

TRIBUTAR SEM LEI

(O Globo - 20/04/2005)

Eusébio Gonzalez, catedrático de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, na Espanha, em estudo que elaborou para livro que coordenei (Ética no Direito e na Economia, Ed. Pioneira, 1999), mostra como, em seu País, a tentativa da Fazenda Pública de tributar a partir da desconsideração de forma legal escolhida e adotada pelo contribuinte, foi mal recebida pelos Tribunais, doutrinadores e operadores de Direito. E foi, também, mal sucedida, ao ponto de, após muitos anos de vigência, a chamada norma anti-elisão ter sido aplicada em poucos casos, e, na grande maioria, derrubada no Judiciário.

E tal fracasso na tentativa de aplicar a denominada "teoria superativa" deu-se em País parlamentarista, onde não há rígida separação de poderes, como no Brasil, presidencialista.

Tenho para mim que a lei complementar n. 104/00, que pretendeu substituir as funções dos Poderes Legislativo e Judiciário pelo "palpite fiscal", é de manifesta inconstitucionalidade.

No Brasil, o princípio da legalidade é a garantia maior do contribuinte contra o crescente arbítrio do Fisco e a elevação confiscatória da carga tributária. Se é difícil configurar a teoria do confisco –na ADIN n. 2010, três Ministros do STF (José Celso de Mello, Marco Aurélio e Carlos Velloso) hospedaram concepção semelhante a minha, a esse respeito-, não é difícil definir o que é legal e o que é ilegal. Tudo o que está na lei e não for contra a Constituição, pode o Fisco. Nada pode fora dela.

A esmagadora maioria da doutrina pátria, desde Rubens Gomes de Souza e Gilberto de Ulhôa Canto, entende que a legalidade flexível, própria do direito privado, cede passo, no direito tributário – como no direito penal - à legalidade inflexível, estrita, inelástica, composta de tipos fechados. Dizem os autores que o tipo tributário deve vir todo esculpido na lei, não podendo ser aplicada a analogia, nem a interpretação extensiva e muito menos a econômica para criar tributos, que não de estar previstos **expressamente** e descritos exhaustivamente no texto legal. Em outras palavras: no direito tributário, a legalidade é estrita, o tipo é fechado e a reserva da lei formal é absoluta. "Lex est scripta et stricta". A lei é escrita e estrita.

Ao Fisco cabe, sempre, a espada da imposição; mas ao contribuinte resta sempre o escudo da lei. Tudo ao Fisco dentro dela, nada fora.

Por esta razão, a Lei Complementar n. 104/01, que pretende outorgar a qualquer agente fiscal o poder de desconsiderar a forma tributária que o contribuinte escolher dentro das hipóteses que lhe são permitidas pela lei, é, fantasticamente, inconstitucional – e, ainda que assim não fosse, não poderia ser aplicada no momento, à falta de regulamentação por via de lei ordinária, como exige o art. 116, § único do CTN. Espera-se, entretanto, que o STF, em breve –visto que há uma ADIN, neste sentido, proposta, creio, pela CNC- venha a declarar a inconstitucionalidade da pretendida substituição do "princípio da legalidade constitucional" pelo "princípio do palpite fiscal".

Exemplo típico dos absurdos que podem ocorrer em função dessa norma, já se verifica – mesmo sem possibilidade de sua aplicação - no caso das sociedades de prestação de serviços constituídas por profissionais liberais. Quando Everardo Maciel pretendeu eliminar a economia informal, admitiu que os profissionais liberais organizassem sua atividade sob a forma de pessoa jurídica, com tributação um pouco menor que a que suportariam como assalariados ou profissionais autônomos. Objetivou, à evidência, não só eliminar a informalidade - vale dizer, o nenhum recolhimento do tributo – mas também ofertar ao prestador de serviço profissional uma forma mais simples de apuração do imposto de renda

(lucro presumido), sujeitando-o, entretanto, ao pagamento de COFINS, PIS e outras imposições das três esferas da Federação.

Valendo-se do disposto na Constituição - de que toda a pessoa é livre de constituir uma empresa (art. 170 § único) - "formalizou" a "informalidade", além de outorgar sistemática de recolhimento mais prática para a própria fiscalização.

Profissionais liberais e autônomos em geral viram, nesta solução, a fórmula adequada à tributação de suas atividades, e o talento de Everardo Maciel permitiu que se aumentasse consideravelmente a arrecadação e o número de contribuintes.

Agora, alguns mal avisados agentes da Receita Federal passaram a entender que, as pessoas jurídicas que surgiram em virtude da adesão a essa fórmula, se não tiverem empregados - o que é compatível com as atividades que exercem os seus titulares - devem ser "desconsideradas". Decretam que aquela empresa - que recolhe COFINS, PIS, I.Renda, ISS etc. - deve ser desconsiderada, pois seus titulares poderiam exercer sua atividade como autônomos!!!! E como o autônomo e o empregado pagam mais imposto de renda (embora não paguem aquelas contribuições) a forma, cuja adoção foi incentivada pelo próprio Estado, não poderia existir!!

É como se, ao art. 170 § único da Constituição Federal, que declara:

"Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei",

tivesse sido "acrescentada" a expressão "desde que os agentes fiscais não pensem de forma contrária".

O próprio Secretário da Receita Federal já reconheceu a legitimidade dessas pessoas jurídicas, ao sustentar - pretendendo negociar com o Parlamento a não rejeição da iníqua M.P. 232/04 - de que tais empresas deveriam pagar mais imposto de renda que as demais. Ora, se o próprio Secretário, por seus agentes, reconhece explicitamente a existência da pessoa jurídica, como podem os agentes fiscais, seus subalternos, entender que a elas se aplica a denominada "norma anti-elisão", ou seja, a teoria desconsiderativa ?

A cada momento, mais se consolida, no espírito do contribuinte, a desconfiança no Estado, que, longe de agir de forma compatível com o princípio da moralidade expressamente consagrado na Constituição, armadilha e desnorteia a sociedade, querendo, agora, aplicar-lhe o golpe final, despojando-a de sua garantia principal, que é o princípio da estrita legalidade em matéria tributária. Espero confiante que o S.T.F. repudie de vez a iníqua L.C. n. 104, neste aspecto.

SP., 30/03/2005.

IGSM/mos/a2005-043 TRIBUTAR SEM LEI