

Consulta da Movimentação Número : 3

PROCESSO

0016111-48.2015.4.03.6100

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 19/08/2015 p/
Despacho/Decisão

S/LIMINAR

*** Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por MAQUIMASA DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINIST TRIBUTÁRIA EM SP - DERAT, objetivando não ser compelida ao cumprimento dos artigos 7º a 12 da Medida Provisória nº 685/2015. Sustenta que a MP 685/2015 instituiu a obrigação do contribuinte comunicar à Secretaria da Receita Federal do Brasil sobre a realização de seu planejamento fiscal, informando atos e negócios jurídicos praticados no ano anterior e que acarretem a redução, eliminação ou diferimento do pagamento de tributo.

Outrossim, a não comunicação configurará omissão dolosa do sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude, resultando na multa agravada de 150% (cento e cinquenta por cento) e representação ao Ministério Público Federal para fins criminais.

Alega que, dessa forma, criou-se uma presunção de dolo, fraude e sonegação, sem que o Fisco faça a necessária prova; além disso, permite que a fiscalização atue com base em critérios indefinidos e subjetivos, posto que ausentes parâmetros legais precisos.

Sustenta que o planejamento fiscal é inerente ao princípio da livre iniciativa, não podendo o Fisco presumir a ausência de propósito negocial nos atos praticados pelo contribuinte. Ademais, a cláusula geral antielisiva (art. 116, parágrafo único, CTN, incluído pela LC nº 116/01) se dirige somente ao abuso de direito e não atinge o regular planejamento fiscal.

Aduz, em síntese, haver inconstitucionalidade e ilegalidade na determinação, uma vez que não observa, entre outros, os princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da livre iniciativa.

Juntou documentos.

É o relatório.

Decido.

Ante o "Quadro Indicativo de Possibilidade de Prevenção" constante do termo de fl. 30/31, afastado a possibilidade de prevenção, por se tratar de assuntos diversos.

Quanto ao tema, a MP nº 685, de 21/07/2015, institui o "Programa de Redução de Litígios Tributários - PRORELIT, cria a obrigação de informar à administração tributária federal as operações e atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo e autoriza o Poder Executivo federal a atualizar monetariamente o valor das taxas que indica". Seus artigos 7º, 8º, 9º, 11 e 12 assim dispõem:

"Art. 7º. O conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo deverá ser declarado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até 30 de setembro de cada ano, quando:

I - os atos ou negócios jurídicos praticados não possuírem razões extratributárias relevantes;

II - a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou

III - tratar de atos ou negócios jurídicos específicos previstos em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará uma declaração para cada conjunto de operações executadas de forma interligada, nos termos da regulamentação.

Art. 8º. A declaração do sujeito passivo que relatar atos ou negócios jurídicos ainda não ocorridos será tratada como consulta à legislação tributária, nos termos dos art. 46 a art. 58 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Art. 9º. Na hipótese de a Secretaria da Receita Federal do Brasil não reconhecer, para fins tributários, as operações declaradas nos termos do art. 7º, o sujeito passivo será intimado a recolher ou a parcelar, no prazo de trinta dias, os tributos devidos acrescidos apenas de juros de mora.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às operações que estejam sob procedimento de fiscalização quando da apresentação da declaração.(...)

Art. 11. A declaração de que trata o art. 7º, inclusive a retificadora ou a complementar, será ineficaz quando:

I - apresentada por quem não for o sujeito passivo das obrigações tributárias eventualmente resultantes das operações referentes aos atos ou negócios jurídicos declarados;

II - omissa em relação a dados essenciais para a compreensão do ato ou negócio jurídico;

III - contiver hipótese de falsidade material ou ideológica; e

IV - envolver interposição fraudulenta de pessoas.

Art. 12. O descumprimento do disposto no art. 7º ou a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 11 caracteriza omissão dolosa do sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude e os tributos devidos serão cobrados acrescidos de juros de mora e da multa prevista no 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996".

