



Artigos de MP representam ameaça à liberdade fundamental do contribuinte

06/12/2013

Dentre os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, é a liberdade a maior garantia a ser tutelada. Não liberdade para se fazer qualquer coisa que se queira, mas para se exercer os direitos fundamentais individuais e coletivos resguardados pela Constituição Federal, tais como liberdade de expressão, de associação, de organização empresarial, de acesso ao Poder Judiciário etc. A falta de transparência e engajamento da sociedade no processo legislativo nacional em matéria tributária e o abuso de medidas provisórias para legislar sobre esse tema tão fundamental à cidadania atentam contra a democracia, pois sujeitam a sociedade a um processo legislativo emergencial que tende a ser insuficiente ou inadequado para apreciação da matéria. Essa realidade, que se nos apresenta com frequência, aumenta a litigiosidade no sistema tributário brasileiro, o que é danoso tanto para a Administração Tributária quanto para os contribuintes.

A recente Medida Provisória n. 627/2013 (MP 627), além das inconsistências e dos problemas redacionais de praxe, muito embora tenha resultado de um maior engajamento entre o Fisco e entes representantes de contribuintes, numa atitude mais positiva por parte da Administração, padece desse mesmo mal por se materializar em Medida Provisória e não em Projeto de Lei. Lamentavelmente, trouxe ainda duas regras que representam um atentado aos direitos fundamentais dos contribuintes.

A primeira delas está prevista no artigo 70 da MP 627, segundo o qual “o disposto nos arts. 67 a 69 aplica-se somente às pessoas jurídicas que fizerem a opção de que trata o art. 71”.

Para explicarmos o alcance dessa regra temos que voltar ao início de 2013, quando a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional editou o Parecer/PGFN/CAT/nº 202, no qual concluiu que “para fins de distribuição de lucros e dividendos, pelas pessoas jurídicas sujeitas ao Regime Tributário de Transição (RTT), de que trata o art. 15 da Lei nº 11.941, de 2009, são considerados isentos os lucros ou dividendos distribuídos até o montante do lucro fiscal apurado no período, ou seja, do lucro líquido apurado conforme os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007”.

Esse parecer serviu para justificar a edição dos artigos 26 a 28 da Instrução Normativa n. 1.397/2013 (IN 1.397), que, além de intentar a tributação de dividendos, também trouxe regras sobre o tratamento da equivalência patrimonial e dos juros sobre capital próprio.

A edição da IN 1.397 gerou uma reação enérgica do mercado, e não era para menos. Depois de anos de vigência do Regime Tributário de Transição (RTT) a Receita Federal do Brasil trouxe uma interpretação que divergia daquela das empresas, com a pretensão de aplicá-la retroativamente. Não há que se discutir aqui se o critério da neutralidade fiscal seria melhor aplicado através da interpretação do Fisco ou dos contribuintes, ou a argúvel ilegalidade ou inadequação da citada instrução normativa: o que importa a esse artigo e o que é mais grave é

a falta de transparência e a litigiosidade que se verifica no processo – ou seja, engajamento da Receita Federal do Brasil com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em 2013 para buscar a aplicação retroativa de sua interpretação a partir de 2008, e não engajamento com a sociedade em 2008 para buscar aplicação prospectiva da mesma norma intentada. A reação foi tão forte que logo o secretário da Receita Federal veio a público esclarecer que a interpretação da instrução normativa em comento não seria aplicada retroativamente.

Gerou-se, então, a expectativa de que a matéria seria resolvida na medida provisória que poria o fim ao RTT e, de fato, a solução veio, nos artigos 67 a 69 da MP 627^[1].

Contudo, e aqui retomamos ao tema fulcral deste breve artigo, como dispõe o já mencionado artigo 70 da MP 627, somente estará amparado pelos artigos 67 a 69 o contribuinte que “optar pela aplicação das disposições contidas nos arts. 1º a 66 desta Medida Provisória para o ano-calendário de 2014” (artigo 71).

Ora, estamos diante de uma medida que pode ser chamada de “chantagem fiscal”. Os artigos 67 a 69 da MP 627 não são necessariamente um favor ou um benefício fiscal, pois se aplicada a IN 1.397 em seus termos haveria inegável contencioso tributário e a conclusão de tal litígio sobre a retroatividade da sua interpretação é incerta. Porém, tais artigos são apresentados pela Administração Tributária na MP 627 como se fossem uma verdadeira benesse, no que parece ser uma “transação” velada, assim como se pode inferir em outros trechos da MP.

Deveriam servir os referidos artigos 67 a 69 para garantir às empresas um mínimo de segurança jurídica, após a desastrosa e obscura edição da IN 1.397. Por outro lado, as alterações promovidas pelos artigos 1º a 66 da aludida medida provisória são bastante significativas e é fato que houve da parte do Fisco uma positiva interlocução com o empresariado sobre o tema, de modo equilibrado. Todavia, considerando o risco de a MP 627 não ser convertida em lei neste ano, é de se arguir que a mesma não poderia ser aplicada em 2014 (§ 2º do artigo 62 da Constituição Federal). Portanto, a medida provisória usa a “opção” do contribuinte como forma de superar a eventual discussão constitucional a respeito da sua ineficácia em 2014. Ou seja, se o contribuinte optar livremente não haveria obstáculo à aplicação da nova regra. Contudo, para que esse raciocínio seja amplamente resguardado jurisdicionalmente, tal opção deveria ser realmente livre e não coagida, ou seja, não deveria haver limitação ao exercício desta opção. E essa é exatamente a função do artigo 70 antes comentado, que visa coagir o contribuinte a fazer uma opção que ele de outra forma talvez não fizesse.

