

DOCTRINA

DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO - FIGURA INEXISTENTE À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - PRETENDIDA APLICAÇÃO DE NORMA ANTI-ELISÃO AINDA INEFICAZ POR FALTA DE REGULAMENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE O BANCO CENTRAL ESTENDER A APLICAÇÃO DE SANÇÕES PRÓPRIAS DA LEGISLAÇÃO FINANCEIRA A SUPOSTAS INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS - VIOLAÇÃO DOS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA - INTELIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/01, ARTIGOS 13 A 19 DA MP Nº 66/02 E 44, § 4º, DA LEI Nº 4.595/64 - PARECER

Ives Gandra da Silva Martins
Professor Emérito da Universidade Mackenzie

CONSULTA

Formulam-me os consulentes, por seu eminente advogado, Dr. Eduardo Telles Pereira, a seguinte consulta:

Os consulentes tiveram contra si instaurado, pelo Banco Central, processo administrativo com base em autuação fiscal lavrada, consubstanciando exigência de IOF - porque, ao ver daquela autarquia, em determinado período, a instituição teria cometido irregularidade em algumas de suas operações de capital de giro, ao utilizar a Cédula de Crédito Comercial, para financiamento de veículos a pessoas físicas, com o intuito de oferecer à clientela produto com menor incidência de IOF.

Segundo o BACEN, a utilização da Cédula de Crédito Comercial, com a finalidade de financiamento do Capital de Giro a Pessoa Jurídica, sobre o qual incide o IOF à alíquota de 1,5%, na realidade estaria ocultando uma relação direta entre a instituição e o consumidor final (pessoa física), operação que deveria ser de Crédito Direto ao Consumidor sobre a qual incidiria o IOF à alíquota de 15%.

Aponta que a prática teria ocorrido mediante a celebração de um contrato de compra e venda de veículo automotor entre a sociedade revendedora do veículo e o comprador (pessoa física), onde este assumia o ônus e os encargos decorrentes da garantia real constituída sobre o veículo. E que mediante um aditamento, a Cédula de Crédito Comercial, o penhor cedular era substituído pela alienação fiduciária do veículo, assumindo o comprador a obrigação de pagar a dívida com a instituição credora. Conclui que teria havido um desvirtuamento dos objetivos das operações de crédito efetuadas por Cédula de Crédito Comercial, com evasão fiscal e também a ocorrência de 'simulação e declaração falsa em título de crédito'.

O processo administrativo teve como capitulação o art. 44, § 4º, da Lei 4.595, de 31.12.64.

Diante disso, indaga-se:

1. Pode a legislação sobre o sistema financeiro aplicar sanções tributárias sobre operações que se realizam rigorosamente nos padrões exigidos pela lei de regência?
2. As operações mencionadas são legais, à luz do direito tributário ou de legislação sobre o sistema financeiro e suas instituições?
3. As operações mencionadas exteriorizam uma novação, nos termos do Código Civil?
4. A norma anti-elisão introduzida pela Lei Complementar nº 104/01 já foi regulamentada em lei ordinária? Na operação com pleno e prévio conhecimento de autoridades monetárias e tributárias houve Elisão ou simulação?
5. Os artigos 13 a 19 da MP 66/02, que tiveram sua eficácia afastada *ex tunc*, poderiam continuar a embasar qualquer procedimento tido por anti-elisão?
6. Pode a legislação tributária modificar conceitos, princípios e normas próprios de direito privado?

RESPOSTA

Algumas considerações preliminares antes de examinar concretamente as questões formuladas.

A primeira delas diz respeito à figura da “simulação”, apta a justificar a desconsideração do ato jurídico, para efeitos de torná-lo válido sob outra roupagem jurídica.

Tal figura, como já disse no passado - mantendo minha posição no presente -, tem tratamento diferenciado no campo do direito privado e naquele próprio do direito tributário.¹

Já escrevi, no tocante à desconsideração da pessoa jurídica, que:

Embora sejam muitas as facetas da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, no Direito Comparado, no Brasil, restringe-se sua discussão a duas grandes vertentes, ou seja, à teoria extensiva e à teoria limitativa.

Pela primeira, sempre que os atos praticados, por intermédio da pessoa jurídica, refugirem-se os limites de sua personificação, tais atos não seriam inválidos, mas ineficazes para aquela forma, embora ganhando eficácia atributiva a outra conformação jurídica. O superamento da pessoa jurídica decorreria de sua inadequação no receber a forma pretendida pelas partes, forma esta incapaz de tirar a validade jurídica do negócio acordado, mas recebendo tais atos jurídicos outro tratamento jurisprudencial ou legislativo.

Pela teoria limitativa, a desconsideração seria necessariamente formulação jurisprudencial, visto que a previsão legal da hipótese desconsiderativa já representaria tratamento legislativo pertinente, razão pela qual não hospedaria a teoria da desconsideração, mas apenas uma singela teoria de imputação dos efeitos legais aos atos normados.

As duas correntes possuem, no Brasil, adeptos de escol, quase sempre, em sua versão privativista, ou seja, naquela em que a lacuna legal é preenchida pelo fenômeno superativo ou a previsão legal já lhe dá tratamento pertinente.

O aspecto de interesse, todavia, é que a desconsideração da pessoa jurídica prevê a utilização da personificação de forma inadequada. Os atos são praticados pela sociedade, mas nela não têm os reflexos pretendidos, embora válidos, pois superam a conformação legal de suas virtualidades.

Tais rápidas pinceladas permitem, de plano, duas considerações que demonstram sua inaplicabilidade ao caso concreto.

A primeira delas diz respeito às correntes mencionadas, ou seja, a da teoria ampla, que hospeda a formulação jurisprudencial ou legislativa, ou a estrita, que a reduz à formulação jurisprudencial, entendendo que a legislativa se vincula à teoria da imputação legal.

Ora, se tivéssemos que levar em consideração a segunda delas, esta seria inaplicável ao Direito Tributário, em face dos princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada ou reserva absoluta legal, posto que, sem previsão legal, não há possibilidade de exigir-se qualquer tributo. Ora, segundo a teoria restritiva, o fenômeno desconsiderativo decorre de elaboração jurisprudencial (efeitos constitutivos), e não de tratamento legislativo específico.