De acordo com a Exposição de Motivos da MP 685/2015, a medida "estabelece a necessidade de revelação de estratégias de planejamento tributário, que visa aumentar a segurança jurídica no ambiente de negócios do país e gerar economia de recursos públicos em litígios desnecessários e demorados. A ausência de informações completas e relevantes a respeito das estratégias de planejamentos tributários nocivos é um dos principais desafios enfrentados pelas administrações tributárias no mundo. O acesso tempestivo a tais informações oferece a oportunidade de responder rapidamente aos riscos de perda de arrecadação tributária por meio de fiscalização ou de mudança na legislação. (...) O principal objetivo dessa medida é instruir a administração tributária com informação tempestiva a respeito de planejamento tributário, além de conferir

segurança jurídica à empresa que revela a operação, inclusive com cobrança apenas do tributo devido e de juros de mora caso a operação não seja reconhecida, para fins tributários, pela RFB. Ademais, destaca-se que a medida estimula postura mais cautelosa por parte dos jurisdicionados antes de fazer uso de planejamentos tributários agressivos".

Da leitura da norma e de sua exposição de motivos, ressalta que, ao lado de seu propósito de transparência e segurança, a medida também se presta a facilitar a fiscalização, uma vez que torna obrigatória a declaração do conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo.

Ao que tudo indica, a regra veio para regulamentar o artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único.

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária".

Na forma do artigo 62 da CF, a edição de MP requer a presença simultânea dos requisitos de relevância e urgência, que, em princípio, não estão presentes, levando-se em conta que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional está em vigor desde 2001, quando foi introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10.1.2001.

Mas, este não é o principal argumento para a análise do pedido.

Ressalta do texto legal que o denominado planejamento tributário, que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo, deve ser submetido ao Fisco. Por outro lado, caso a autoridade administrativa não reconheça como válido o planejamento, estará autorizada a, além de cobrar os tributos em 30 dias, com juros de mora, considerar que houve omissão dolosa do sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude, cobrando-se o valor devido acrescido de juros de mora e da multa prevista no 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, vale dizer, com incidência da sanção imposta às fraudes tributárias.

Quanto a esse aspecto, cabe avaliação por duas óticas.

O artigo 7º, I e II, da MP 685/2015 utiliza expressões vagas, de contornos imprecisos, mencionando "razões extratributárias relevantes" e forma adotada não usual.

Essas expressões podem ser interpretadas de forma elástica, contribuindo para eventual subjetivismo que acarreta insegurança jurídica.

Outro vetor importante é o fato de que o descumprimento das obrigações acessórias, por si só, permite que seja caracterizada omissão dolosa, com intuito fraudatório. Isso significa que se estabeleceu a presunção de dolo por parte do contribuinte.

Cabe anotar que, ordinariamente, o propósito de uma pessoa jurídica é a realização de seu objeto social. Daí incide a máxima de que o ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado. E essa prova há que ser produzida pelo Fisco, não cabendo presumir, de forma automática, o dolo do contribuinte, especialmente quando a norma permite a utilização de conceitos vagos como, por exemplo, "razões extratributárias relevantes".

Evidente que não se compactua com a fraude fiscal ou condutas marginais. Porém, ao prever que o contribuinte deve submeter ao Fisco o planejamento tributário do ano anterior e, ainda, declaração de atos ou negócios jurídicos ainda não ocorridos, significa que a fiscalização poderá ser prévia ou a posteriori.

O processo de consulta já é previsto pelos artigos 46 a art. 58 do Decreto nº 70.235/72, tanto que expressamente mencionado pelo artigo 8º da MP 685/2015, sendo faculdade do sujeito passivo ("Art. 46. O sujeito passivo poderá formular consulta sobre dispositivos da legislação tributária aplicáveis a fato determinado").

A obrigação, à primeira luz, não observa o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da livre concorrência (art. 170, IV, CF) e o da propriedade privada (art. 170, II, CF), ao suprimir do contribuinte a autonomia de equacionar seus negócios da forma que melhor entender.

O planejamento tributário (ou elisão fiscal), desde que concebido nos limites da ordem jurídica, é procedimento legítimo, dado que capaz de gerar legalmente uma redução da carga tributária incidente sobre a atividade empresarial.

Por fim, o arcabouço legal dispõe de medidas aptas a coibir o abuso da personalidade jurídica (v.g., art. 50, Código Civil) e o ilícito fiscal, inclusive na seara criminal.

Nessa medida, presente o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora*, de seu turno, consiste na obrigação de entrega das informações até o dia 30/09/2015. Anoto que nenhum prejuízo será carreado ao impetrado, uma vez que, caso improcedente a demanda, o Fisco poderá exigir a entrega das informações e impor a penalidade eventualmente cabível.

Pelo exposto, defiro a liminar. Notifique-se a autoridade impetrada, a fim de que preste suas informações no prazo de 10 (dez) dias. Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal e tornem conclusos para sentença.

Int.

Oficie-se.