Dias de Souza: “Jabutis” no IR sobre rendimentos no exterior

Em 1º de maio de 2023, o presidente da República editou as Medidas Provisórias 1.171 e 1.172. A primeira pretendeu alterar a legislação tributária, para atualizar a tabela do Imposto de Renda da Pessoa Física e para modificar a tributação de rendimentos no exterior. Já a segunda teve por objetivo reajustar o valor do salário mínimo. Para ambas, adotou-se a justificativa genérica de que haveria urgência e relevância em aumentar a renda disponível e a capacidade de consumo das famílias brasileiras.

À época, o diploma relativo ao IR sobre os rendimentos do exterior foi objeto de diversas críticas. De um lado, por não ser cabível medida provisória para tratar da matéria, pois não existia qualquer situação de fato cuja relevância e urgência tornasse razoável a tramitação acelerada, daí ter havido uma tentativa de invasão à competência do Congresso. De outro, porque as alterações pretendidas padeciam de inconsistências técnicas graves, consistentes em exigir tributo em situações que não correspondem a efetiva aquisição de renda.

Desde então, a MP atinente à tributação da renda não teve qualquer tramitação, nem mesmo a instalação de comissão mista para examiná-la. Já a segunda passou pela respectiva comissão e foi efetivamente examinada, com parecer do relator pela sua aprovação. Contudo, o Projeto de Lei de Conversão ali elaborado incorporou o texto da MP 1.171 relativo às alterações no imposto de renda ali prevista. Ou seja, o colegiado instaurado para tratar de uma MP (1.172) inseriu disposições que se encontravam em outra MP (1.171), em detrimento do colegiado especificamente destinado a discutir e examinar esta última, nos seus detalhes.

Ocorre, entretanto, que, ao assim proceder, a comissão mista instaurada para análise da MP 1.172 não só manteve as impropriedades técnicas contidas no texto original da MP 1.171, as quais serão objeto de considerações à parte, mas, também, realizou uma "manobra" que viola o devido processo legislativo e, portanto, é inconstitucional.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De fato, no regime democrático-republicano estabelecido pela CF/88, as funções estatais são divididas entre os Poderes. Cabe ao Legislativo a de expedir leis; ao Executivo, a de dar-lhes fiel cumprimento; e, ao Judiciário, a de controlar a legitimidade dos atos dos demais. Essa separação, no entanto, comporta exceções, como a edição de medidas provisórias pelo Chefe do Poder Executivo, com força de lei, em caso de relevância e urgência. Isso, porque certas situações não podem aguardar o processo legislativo regular para receber disciplina adequada, sob pena de prejuízo a direitos que requerem proteção (*periculum in mora*).

Justamente por se tratar de competência atípica, excepcional e cautelar, seu exercício supõe motivação, com a demonstração de anomalias no mundo dos fatos que exijam a produção imediata de normas com força de lei. Daí a MP só poder disciplinar aquele específico fato que tenha ensejado sua edição e do qual decorra a atuação normativa extraordinária do Chefe do Executivo, e nenhum outro. Afinal, se a norma se reporta ao fato e o fato justifica a norma, a ausência de pertinência entre o conteúdo do diploma e o caso que ele pretende regular geraria um problema de (in)competência, com a inconstitucionalidade das regras que não tenham relação com caso que justificou a MP.

Tal vício pode ser perpetrado tanto pelo Poder Executivo, ao incluir tais normas na redação original da medida provisória ("caronas"), quanto pelo Poder Legislativo, ao introduzi-las durante processo de sua conversão da MP em lei ("jabutis"). Afinal, se o Poder Executivo não pode utilizar de forma anômala a medida provisória, para evitar o processo legislativo normal, também não pode o Poder Legislativo fazê-lo, aproveitando-se do rito diferenciado de tramitação da medida provisória, o que configuraria abuso de poder e fraude à Constituição.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que *"devem ser consideradas impertinentes, do ponto de vista temático, e qualificadas como 'contrabando legislativo', emendas que versem assuntos totalmente alheios, estranhos, sem nenhuma conexão ou afinidade com o tema da medida provisória"*. (STF, ADI 5.769, relator ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJ 10/01/2023).

À primeira vista, tal entendimento poderia transmitir uma sensação de ausência de critérios para o controle de medidas provisórias, cuja banalização tem se acentuado nos últimos anos. Afinal, em certas circunstâncias, pode não ser fácil definir o que sejam *"assuntos totalmente alheios, estranhos, sem nenhuma conexão ou afinidade com o tema da medida provisória"*, expressão que alguns poderiam considerar juridicamente indeterminada, com os problemas daí decorrentes.