Por essa razão, Lamartine Corrêa de Oliveira, que a alberga em parte, em seu excelente A dupla crise da pessoa jurídica, não dedica qualquer espaço aos problemas tributários,²

mostrando que, em face do princípio da estrita legalidade, a tipicidade fechada e da reserva absoluta de lei fiscal, a exegese das normas impositivas difere daquela aplicável às normas cíveis,

¹ Arndt Raupach, na sua obra *A desconsideração no Direito Tributário (Der Durchgriff im Steuerrecht*, Munique, C. H. Beckshe Verlagsbuchhandlung, 1968), escreve sobre quatro situações jurídicas em que a *Durchgriff* pode ser aplicável: “a) quando há uma norma legal expressa, que permite o *Durchgriff* em determinadas situações fáticas; b) quando a interpretação da norma legal torna necessário identificar a pessoa jurídica com seus sócios pessoas físicas (por exemplo, quando se trata de normas relativas a características de pessoas naturais como raça, nacionalidade, etc.); c) quando a consideração econômica leva à aplicação do *Durchgriff*; quando *Durchgriff* é necessário para evitar a violação de norma legal que proíbe a evasão de tributo” (p. 194 - tradução Henry Tilbery).

² *Direito Público e Empresarial*. Edições CEJUP, 1988, p. 61-62.

estas sempre com menor densidade formal, maior flexibilidade hermenêutica e de integração analógica ou interpretação extensível possíveis.

Também sobre a matéria já escrevi:

Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (*Hacienda y derecho*. Madrid, 1963, v. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas - e principalmente - o próprio critério da decisão no caso concreto.

À exigência da *lex scripta*, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da *lex stricta*, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p.39): E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (*Sachentscheidungsnormen*), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (*handlungsnormen*), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento.

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário. In: *Comentários ao CTN*, Bushatsky, 1974, v.2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (*Direito Tributário*. Bushatsky, 1973, v.2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária. In: *Direito Tributário*, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do *numerus clausus* veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e, finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas (*Res. Trib.*, 154:779-82, Sec. 2.1, 1980).³

Por esta razão, se a figura da descon sideração do ato jurídico pode decorrer de lei ou de formulação jurisprudencial no direito privado, somente por lei é de se admitir a instituição das hipóteses anti-elisivas, denominação que as autoridades fiscais ofertam à hospedagem que pretendem dar - e que a lei ainda não deu - ao fenômeno superativo do Direito.

Em outras palavras, sempre que se pretender definir hipóteses anti-elisivas em matéria tributária, isso só poderá ser feito respeitando os princípios fundamentais que regem tal ramo do direito, que, além da *lex scripta*, exige a *lex stricta*.⁴

³ *Curso de Direito Tributário*. Co-edição CEEU/FIEO/Editora Saraiva, 1982, p. 57-58.

⁴ Nesse sentido, o *Caderno de Pesquisas Tributárias* n° 6 (2. tir., São Paulo: Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, 1991) cuidou da matéria, na linha exposta por este parecer, pela pena dos seguintes autores: Aires Fernandino Barreto, Anna Emília Cordelli Alves, Antonio José da Costa, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Cecília Maria Piedra Marcondes, Célio de Freitas Batalha, Dejalma de Campos, Dirceu Antonio Pastorello, Edda Gonçalves Maffei, Fábio de Sousa Coutinho, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Mello, Ricardo Mariz de Oliveira, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e Yoshiaki Ichihara.

Caso típico desconsiderativo é o da figura da distribuição disfarçada de lucros em que as hipóteses de superação da forma adotada estão elencadas no texto de regência.⁵

Tanto é verdade, que a Lei Complementar nº 104/01 - de duvidosa constitucionalidade -, ao alterar o art. 116 do CTN, introduzindo-lhe um parágrafo único para admitir a hipótese desconsiderativa, transferiu à lei ordinária a definição dos mecanismos procedimentais para sua caracterização, estando referida norma, ainda, dependente de regulamentação inferior (tenho para mim que, no momento em que a lei complementar estabelece norma geral condicionando sua eficácia à produção legislativa ordinária, reveste-se de *status* verdadeiramente superior, visto que, por imperativo lógico, sua esfera de atuação impõe restrições ou alargamentos àquela outorgada ao legislador ordinário).

Com efeito, reza o artigo 116, parágrafo único, do CTN, na redação dada pela LC 104/01, o seguinte:

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* (grifos meus),

deixando claro que tal disposição, para ser aplicada, depende de disciplina relativa a aspectos procedimentais, cuja conformação é de competência da lei ordinária.

Sobre ela, também já me manifestei, nos termos seguintes:

Em outras palavras, até hoje, o Fisco teve o poder de deflagrar a produção legislativa e - desde que a lei não fosse confiscatória e respeitasse o princípio da capacidade contributiva - pôde usar da espada da imposição, cabendo ao contribuinte, exclusivamente, lastrear sua defesa no escudo do cumprimento da lei. Dentro da lei, tudo pode o Fisco; fora, nada.

A norma anti-elisão objetiva permitir que o Fisco imponha tributos e penas 'fora da lei', desconsiderando a lei aplicável, escolhendo o instrumento que lhe permita arrecadar mais, dando por configurada a hipótese de operação mais onerosa, mesmo que a menos onerosa tenha sido utilizada dentro da lei, pelo contribuinte.

Pretende, como disse S. Ex.^a o Secretário da Receita, fechar as 'brechas legais', não da maneira legítima, através do Congresso, com projetos de lei, mas através da ação da fiscalização. Ora, as 'brechas' ou são legais, e não há o que contestar, ou são ilegais, e, portanto, sempre houve tratamento legislativo para coibir o seu aproveitamento."⁶

Considero, portanto, o próprio texto do parágrafo único do art. 116 do CTN, na redação da LC nº 104/01, inconstitucional. Tal aspecto, todavia, é irrelevante para efeitos do presente parecer, visto que a lei continua na dependência de regulação inferior.

⁵ O art. 464 do RIR está assim veiculado: "Art. 464. Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 60, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso II):

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

IV - transfere a pessoa ligada, sem pagamento ou por valor inferior ao de mercado, direito de preferência à subscrição de valores mobiliários de emissão de companhia;

V - paga a pessoa ligada aluguéis, *royalties* ou assistência técnica em montante que excede notoriamente ao valor de mercado;

VI - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros".

⁶ *Planejamento Tributário e a Lei Complementar nº 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 128.

Tentou o governo federal, no ano passado, através da MP 66/02, arts. 13 a 19, regular a matéria, confundindo, entretanto, a própria função de veicular procedimentos aplicáveis às hipóteses possíveis, com um considerável e inadmissível alargamento de seu espectro, como se pode ler de seus artigos 13 e 14 assim redigidos:

Art. 13. Os atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos de obrigação tributária serão desconsideados, para fins tributários, pela autoridade administrativa competente, observados os procedimentos estabelecidos nos arts. 14 a 19 subseqüentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não inclui atos e negócios jurídicos em que se verificar a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 14. São passíveis de desconsideação os atos ou negócios jurídicos que visem a reduzir o valor de tributo, a evitar ou a postergar o seu pagamento ou a ocultar os verdadeiros aspectos do fato gerador ou a real natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária,

o que também foi por mim criticado, como segue:

Neste aspecto, a lei suprema é claríssima ao declarar que apenas a lei complementar pode definir as normas gerais em matéria de legislação tributária, estando o artigo 146 assim redigido:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”.

