto sob análise no Congresso através do Projeto de Lei 1646/19, o que é diferente da situação da imensa maioria dos empresários, que só ocasionalmente se tornam inadimplentes. O erro está em que todos serão processados criminalmente, e só no curso da ação é que tais requisitos terão que ser comprovados pela defesa. O *crime de apropriação indébita*, que era *objetivo*, passou a ser *subjetivo* nesta hipótese. Para usar uma frase antiga, *o perigo é o guarda da esquina*, que vai criminalizar a todos, e quem quiser e puder, que prove não ter agido de forma contumaz e sem dolo. Ou seja, a presunção de inocência foi para o ralo, em mais uma etapa do punitivismo que assola a sociedade brasileira.

É nesse sentido que foi considerado constitucional o compartilhamento dos relatórios do COAF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, resguardado o sigilo das informações (RE 1055941). Ou seja, o Poder Judiciário, através desta decisão do STF, decidiu se auto restringir em prol do Executivo, o que é temerário. Mais uma vez é um excesso de poder no Executivo sem o contrapeso institucional do Judiciário.

Outras decisões do STF também foram destaque na matéria tributária. As ADIs 3786 e 3845, relatadas pelo Ministro Alexandre de Moraes, estabelecendo que qualquer alteração na forma de cobrança da dívida ativa (seja ela tributária ou não-tributária) exige lei em sentido estrito, não sendo suficiente uma Resolução do Senado. Também merece destaque a SS 5.282, relatada pelo Ministro Fux, que concedeu liminar reconhecendo a legitimidade do voto de qualidade no CARF, o que é uma decisão inadequada, pois vai contra todo o peso histórico do mítico voto de Minerva, sendo que, no caso, se trata de um *voto duplo*, o que reforça sua iniquidade. E foi confirmado através do RE 940769/RS, relatado pelo Ministro Edson Fachin, que sociedades de advogados têm direito ao regime do ISS sob alíquotas fixas, o que sepulta um debate que remanesceia junto às municipalidades brasileiras.

O STJ também se destacou em 2019, com relevo para duas decisões. A que definiu [prazo de cinco anos](#) para cobrança tributária de sócios e administradores, e a aprovação de [três novas súmulas](#) sobre prazos decadencial e prescricional.

Uma ida-e-vinda de 2019 ocorreu através da MP 892, que dispensava a publicação de balanço de companhias abertas em jornais impressos de grande circulação. A MP foi rejeitada pela Comissão Mista do Congresso, sob o fundamento de ser inconstitucional, e, posteriormente, perdeu sua validade, pois não foi convertida em lei dentro do prazo máximo de 120 dias, a despeito de seus efeitos já estarem suspensos por decisão do STF (ADI 6.229).

Em um ponto não houve *compasso de espera* em 2019: foi mantida a *fúria arrecadatória* brasileira. A Receita Federal passou a [cobrar IOF](#) de recursos vindos do exterior, encarecendo as exportações. Aliás, existe forte ameaça, vinda do Congresso, de permitir que os Estados voltem a tributar as exportações, o que seria nefasto. A Receita Federal também passou a [tributar doações](#) feitas a residentes ou domiciliados no exterior. E passou a ser necessário que todas as sociedades nacionais e estrangeiras identifiquem seus beneficiários finais à Receita Federal do Brasil, com algumas exceções, conforme a IN 1.863.

Nesse panorama, acrescido da *guerra comercial* entre os Estados Unidos e a China, não surpreende que tenha havido [queda das exportações](#) brasileiras em 2019, o que se intensificará com as sobretaxas estabelecidas pelos norte-americanos.

Em contrapartida, a arrecadação federal vem crescendo, o que implica em dizer que as pessoas físicas e as empresas terão pago [mais tributos](#) à União em 2019 do que em 2018. O mesmo cenário é previsto para Estados e Municípios. Deve-se aguardar os resultados consolidados para poder fazer afirmações peremptórias, mas esta é a tendência verificada a partir daqui.

Enfim, 2019 foi um ano em que o Direito Tributário viveu em *compasso de espera*, principalmente em razão dos debates sobre a Reforma Tributária e a decisão sobre a modulação dos efeitos da retirada do ICMS da base de cálculo do Pis e da Cofins. As novidades, ruins, ficaram por conta do aumento da carga tributária e da *criminalização* de comportamentos fiscais dos contribuintes. Pontualmente, aqui e ali, algumas decisões positivas foram tomadas, pelo governo e pelos Tribunais.

Espera-se que esta tendência ao *punitivismo* fiscal se reverta, arrefeça a busca por aumento de arrecadação, e o governo descubra que pode fazer a reforma tributária necessária sem alterar substancialmente a Constituição. Se estes passos forem tomados, certamente 2020 será um ano em que a *espera* se transformará em *aceleração*.

PS: Embora a responsabilidade pelo texto seja minha, agradeço aos meus atuais e ex-orientados a colaboração na lembrança de diversos dos fatos acima narrados.

### **Date Created**

30/12/2019