O caráter indutor de comportamentos das regras tributárias não pode ser utilizado de forma a forçar o contribuinte a tomar decisões a respeito de regras gerais de tributação, como ocorre no caso em tela.

Esse, talvez, seja o principal ponto de atenção. Uma coisa é criar um regime especial, um incentivo fiscal, e exigir determinadas condições dos contribuintes. Outra é criar uma regra geral de tributação, que deveria ser aplicada de forma geral e uniforme aos contribuintes, em linha com o princípio da isonomia, e transformar esse regime geral em um regime de exceção, apenas aplicável se o contribuinte fizer o que a Administração Tributária gostaria que fizesse.

Desistência obrigatória

Se a regra do artigo 70 da MP 627 causa espanto, nenhuma regra é tão antidemocrática quanto aquela prevista no § 3º do artigo 86 da mesma medida provisória, segundo a qual “a opção pelo pagamento na forma deste artigo está condicionada à desistência de processos administrativos e judiciais sobre a matéria e configura ato inequívoco que importa em reconhecimento de débito pelo devedor e renúncia ao direito sobre o qual se fundamente eventual impugnação administrativa ou ação judicial, nos termos do inciso IV do parágrafo único do art. 174 do Código Tributário Nacional”. Aqui vemos mais uma indução velada à “transação” em forma absolutamente equivocada.

O artigo 86 da medida provisória de que nos ocupamos trata da possibilidade de diferimento do pagamento do Imposto de Renda (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas. Segundo esse dispositivo, o sujeito passivo poderá diferir o pagamento destes tributos em cinco anos, atendidos certos requisitos, entre os quais aquele previsto na obtusa regra prevista no § 3º do artigo 86.

Deixando de lado problemas interpretativos no que tange à redação do texto do § 3º em questão, percebe-se aqui uma medida ainda mais antidemocrática do que aquela prevista no artigo 70 da MP 627. Nesse caso, por não ser esta medida provisória um instrumento legítimo de transação, configura o instituto do artigo 86 em verdadeira coação, que recai sobre o direito fundamental de acesso ao poder Judiciário, em afronta frontal ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, violando, ainda o direito de petição aos órgãos públicos (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal).

Como mencionamos, não é fácil a interpretação do § 3º do artigo 86 da MP 627. De que matéria se está tratando? Discussões sobre o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001? Futuros questionamentos a respeito da própria MP 627? Não está claro. Muito embora se possa claramente inferir o que busca a Autoridade Tributária. Nada obstante, a despeito da carência redacional deste dispositivo, o fato é que condicionar o direito de diferimento do pagamento do IRPJ e da CSLL ao não exercício do direito ao processo, administrativo ou judicial, viola liberdades fundamentais dos contribuintes.

Nem se compare esta situação com aquela que se verifica nos programas especiais de remissão, anistia e parcelamento. Nesses casos, em que se oferece ao contribuinte a possibilidade de quitação de débitos fiscais em condições especiais, faz sentido que o contribuinte não possa aceitar tais condições e, ao mesmo tempo, seguir litigando contra a União Federal sobre o mesmo tema.

No caso em tela, contudo, estamos diante de um regime geral de tributação, e não de uma regra excepcional de remissão ou anistia. Portanto, além de violar os direitos processuais dos contribuintes esta regra certamente não se coaduna com o princípio da isonomia. Se é uma norma de transação que se busca, que se a legisle adequadamente.

Nota-se, portanto, que os dois artigos da MP 627 analisados neste artigo, a despeito de qualquer comentário que se possa fazer quanto à sua aplicação prática, representam grave

ameaça às liberdades fundamentais dos contribuintes. É um caminho perigoso este que se trilhou nesse diploma normativo e espera-se que o Congresso Nacional exclua esses dispositivos durante a tramitação da Medida Provisória. Caso isso não ocorra, restará aos contribuintes buscar no Poder Judiciário proteção contra este tipo de medida, que se aproxima das sanções políticas, que desde muito tempo são rechaçadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[1] “Art. 67. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados entre 1º de janeiro de 2008 e 31 de dezembro de 2013, pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, efetivamente pagos até a data de publicação desta Medida Provisória, em valores superiores aos apurados com observância dos métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido do beneficiário, pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliado no País ou no exterior.

Art. 68. Para os anos-calendário de 2008 a 2013, para fins do cálculo do limite previsto no art. 9º da Lei nº 9.249, de 1995, a pessoa jurídica poderá utilizar as contas do patrimônio líquido mensurado de acordo com as disposições da Lei nº 6.404, de 1976.

Parágrafo único. No cálculo da parcela a deduzir prevista no caput, não serão considerados os valores relativos a ajustes de avaliação patrimonial a que se refere o § 3º do art. 182 da Lei nº 6.404, de 1976.

Art. 69. Para os anos-calendário de 2008 a 2013, o contribuinte poderá avaliar o investimento pelo valor de patrimônio líquido da coligada ou controlada, determinado de acordo com as disposições da Lei nº 6.404, de 1976.”

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-dez-06/artigos-mp-representam-ameaca-liberdade-fundamental-contribuinte/>