A primeira inconstitucionalidade material reside no parágrafo único, que excluiu os casos de “simulação” previstos no artigo 116 e introduziu a “simulação” sem dolo, fraude ou má-fé!!! Nitidamente, substitui o princípio da legalidade pelo princípio do “palpite fiscal”.

Se um contribuinte agir sem dolo, fraude ou má-fé e, entre duas leis, escolher aquela que lhe for mais favorável, não há o que contestar, cabendo ao Fisco, se não lhe agrada o caminho escolhido, revogar o diploma produzido pelo Poder Legislativo que lhe deu fundamento, pelos meios legislativos constitucionais expostos nos artigos 59 a 69 da Carta Magna. Jamais por mera opinião do fiscal.

A segunda inconstitucionalidade está em que a desconsideação apenas surtirá efeitos ‘para fins tributários’ - como previsto no *caput* do artigo 13, continuando a solução jurídica adotada a valer para os demais campos do direito. É a hospedagem - desculpem-me a irreverência - da “tributação gay”, porque o fato desconsideado só o é para o direito tributário, continuando a valer, sem superação, para os outros ramos do direito. Isso admite que, por exemplo, uma doação continue sendo tributada pelo imposto de transmissão estadual (pois no plano civil é essa a natureza do negócio jurídico) embora possa vir a ser tributada simultaneamente pelo Município, se com base no artigo 13 vier a ser considerada como compra e venda pelo fisco municipal ou federal.

A terceira inconstitucionalidade está nas hipóteses do § 1º, que enuncia duas hipóteses de desconsideação entre outras - vale dizer, qualquer outra idealizada pelo Fiscal para desconsidear o ato jurídico poderá ser utilizada. Os princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva formal da lei são implodidos, valendo, além das hipóteses enunciadas, qualquer outra que os humores da Fiscalização desejarem. Há nítida maculação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica expostos nos artigos 5º, *caput*, e 150, inciso I, da Constituição Federal, assim redigidos:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

‘Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar *tributo* sem lei que o estabeleça’ (grifos meus).

Um último aspecto diz respeito ao princípio da irretroatividade assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CF, assim redigido:

‘XXXVI - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.’

Por tal princípio, se constitucionais fossem, que não são os referidos dispositivos, não seriam aplicáveis às operações anteriores à edição da MP nº 66/2002”.⁷

Tantas foram as críticas de todos os juristas - inclusive os que compõem o Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio, a saber, entre eles: Oscar Dias Corrêa, Américo Masset Lacombe, Ney Prado, Damásio de Jesus, Aires Fernandino Barreto, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Fernando Passos, Edvaldo Brito, Gastão Alves de Toledo, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral -, que o Congresso não converteu em lei a medida provisória, perdendo, pois, eficácia *ex tunc*, ou seja, desde sua promulgação. Exceção feita às relações decorrentes do período entre sua edição e a não-conversão (autos de infração lavrados no curto período mencionado) - que, por força do § 11 do artigo 62 da Constituição Federal, à falta de regulação do Congresso Nacional, tiveram eficácia assegurada.⁸

É de se lembrar que a matéria objeto do presente parecer é anterior à MP 66/92, não sendo, pois, abrangida pelos artigos 13 a 19 da MP, que, se fossem convertidos em lei - que não foram -, continuariam de manifesta inconstitucionalidade formal e material, além de não poderem alcançar a situação dos consulentes, em face do princípio da irretroatividade.⁹

De qualquer forma, no momento, não há possibilidade de aplicação da denominada norma “anti-elisão” da LC 104/01, pois os procedimentos mencionados ainda não foram veiculados por legislação ordinária. Vale dizer, se constitucional fosse, que não é, o parágrafo único introduzido no art. 116 do CTN pela LC 104/01 não poderia produzir efeitos, à falta de regulamentação procedimental, não podendo a Receita Federal autuar os consulentes, na medida em que pretende desconsiderar atos jurídicos perfeitos, aplicando técnica anti-elisiva ainda não eficaz no ordenamento jurídico do país.

Um segundo aspecto de não menor relevância deve ser considerado, à luz do que dispõem os arts. 109 e 110 do CTN, sempre interpretados conjuntamente.

Estão referidas normas assim redigidas:

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

⁷ Considerações sobre a norma anti-elisão. *Revista Dialética*, nº 87, p. 94-95, dez. 2002.

⁸ O § 11 do art. 62 está assim redigido: “Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”. Sobre ele escrevi: “Tanto no texto pretérito como no atual a rejeição ou não-aprovação de medida provisória tira-lhe a eficácia e a vigência”.

As relações jurídicas decorrentes, todavia, devem ser, definitivamente, conformadas por decretos legislativos do Congresso Nacional.

Pode ocorrer, todavia, de o Parlamento não o elaborar, não podendo aquelas relações decorrentes da medida provisória que perdeu vigência e eficácia *ex tunc* ficar em estado de ‘provisoriedade’ permanente. Houve por bem o constituinte impor sanção ao Congresso Nacional, que, se for omisso, perderá sua competência regulatória, tornando-se definitivas suas determinações, nos exatos termos em que nasceram, na veiculação do Executivo.

Em outras palavras, para aquelas relações, as medidas provisórias continuam existindo nos exatos termos em que forem reguladas, não mais sobre elas podendo o Congresso Nacional atuar para modificá-las. À evidência, tal direito adquirido é a própria relação e não ao regime jurídico que poderá ser alterado no futuro, por outra medida provisória ou por lei” (*Comentários à Constituição do Brasil*, ob. cit., p. 510. v. 4, t. 1).

⁹ Reza o artigo 5º, XXXVI, da CF: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

A disposição de lei complementar impõe ao legislador tributário o respeito aos princípios, normas e institutos de direito civil explícitos ou implícitos na Constituição. Todo instituto, princípio ou norma de direito civil que não estiver em conflito com a lei suprema é constitucional e a legislação tributária não poderá alterá-lo.