Ocorre, no entanto, que, embora essas dificuldades realmente possam existir, elas adstringem-se às situações limítrofes, distantes de um "núcleo de certeza" quanto ao sentido de afinidade temática. Mas, com exceção a essas "zonas de penumbra", podem e devem ser utilizados os contrastes já estabelecidos pela Suprema Corte, nas ocasiões em que ela avaliou se havia ou não pertinência temática entre as normas inseridas e o "caso" que a MP pretendeu regular. Vejamos.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Na ADI 5127/DF (DJ 15/10/2015), considerou-se inexistir afinidade temática, quando normas atinentes ao exercício da profissão de contador foram inseridas no processo de conversão da MP 472, de 2009, que veiculava incentivos fiscais variados (infraestrutura, P&D, aviação, marinha mercante). Além disso, na ADI 5135 (DJ 07/02/2018), entendeu-se que a inclusão das Certidões de Dívida Ativa (CDAs) no rol de títulos sujeitos a protesto (matéria fiscal e notarial) não guardava relação de pertinência com o objeto original da MP 577, de 2012, que alterava as regulações do setor elétrico.

Já na ADI 5769/DF (DJ 28/11/2022), entendeu-se legítima a adição de normas sobre o exercício da profissão de radialista na MP 747, de 2016, editada para "modernizar as regras" aplicáveis às "empresas de radiodifusão, em face da obsolescência da atual regulamentação" do setor. Da mesma forma, na ADI 6928, validou-se a inserção de normas que facilitavam o acesso ao auxílio por incapacidade temporária na MP 1006, de 2020, editada para modificar as regras previdenciárias durante o período da Covid-19.

Por fim, no julgamento (ainda em curso) da ADI 6399, formou-se maioria no sentido de ser válida a incorporação de norma de processo administrativo tributário federal (critério de desempate no âmbito do Carf) em MP que tratava da transação tributária.

Portanto, embora ainda não exista uma "doutrina" completa da Corte Suprema a respeito do que seja pertinência temática para fins de controle de constitucionalidade de medidas provisórias, o exame lógico-sistemático de seus julgados já revela a existência de um *discrímen* consolidado para extremar as zonas de certeza negativa e positiva nessa análise. Afinal, os precedentes em questão implicam que, se a norma inserida no projeto de conversão diz respeito a uma competência material distinta daquela invocada para a edição da MP, há vício de impertinência e, portanto, invalidade.

De fato, nesse repertório jurisprudencial, foi o critério da competência de base que permitiu ao STF afirmar que não se pode regulamentar a profissão de contador via MP/lei que dispõe sobre matéria tributária, mas ser possível disciplinar a de radialista via MP/lei que tratava do próprio setor em que o ofício há de ser exercido (radiodifusão). Ou, ainda, que não é possível tratar de matéria fiscal e notarial num diploma que dispunha sobre regulações do setor elétrico, mas que se pode inserir regra de processo administrativo tributário em diploma cujo objeto (transação) supunha, em alguma medida, alterar as normas de resolução de litígios administrativo-tributários.

Em suma, longe de remeter a análise ao emprego de conceitos indeterminados, com os problemas de insegurança daí decorrentes, os julgados da Corte Suprema a respeito da matéria partem de um critério objetivo, qual seja, o cotejo entre a competência constitucional invocada para a edição originária da MP e os conteúdos normativos a ela inseridas durante o seu processo de conversão.

No caso em exame, é evidente que as medidas provisórias em questão foram editadas no exercício de competências constitucionais distintas. De fato, a MP 1171 o foi com amparo na competência da União para tratar sobre o imposto de renda, de sua titularidade (CF, artigo 153, III), enquanto a MP 1.172 decorre da competência do poder central para dispor sobre salário-mínimo, de cunho trabalhista (CF, artigo 22, I) e social (CF, artigo 7º, IV). Por isso, as regras tributárias veiculadas pela primeira não poderiam ter sido incorporadas ao projeto de lei de conversão da segunda MP.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Com efeito, a tributação da renda em nada tem a ver com a defasagem do salário-mínimo. E, embora as MPs se refiram à necessidade genérica de aumentar a renda disponível e a capacidade de consumo dos brasileiros, fato é que pretenderam resolver problemas de base distintos. No caso do salário-mínimo, procurou-se recompor a inflação do ano anterior e garantir um aumento real. Já no caso da tabela do IR, buscou-se readequar faixa de isenção do imposto, tendo a tributação de investimentos no exterior sido eleita para repor a renúncia de receita oriunda da mudança nas regras do IRPF.

Em suma, as MPs 1.171 e 1.172 tratavam de situações de fato distintas, a saber, salário-mínimo defasado e alíquotas de IRPF descalibradas, tendo sido editadas pela União no exercício de competências constitucionais distintas, o que evidencia total ausência de afinidade temática entre ambas, a impossibilitar a fusão pretendida.

Portanto, a "manobra" realizada pela comissão mista da MP 1.172 consiste em verdadeiro "jabuti", cuja inclusão viola o artigo 62 da CF/88. Além disso, o procedimento pretendido implica aprovar alterações à legislação tributária vigente sem o exame minucioso das novas regras por parte do colegiado democrático competente (a Comissão Mista da MP 1171), no âmbito do qual poderiam (*rectius*, deveriam) ter sido enfrentadas e corrigidas as inconsistências técnicas contidas no texto originalmente apresentado pelo Poder Executivo, as quais serão objeto de considerações à parte, a serem em breve publicadas neste veículo.

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.