

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 185 • Janeiro 2016



XXV TROFÉU DOM QUIXOTE: CAVALEIROS DA JUSTIÇA

Editorial: *IMPEACHMENT INEXEQUÍVEL*



A desjudicialização do planejamento tributário

Breve estudo sobre a falta de julgado sobre planejamento tributário nos Tribunais Superiores

José Enrique Teixeira Reinoso | Advogado

O planejamento tributário tornou-se ferramenta fundamental para a redução das despesas e, conseqüentemente, para a tomada de decisão dos empreendedores, consistindo em excluir, diminuir e retardar os tributos. Ocorre que essa ferramenta tem sido vilipendiada pela concessão recorrente de benefícios fiscais pelos entes tributantes nos últimos dez anos.

O presente artigo tem como objeto estudar a razão pela qual o contribuinte, no que tange ao planejamento tributário, vive flagrante insegurança jurídica, porquanto inexistem discussões específicas sobre planejamento tributário em sentido estrito sob o crivo dos Tribunais Superiores, como também sequer existe lei específica delimitando esse tema.

Para tanto, este artigo pretende, em breves linhas, trazer à lume um dos motivos pelos quais o planejamento

tributário nos últimos dez anos vem sofrendo uma espécie de desjudicialização, que tudo indica ter como causa nevrálgica a concessão dos inúmeros planos de parcelamento concedidos pelos entes federativos, sejam esses: Refis, Paes, Paex, Refis da Crise e da Copa, bem como no Rio de Janeiro (Decreto nº 45.492/2015), Minas Gerais (Decreto nº 46.817/2015) e São Paulo (Decreto nº 61.625/2015).

Urge salientar que já até houve uma Medida Provisória de nº 66/2002 sendo discutida no Congresso Nacional sobre os limites do planejamento. No entanto, continua sendo considerado um tabu, haja vista flagrante ausência de positividade da figura do propósito negocial elemento indissociável para planejar, bem como é inexorável a carência de jurisprudência sobre o núcleo duro do que seria o limite do legítimo planejamento tributário para o contribuinte.

O ilustre professor Schoueri é límpido ao externalizar na Revista Dialética de Direito Tributário RDDT que:

Muitas vezes, o empresário se vê obrigado a aderir ao programa de parcelamento não porque não creia em seu direito, mas porque sabe que, se vir frustrada sua expectativa, terá diante de si exigência que não poderá pagar, levando-o à insolvência, que muitas vezes atingirá seu patrimônio pessoal. Daí que, por uma questão de sobrevivência, melhor pagar parcelas que, posto julgue ele indevidas, permitem a continuação do seu negócio.

A atualidade do tema demonstra a sua importância, visto que, no mundo moderno, as relações são mais dinâmicas e muitas vezes não se pode esperar o tempo que é necessário ao processo legislativo e/ou à solidificação da jurisprudência dos Tribunais Superiores, para se decidir sobre assuntos rotineiros, como é o caso do planejamento tributário para sobrevivência econômico-financeira de toda e qualquer empresa.

Ocorre que, como nos últimos 10 anos, existe um Refis a cada três anos na esfera federal, bem como similares programas pelos estados e municípios, desse modo a tributação tornou-se uma tributação dos bobos: quem paga na hora acaba sendo visto pelo mercado como um bobo, já que poderia em pouco tempo aguardar o próximo programa e pagar muito menos, tratando indevidamente essa postura como uma espécie de planejamento tributário às avessas.

Com base nessa premissa, esses benefícios fiscais contaminam por sua vez qualquer tentativa de planejamento tributário arrojado, à medida que desmotiva o próprio contribuinte a se submeter o seu estudo ao crivo do judiciário e/o dos Conselhos de Contribuintes, que, por via reflexa, dificilmente são chamados a se manifestar sobre esse mister.

Nessa toada, retira-se do Judiciário a prerrogativa de dar a última palavra acerca do planejamento, servindo

como uma espécie de combustível excelente nas mãos do Fisco para perpetuidade de programas de parcelamento e consequente manutenção da cegueira deliberada dos contribuintes, que aderem ao programa como salvaguarda da sua sociedade empresária.

De mais a mais, em decorrência do esforço doutrinário, passou-se a adotar, de forma nebulosa, a figura do propósito negocial, ou da teoria da substância sobre a forma, já que os Conselhos de Contribuintes começaram a adotar tais figuras preliminarmente em uma série de decisões administrativas, porém com base em uma premissa delicada e ilegítima, já que desprovida de fundamento legal no ordenamento constitucional vigente.

Assim, o contribuinte hoje, diferente dos 10 anos anteriores, quando se bastava respeitar ditames legais, o planejamento já seria considerado válido pelo Fisco; diversamente, na atualidade o contribuinte é obrigado a respeitar a figura do propósito negocial e seu respectivo teste, sem sequer haver previsão válida e concreta do tema no ordenamento jurídico, nem sequer o tema é chancelado pelos Tribunais Superiores, no que tange a sua constitucionalidade e/ou legalidade, em flagrante prejuízo ao direito fundamental do contribuinte.

Outrossim, o Conselho dos Contribuintes nessa levada, em tese mais técnico no que tange a matéria tributária, já não se preocupa mais com a necessidade

de invocar dispositivo legal, porquanto precisa dar uma deslinde às questões levantadas pelo contribuinte em defesa aos inúmeros Auto de Infrações lavrados que lá chegam para sua apreciação. Ora, é flagrante o cenário nebuloso que hoje vive o contribuinte, no que se refere à opção pelo que seria o legítimo planejamento tributário eficiente, eficaz e seguro.

Nesse cipoal democrático, alimentado pelo malfadado manicômio tributário vigente, resta ao contribuinte se proteger desta zona de incerteza, aderindo ao Refis e/ou seus consectários de forma desenfreada por ausência cabal de outra opção segura, a fim de não comprometer sua atividade econômica organizada. Urge salientar que é clarividente o ambiente de ausência de positividade do conceito de propósito negocial, bem como de ausência de qualquer postura judicial sobre o tema colacionado, deixando ao contribuinte alternativas inseguras e facilmente combatidas pelas autoridades fazendárias.

Em face do exposto, é infosmável que a adesão ao parcelamento e/ou pagamento integral incentivado é o único caminho viável ao contribuinte para sua sobrevivência em tempos de crise. Entretanto, essa miopia deve ser combatida pela comunidade jurídica de forma enérgica, porquanto a adesão ao parcelamento deveria ser uma opção ao contribuinte, até porque nada mais é que uma espécie de confissão de dívida. Isto é,

quanto mais insegurança jurídica no que se refere ao planejamento tributário, mais barato será o preço pelo qual o contribuinte venderá sua “opção” ao devido processo legal. Logo, sem sombra de dúvida, esse mister deve ser objeto de atenção e debate pelos causídicos, sob pena de, por via reflexa, gerar uma redução drástica do contencioso administrativo e judicial tributário nos próximos anos.



Referências Bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRECO, Marco Aurelio. *Planejamento tributário*. São Paulo. Dialética, 2004.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, interpretação e elisão tributária*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUERI, Luiz Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. O Refis e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 232. São Paulo: Dialética, 2015. p. 103-115.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e a constituição: homenagem ao professor Sacha Calmon Navarro Coêlho*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

“Nessa toada, retira-se do Judiciário a prerrogativa de dar a última palavra acerca do planejamento, servindo como uma espécie de combustível excelente nas mãos do Fisco para perpetuidade de programas de parcelamento, e consequente manutenção da cegueira deliberada dos contribuintes, que aderem ao programa como salvaguarda da sua sociedade empresária.”