Vale dizer, o direito civil só pode ser produzido pelo legislador civil e o direito tributário, pelo legislador tributário, não podendo este último mudar a definição, o conteúdo e o alcance de conceitos, institutos, formas e princípios perfilados pelo legislador civil, para definir ou limitar competências tributárias. Poderá dar efeitos tributários aos princípios, institutos e normas de direito civil, mas não desfigurá-los para fins tributários. É isto o que determinam os dois referidos artigos.¹⁰

Ora, o que a medida provisória revogada pretendia era “desconsiderar”, mediante norma anti-elisiva, o ato praticado à luz do direito privado, apenas para efeitos tributários, mantendo, curiosamente, toda sua eficácia e validade no campo do direito privado. Atribuía ao instituto, ao negócio jurídico ou ao ato, enfim, um outro perfil, diferente de sua conformação no âmbito do direito privado, para fins de alargar a competência tributária, mantendo-o íntegro, entretanto, para efeitos civis. Esta ostensiva violação aos artigos 109 e 110 do CTN, perpetrada pela Lei Complementar 104/91, é que levou a maioria dos deputados a não converter os artigos 13 a 19 da referida MP em lei.¹¹

¹⁰ Sérgio Feltrin Corrêa esclarece: “A Constituição Federal é sempre uma obra resultante de muitos esforços. Em especial, a de 1988 assenta-se sobre múltiplos e longos conflitos internos, que o legislador constituinte procurou superar, ou pelo menos abrandar.

Pela leitura do art. 110, nítido complemento do art. 109, não restam dúvidas. A lei ou o intérprete nada podem em se tratando de conceitos e formas de direito privado, utilizados de modo expresso ou implícito pelas Constituições ou Leis Orgânicas dos entes ali enumerados.

Embora o presente artigo reafirme algo indubitavelmente imutável, tenha-se em mente que o legislador atuou com particular sabedoria ao registrar e impor as limitações constantes do art. 110. Ora, sendo impossível redefinir por lei conceitos postos em sede constitucional, risco não haverá de ver-se a Carta sem as cautelas e processos que lhe são próprios, alvo de alterações. Define Hugo de Brito Machado: ‘Aliás, o art. 110 do Código Tributário Nacional tem na verdade um sentido apenas didático, meramente explicitante. Ainda que não existisse, teria de ser como nele está determinado. Admitir que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode e deve reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado destas’ (ob. cit., infra, p. 82)” (*Código Tributário Nacional Comentado*. Revista dos Tribunais, 1999, p. 468).

¹¹ Alberto Xavier escreveu: “A mais singela comparação entre as citadas disposições da MP 66/2002 e da LC 104/2001 revela que as primeira não só ultrapassaram largamente escopo da segunda, como também são com ela logicamente contraditórias. 3. Ultrapassaram largamente o escopo da LC 104/2001 porque esta se limitou a autorizar a lei ordinária a estabelecer os procedimentos para a desconsideração dos atos jurídicos, mas não assim para alargar o círculo dos atos ou negócios suscetíveis de desconsideração. Ora, enquanto a LC 104/2001 tinha restringido tal círculo às hipóteses de simulação, como inequivocamente resulta da expressão dissimular (simulação relativa), o art. 13 da MP 66/2002 chega ao absurdo de afirmar que o nele disposto não se aplica aos casos de dolo, fraude ou simulação. Ao invés, afirma serem passíveis de desconsideração atos em que se verifique, entre outros fundamentos não tipificados, a ocorrência de ‘falta de propósito negocial’ ou ‘abuso de forma’, considerando-se indicativo de falta de propósito negocial a opção pela forma mais complexa ou mais onerosa para os envolvidos entre duas ou mais formas para a prática de determinado ato e considerando abuso de forma jurídica a prática de ato ou negócio jurídico indireto que produza o mesmo resultado econômico do ato ou negócio jurídico dissimulado (art. 14).

4. É de tal modo evidente o caráter exorbitante e contraditório da lei ordinária (medida provisória) em relação ao que estabelece a lei complementar, que a invalidade das disposições em causa resulta direta e imediatamente de violação da hierarquia constitucional das fontes de produção jurídica.

5. Mais grave é, porém, o fato de tal violação atingir na sua essência o princípio básico do Sistema Tributário Nacional que é o princípio da legalidade da tributação, da essência de qualquer Estado de Direito, segundo o qual é vedado ‘exigir’ ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça’ (art. 150, I, da Constituição)” (*Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 10, n. 47, p. 39, nov.-dez. 2002).

Ora, no caso presente, todas as operações continuaram válidas e incontestes, formalmente, produzindo seus efeitos no plano do direito privado. Considerou, todavia, o Banco Central que tais operações “válidas” e não “anuladas” praticadas entre as “concessionárias de veículos” e seus “clientes” - ambos fora da competência fiscalizatória do Banco Central -, na sua “formatação” não modificada pelo aditivo, deixariam de ser válidas, exclusivamente, para efeitos da ação desconsiderativa praticada pela Receita Federal.

Em outras palavras, a aquisição dos veículos junto às concessionárias, mediante contratos adaptados e que continuaram a valer para efeitos de direito privado, sem qualquer espécie de contestação entre os diretamente interessados, e celebrados em estrita consonância com a “lei civil”, continuaram e continuam válidos em seus efeitos civis. Foram, todavia, “alterados” para efeitos tributários, e, com base em uma exegese “às avessas” dos arts. 109 e 110 do CTN, passaram a ser lidos como se tais normas estivessem a permitir que a lei tributária alterasse contratos do direito privado exclusivamente para fins tributários, permanecendo, entretanto, intangíveis para os próprios efeitos civis!!!¹²

E tomada de zelo incompetente - no caso, o vocábulo é utilizado não para definir a incapacidade jurídica dos servidores do Banco Central, a quem respeito, mas para esclarecer estar a matéria fora de sua área de atuação funcional - a autarquia decidiu acatar a interpretação “às avessas” e injurídica da Receita Federal para entender que tal “comportamento legítimo”, do ponto de vista do direito civil (tanto que as relações celebradas entre os adquirentes de automóveis das revendedoras restaram “não modificadas” em seus efeitos, permanecendo como atos jurídicos perfeitos e acabados) e rigorosamente legítimos à luz também da legislação penal, seriam, exclusivamente, para “efeitos tributários” ilegítimos.

Na verdade, a Receita Federal, competente para fiscalizar IOF, objetivando receber valores mais elevados a título desse tributo, alterou institutos de direito privado, ampliando ilegitimamente a sua competência impositiva. Contrariando a lei, desfigurou instituto próprio do direito civil, pretendendo manejar instrumentos elisivos sem respaldo na lei tributária. O Banco Central, por outro lado, incompetente para cuidar de matéria tributária, houve por bem considerar de “gravidade” a atuação da instituição, e “legal” a ilegal ação da Receita, sem, contudo, impugnar, no âmbito do direito civil, os negócios jurídicos mencionados na consulta, celebrados pelos participantes. Com efeito, os contratos não foram modificados e seus efeitos foram plenamente realizados e reconhecidos, não tendo sido desconsiderados perante a legislação civil, porque absolutamente corretos e legais.

Assim, tanto o Banco Central quanto a Receita Federal pretendem aplicar, a fatos ocorridos no período compreendido entre junho e dezembro de 1997, a disposição do art. 13 da MP nº 66/02, que, além de se tratar de legislação posterior e de não ter, sequer, sido jamais convertida em lei, violenta os arts. 109 e 110 do CTN, em clara agressão a direitos dos contribuintes, os quais poderão, inclusive, acionar o Banco Central, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Nessa hipótese,

¹² Hugo de Brito Machado ensina: “Se um conceito jurídico, seja legal ou doutrinário, é utilizado pela Constituição, não poderá ser alterado pelo legislador, nem muito menos pelo intérprete. O art. 110 do CTN determina que ‘...a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias’. Não o pode a lei, vale repetir, nem muito menos o intérprete. A razão é simples. Se a Constituição referiu-se a um instituto, conceito ou forma de Direito privado para definir ou limitar competências tributárias, obviamente esse elemento não pode ser alterado pela lei. Se a Constituição fala de mercadoria ao definir a competência dos Estados para instituir e cobrar o ICMS, o conceito de mercadoria há de ser o existente no Direito Comercial. Admitir-se que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria CF, modificando competências tributárias ali definidas. Não se há de exigir que a Constituição tenha estabelecido a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas para que estes sejam inalteráveis pelo legislador. Basta que tenha utilizado um instituto, um conceito ou uma forma de Direito privado para limitar a atividade adaptadora do legislador. Se a constituição estabelecesse um conceito, evidentemente este seria inalterável pelo legislador, independentemente da regra do CTN” (*Curso de Direito Tributário*. 22. ed. Malheiros, p. 101-102).

a autarquia, por sua vez, deverá chamar à lide, para efeitos de fazer valer seu direito de regresso, nos termos do art. 37, § 5º, da CF, os senhores agentes que atuaram na descabida ação, dada a imprescindibilidade de sua responsabilidade, pois, se não agiram com dolo - não creio que o tenham feito - agiram com culpa.¹³

Um terceiro aspecto preambular.

O § 4º do artigo 44 da Lei 4.595/64 está assim redigido:

§ 4º. As penas referidas nos incs. III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas *infrações graves* na condução dos interesses da instituição financeira ou quando da reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa (grifei),

sendo o *caput* do seguinte teor:

As *infrações aos dispositivos desta lei* sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente (grifei).

É de boa técnica legislativa que os parágrafos de um artigo explicitem o conteúdo do *caput*, abrindo exceções ou esclarecendo situações.¹⁴

Ora, o *caput* do art. 44 faz clara menção a que as infrações definidas são “infrações aos dispositivos desta lei”, ou seja, são comportamentos violadores aos dispositivos que dizem respeito ao campo de atuação do Banco Central e das instituições financeiras, no âmbito do sistema financeiro.

Em nenhum momento, o *caput* estabelece que as infrações à “lei tributária” também serão punidas pelo Banco Central, até porque não tem o Banco Central competência para aplicar tal tipo de punição.

Ora, o § 4º, ao mencionar “infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira”, à evidência, cuidou daquelas infrações à legislação (Lei 4.595/64) de regência do sistema financeiro, que poderiam colocar em risco a própria instituição. Jamais, por exegese superficial, basear-se em ato legislativo inexistente à época dos fatos e que, quando editado posteriormente (MP 66/02), ademais de não poder produzir efeitos retroativos, teve sua eficácia fulminada *ex tunc*, não sendo convertido em lei.

Em outras palavras, reconhece o Banco Central que a “grave infração” não é financeira, mas decorrente dos humores exegéticos - sem base em lei - da Receita Federal, que pretendeu aplicar

¹³ O art. 37, §§ 5º e 6º, da CF está assim redigido:

“§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

¹⁴ Vicente Rao ensina: “Processo lógico-sistemático. O processo lógico-sistemático em mais não consiste senão no processo comparativo ensinado pela Lógica e revestido de certas peculiaridades próprias das ciências jurídicas. Os processos filológicos e lógico-analítico se detêm no conteúdo do texto, ou disposição, ao passo que o processo lógico-sistemático introduz, no exame dos textos, elementos estranhos, pois realiza o confronto de um texto com outro texto da mesma lei (exame do contexto da lei), ou com os textos de outras leis do mesmo sistema jurídico, ou, até mesmo, com textos de outros sistemas jurídicos positivos (direito comparado), desde que todos versem sobre o mesmo instituto ou a mesma relação.

Melhor se apura o pensamento contido em uma sentença, quando se a enquadra na ordem sistemática do conjunto de disposições de que faz parte, ou quando se a confronta com disposições outras, mas ligadas, todas, entre si, por identidade ou afinidade de princípios” (*O direito e a vida dos direitos*, Resenha Universitária, 1977, v. 1, t. 3, p. 470).

norma anti-elisão invertendo o texto dos arts. 109 e 110 do CTN e utilizando, com efeitos retroativos, medida provisória posterior, de tão densa inconstitucionalidade, que não chegou, sequer, a ser convertida em lei (MP 66/02, art. 13)!!!¹⁵

Em primeiro lugar, porque, segundo a propedêutica do direito administrativo, “discricionariedade” não é sinônimo de “arbitrariedade”. É o poder outorgado pela lei à Administração, para, dentro de limites legalmente preestabelecidos, agir com certa margem de flexibilidade. Os padrões comportamentais instituídos pela lei, todavia, são de observância obrigatória, risco de a discricionariedade pretendida permitir à autoridade comportamento semelhante ao traduzido na célebre frase de Luiz XIV: “*L’état c’est moi*”, alterada por “*La loi c’est moi*”.¹⁶

O segundo aspecto, que não se pode olvidar, é que se mostra inadmissível cogitar de “norma penal em branco”, pois, em matéria sancionatória, vigora o princípio de que *nulla poena, sine lege*. Tal princípio, transposto para o direito tributário - natureza da única suposta infração imputada aos contribuintes - tem sua contrapartida também na máxima *nullum tributum, sine lege*.¹⁷

Em outras palavras, a pretendida “infração grave na condução dos interesses da instituição financeira” - algo só admissível se a infração financeira pudesse colocar em risco a própria instituição - decorre da insustentável aplicação de norma anti-elisão, sem respaldo legal - pois a lei que tornará eficaz a referida norma não foi ainda produzida - e em franca violação aos institutos, princípios e normas de direito civil, uma vez que as autoridades envolvidas não impugnaram os negócios jurídicos celebrados, que, no âmbito do direito privado, não tiveram que ser anulados, produzindo todos seus efeitos, nos termos em que foram acordados!!!

A atuação do Banco Central feriu o art. 44, pois cuida de matéria não pertinente à Lei do Sistema Financeiro (4.595/64), mas à lei tributária, para cuja fiscalização e lançamento não tem o Banco Central competência para atuar.¹⁸

¹⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre a pena de eficácia *ex tunc* escreve: “Se a medida não for convertida em lei no prazo constitucional, ela perde efeitos desde a sua edição. Assim, reitere-se, perdem efeito, desfazem-se as conseqüências até então produzidas, salvo disciplinamento especial dado em lei pelo Congresso Nacional” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Saraiva, p. 389, v. 1). O princípio continuava o mesmo após a EC nº 32, apenas convalidando-se os atos no período após 60 dias de sua regração a não-conversão considerava *ex tunc*.

¹⁶ Diogo de Figueiredo lembra que: “Ato discricionário, por outro lado, será aquele em que a Administração se encontra com possibilidade de escolha de sua oportunidade, de sua conveniência, do modo de sua realização, do alcance dos seus efeitos, do seu conteúdo jurídico, das suas condições acessórias, do momento de sua exeqüibilidade ou do destinatário ou destinos de sua vontade. Todas as opções dentro dos limites estabelecidos pela lei” (*Curso de Direito Administrativo*. Forense, 1996, p. 106).

¹⁷ Em seu clássico *Natureza e interpretação das leis tributárias* (Tradução de Rubens Gomes de Souza. Ed. Financieiras S.A., p. 46), Ezio Vanoni lembra a lição de Avezza na linha da rigidez absoluta da hermenêutica tributária: “Avezza, que professou a teoria da interpretação rígida, embora admitindo, dentro de certos limites, uma interpretação lógica, apóia-se, para justificar a sua doutrina, nos que sustentam que a lei tributária é lei restritiva e limitativa de direitos. O imposto, subtraindo sempre uma parte das riquezas do cidadão, limita-lhe os direitos patrimoniais. Por outro lado, a lei tributária, impondo determinadas obrigações ao cidadão no interesse de tributação (obrigação de levar a registro, de usar papel selado, de apresentar denúncia, etc.), impõe limites à atividade dos cidadãos, restringindo e disciplinando na liberdade originária.

O conceito de que a lei tributária limita o exercício dos direitos, e portanto exige normas interpretativas inspiradas por critérios rígidos, é acolhido por muitas sentenças e comentários de Jurisprudência”.

¹⁸ Escrevi: “Ruy Barbosa Nogueira já disse: ‘Ninguém é obrigado a escolher entre várias formas legais possíveis, aquela que seja sujeita a impostos mais altos’, referindo-se inclusive à doutrina do Prof. Von Walis, da Universidade de Munique, formulada no mesmo sentido.

Por outro lado, a matéria discutida nas IV Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudos Tributários mereceu a seguinte conclusão: ‘As Jornadas entendem que o conceito de ‘evasão tributária’ deve restringir-se às condutas ilícitas adotadas pelo contribuinte para evitar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo devido; e que o conceito de elisão deve ser reservado àquelas condutas que, por meios lícitos, evitam ou retardam a ocorrência do fato gerador ou reduzem os efeitos que lhe seriam próprios, tendo, na ocasião, Fábio Fanucchi relatado o notável estudo sobre a matéria de Antônio Roberto Sampaio Dória, hoje em livro (*Elisão e evasão fiscal*)’ (*Da sanção tributária*. Saraiva, 1998, p. 33).

E as normas sancionatórias em branco são inadmissíveis, no direito tributário, como já mencionado anteriormente neste parecer.¹⁹

Passo, agora, a responder às questões formuladas, adotando a breve introdução de Léo Krakowiak, em parecer intocável, que assim descreve as operações praticadas pelos consulentes:

Segundo resulta da documentação enviada por V. S^{as} relativamente ao assunto acima referenciado, a instituição tem concedido financiamento destinado a incrementar capital de giro das empresas revendedoras de veículos, que se obrigam ao pagamento das quantias mutuadas mediante emissão de cédulas de crédito comercial garantidas por penhor cedular de veículos de sua propriedade, nas quais figuram terceiros como co-obrigados intervenientes avalistas e intervenientes garantidores. Posteriormente, mediante aditamento na cédula de crédito comercial, com a anuência do Banco e da empresa emitente de tal cédula, ocorre substituição e reforço da garantia pignoratícia, que desaparece, figurando em seu lugar alienação fiduciária constituída, em favor da instituição, nos termos do art. 66 da Lei nº 4.728/65, com a redação que lhe foi dada pelo DL nº 911/69, por aqueles terceiros co-obrigados, tendo por objeto um veículo de sua propriedade. É o que se infere da cláusula terceira da minuta de instrumento de primeiro aditamento à cédula de crédito comercial, que integra a documentação remetida para exame.²⁰

¹⁹ JARACH, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributario*, p. 298: “Lo que es relevante es únicamente que se haya realizado o no el hecho imponible en su significación económica de acuerdo con los principios ya explicados.

Aplicar el principio de la consideración económica sólo cuando existe el propósito de evasión fiscal, lejos de ser una doctrina más favorable al contribuyente, choca contra el principio constitucional de legalidad, porque significa gravar un hecho que, de por sí, no estaría sometido al impuesto, solamente porque se entiende que existió un propósito de evasión fiscal. En cambio, yo digo: un hecho, de acuerdo con su naturaleza y según el principio de consideración económica, entra en la definición legal del hecho imponible, y, en consecuencia, está sometido al impuesto, exista o no el propósito de evasión fiscal; o bien un determinado hecho de la vida real no se encuadra en la previsión legal del legislador y entonces, exista o no propósito de evasión fiscal, no puede estar sometido al impuesto, y si se lo somete, se aplica la ley en forma arbitraria”.

²⁰ O artigo 66 da Lei 4.728/65 estava assim redigido: “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

§ 1º A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito, e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, cuja cópia será arquivada no registro de títulos e documentos, sob pena de não valer contra terceiros, conterà o seguinte: a) o total da dívida ou sua estimativa; b) o prazo ou a época do pagamento; c) a taxa de juros, se houver; d) a descrição da coisa objeto da alienação e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 2º O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.

§ 3º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não tiver a posse da coisa alienada, o domínio dessa se transferirá ao adquirente, quando o devedor entrar na sua posse.

§ 4º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 5º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 6º Se o preço da venda não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 7º É nula a cláusula que autorize o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 8º O proprietário fiduciário, ou aquele que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso do § 5º deste artigo.

§ 9º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 758, 762, 763 e 802 do Código Civil, no que couber.

§ 10. O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal”, tendo o DL 911/69 alterado para a seguinte redação: “Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

§ 1º A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena

Destarte, com esse primeiro aditamento, a estrutura do financiamento altera-se apenas quanto à garantia, livrando-se a revendedora financiada do ônus real do penhor então constituído, que é substituído pela garantia da alienação fiduciária. Juridicamente o que ocorre é passarem os co-obrigados de responsáveis solidários, que respondiam com seu patrimônio mas sem outorga de específica garantia real, a ser garantidores mediante a outorga de alienação fiduciária, mantendo-se a sua responsabilidade, tal como assumida na cédula de crédito comercial. Pelo que se infere dos modelos dos instrumentos consubstanciadores desse aditamento, o auto então ofertado em garantia fiduciária é adquirido pelo interveniente prestador desta, junto à própria revendedora. Assim, pagando o débito da revendedora junto à instituição, o interveniente, que se torna credor daquela por esse pagamento, vê compensado o seu crédito com o débito junto a ela contraído quando da aquisição do veículo.²¹

Eventualmente pode ocorrer um segundo aditamento, pelo qual é substituído o bem objeto de alienação fiduciária em garantia por outro adquirido da mesma revendedora, nas condições do primeiro.

Concluindo que:

de não valer contra terceiros, e conterà, além de outros dados, os seguintes: a) o total da dívida ou sua estimativa; b) o local e a data do pagamento; c) a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis; d) a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não for proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.

§ 3º Se a coisa alienada em garantia não se identifica por números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 4º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário fiduciário pode vender a coisa a terceiros e aplicar preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 5º Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 6º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 7º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos artigos 758, 762, 763 e 802 do Código Civil, no que couber.

§ 8º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.

§ 9º Não se aplica à alienação fiduciária o disposto no artigo 1.279 do Código Civil.

§ 10. A alienação fiduciária em garantia do veículo automotor deverá, para fins probatórios, constar do certificado de Registro, a que se refere o artigo 52 do Código Nacional de Trânsito.

²¹ Maria Helena Diniz assim se refere no direito civil ao vocábulo “fiduciário”: “Fiduciário. Direito civil. 1. Proprietário *pro tempore* da coisa gravada, que lhe é transferida, na alienação fiduciária em garantia, somente com a posse indireta, independentemente da sua tradição, tendo não só a obrigação de devolver o domínio daquele bem assim que o fiduciante pagar integralmente seu crédito, quitando no próprio título para a respectiva baixa, como também o direito de vendê-lo a terceiro, a fim de se pagar, sem necessidade de excussão judicial, se inadimplente o fiduciante. 2. Aquele em quem o fiduciante confia e transmite a titularidade de um direito para a guarda e administração de bens ou para a garantia de pagamento de uma dívida, que terá, então, com o cumprimento do pactuado, o dever de restituir o bem que lhe foi dado em confiança. 3. Negócio que tem por finalidade alguma operação fiduciária. 4. É o primeiro herdeiro ou legatário instituído, e o único intuído, que transmite por sua morte, a tempo ou sob certa condição, a herança legada ao fideicomissário (Itabaiana de Oliveira). É, portanto, um herdeiro ou legatário instituído sob a condição resolutória de transmitir. Tem o dever de conservar a fideicomitada para depois restituí-la ao fideicomissário, pois o fideicomitente sita nele sua confiança, entregando-lhe com o encargo de conservá-los e de devolvê-los, de modo que, se o testador permitir, expressamente, a alienação da fideicomitada por parte do fiduciário, não haverá fideicomisso. Entretanto, embora o fiduciário tenha que conservar o bem recebido, isso não significa inalienabilidade absoluta, uma vez que a lei lhe autoriza alienar sob condição resolutiva, só que, com a abertura do fideicomisso, o fideicomissário poderá reivindicar do adquirente a coisa alienada tomando sem efeito a alienação feita pelo fiduciário” (*Dicionário Jurídico*. Saraiva, v. 2, p. 546).

Essa operação globalmente considerada, em nosso v. entendimento, apresenta apenas um fato gerador do imposto sobre operações financeiras, que corresponde ao financiamento efetuado pela instituição à revendedora, mediante a cédula de crédito comercial com garantia pignoratícia. No posterior aditamento, o que sucede é, simplesmente, a substituição de garantia, não dos obrigados nesse título, que continuam responsáveis pelo adimplemento da obrigação contraída pela revendedora. A subsequente liquidação do débito pelo interveniente garante dador de garantia fiduciária e não altera a estrutura dessa operação, que continua com o mesmo credor e os mesmos co-obrigados.

(...) Assim sendo, tal aditamento não se subsume a qualquer hipótese de incidência desse tributo, vez que não implica uma operação financeira mas apenas a alteração na garantia constante da relação negocial consubstanciada no financiamento do capital de giro da revendedora.²² A substituição de um tipo de garantia real, o penhor, pela alienação fiduciária em garantia não é operação de crédito.

Tem razão o eminente advogado. Com efeito, o artigo 3º do Decreto nº 2.219, de 02.05.97, que regulamenta o IOF, estabelece que:

Art. 3º. O fato gerador do IOF é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado (Lei nº 5.172/66, art. 63, inciso I),

não havendo qualquer entrega de montante ou valor nas operações mencionadas. A novação que se perfaz, nos termos do art. 360 do Código Civil (mesma redação do artigo 999 do Código Civil de 1917):

Art. 360. Dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor; III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este”,

não é aplicável à espécie, por não se configurar o tríplice requisito a que se refere o artigo mencionado. O art. 361, inclusive, ao admitir duas obrigações sucessivas - que não é o caso mencionado na consulta, em que há mero aditamento -, não considera novação a segunda obrigação, se apenas confirma a primeira.²³

É por fim de se lembrar que o fato de se ter assegurado garantia aditiva não conforma a hipótese mencionada no Decreto 2.219/97, cujo artigo 3º apenas se refere ao saldo devedor da conta corrente de depósito (§ 3º do art. 3º).²⁴

Como se percebe, à falta de lei tributária e de lei do sistema financeiro que autorizassem tal conduta, pretender o Banco Central adotar imposição decorrente de norma anti-elisão ainda não regulamentada - porque objeto de disciplina instituída por medida provisória com eficácia perdida *ex tunc*, devido à sua não-conversão em lei - e aplicar disposição sancionatória, apenas cabível no caso de

²² Na clássica *Enciclopédia Saraiva de Direito* de Limongi França, v. 13, p. 94. Dávio Prado Zarzana explica o conceito amplo e contábil de capital de giro: “1. Conceito. Do ponto de vista estritamente contábil, o termo é definido como o excesso do ativo corrente sobre o passivo corrente.

Já para a administração financeira, capital de giro é o ativo corrente da firma. uma vez que, para o administrador financeiro, o interesse maior reside na determinação do volume ótimo de cada um de seus componentes, ou seja, dos volumes de Caixa, Títulos Negociáveis, Valores a Receber e de Estoques.

Ao capital de giro da contabilidade corresponde o capital de giro líquido da administração financeira”.

²³ Está o artigo 361 do Código Civil assim redigido: “Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito, mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”, Nelson e Rosa Nery elencam duas ementas explicativas da inexistência do *animus novandi*: *Animus novandi*. Ausência. Ausente o *animus novandi*, não se configura novação, porque não desaparece a obrigação original. O ânimo de novar verifica-se na declaração das partes, ou resulta de modo inequívoco de obrigações incompatíveis (2º TACivSP, 10ª Câmara, Ap. 604.309-0/4, Rel. Juiz Soares Levada, v.u., j. em 31.01.01” (*Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 309).

²⁴ O § 3º do art. 3º do Decreto nº 2.219/97 está assim redigido: “§ 3º. Considera-se nova operação de crédito o financiamento de saldo devedor de conta corrente de depósito, correspondente a crédito concedido ao titular, quando a base de cálculo do IOF for apurada pelo somatório dos saldos devedores diários”.

violação à lei do sistema financeiro (§ 4º do art. 44 da Lei 4.595/64), como se fosse possível estendê-la à matéria tributária, em especial e ilegal exegese, é, em verdade, trilhar o caminho da maculação extrema aos princípios constitucionais de lei complementar e de lei ordinária.

Não vejo nenhuma consistência jurídica na exegese do Banco Central na formulação pretendida.

Por fim, uma observação de natureza técnica. A expressão “capital de giro” de uma empresa, para efeitos econômicos, hospeda o capital necessário para atuar em toda sua atividade, exceção feita àquele “necessário a seus investimentos”. Tudo o que disser respeito à movimentação da empresa (pagamento de funcionários, compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços, financiamento de operações a prazo, etc.) é alcançado pelo conceito de “capital de giro”.²⁵

O próprio financiamento a consumidor - embora não esteja neste aspecto a essência das questões formuladas, sendo mero derivativo da suposta e inexistente elisão fiscal do IOF - é passível de ser realizado com a utilização do capital de giro obtido por financiamento da instituição financeira. Trata-se mesmo de uma das modalidades de utilização do capital de giro, visto que o dinheiro é um bem fungível, nem sempre sendo possível a detecção da vinculação entre a origem dos recursos - ainda que legal - e a destinação a serviços ou empresas, nesta ou naquela finalidade.

Em outras palavras, na legislação comercial, não se descaracteriza como “capital de giro” aquele destinado a desenvolver as finalidades essenciais da instituição, entre elas, no caso de instituições financeiras, a de financiar diretamente o capital de giro de empresas mercantis, que, com este capital, podem financiar seus clientes, em relação já fora do âmbito da instituição financeira.

Não vejo, também - embora não esteja aí a essência da questão -, por que razão a empresa que tem fortalecido seu capital de giro não possa utilizá-lo para financiar seus clientes.²⁶

Por fim, é de se lembrar que as referidas operações foram sempre de conhecimento da fiscalização do Banco Central, que não se opôs a elas, e da Receita Federal, por decorrência das informações regularmente prestadas, nunca tendo havido antes reparo às mesmas, durante o período de negociação.

Ora, por força do art. 146 do CTN, se legal fosse - que não é -, o novo critério adotado em relação às operações mencionadas, objetivando alargar a imposição tributária, esse novo critério só poderia valer para o futuro, a teor do artigo 146 do CTN, assim redigido:

A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto ao fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.²⁷

²⁵ Maria Helena Diniz, no verbete capital circulante, ensina: “Capital Circulante. Direito Comercial. É o consumido na produção da indústria, na distribuição de bens e serviços ou no estabelecimento comercial, atendendo a todos os compromissos assumidos, por exemplo, com matéria-prima, mão-de-obra, combustível, etc. Trata-se do capital de giro, que é o excesso do ativo corrente sobre o passivo corrente. Constitui, portanto, o patrimônio da empresa que está em movimento comercial, servindo para pagar a mão-de-obra, comprar matéria-prima, suprimindo a falta de concordância das receitas e despesas” (*Dicionário Jurídico*, ob. cit., v. 1, p. 489).

²⁶ Celso Bastos critica as imposições taxativas no sistema financeiro dizendo: “A área financeira, por sua vez, ainda é mais rebelde ao tratamento normativo. Trata-se de campo extremamente vibrátil, sensível a toda sorte de influências conjunturais e estruturais. As imposições taxativas neste campo, mais do que regularizarem e racionalizarem os comportamentos dos diversos agentes econômico-financeiros, fazem com que o seu atuar resvale para a marginalidade econômica e para os subterrâneos da economia” (*Comentários à Constituição do Brasil*, ob. cit., 7 v., p. 341).

²⁷ Américo Lacombe comenta o dispositivo: “Confirma este artigo o princípio geral da imutabilidade do lançamento. Se houver mudança na valoração jurídica dos dados ou elementos de fato que informam a autoridade administrativa no exercício da atividade do lançamento, tal mudança só poderá ser considerada quanto a fatos geradores ocorridos após a introdução dessa modificação” (*Comentários ao Código Tributário Nacional*. Saraiva, v. 2, p. 303).

Com base nessa norma, os consulentes não poderiam sofrer qualquer processo tributário ou financeiro decorrencial.

É de se notar que o artigo fala no “exercício do lançamento”, o que deixa claro ser esse momento, ou seja, o momento em que a autoridade está lançando aquele em que pode ocorrer a alteração dos critérios aceitos anteriormente pela administração.

Em face de todo o exposto, respondo sucintamente às seis questões formuladas:

1) Pode a legislação sobre o sistema financeiro aplicar sanções tributárias sobre operações que se realizam rigorosamente nos padrões exigidos pela lei de regência?

Não. É de se lembrar que o § 4º do artigo 44 só pode punir infrações à Lei nº 4.595/64, e não punir eventuais infrações tributárias. Não há possibilidade de aplicar-se a analogia, nesta matéria, alterando a expressão constante do art. 44 da Lei 4.595/64, “desta lei” para “desta e de qualquer outra lei, inclusive de natureza tributária”.²⁸

2) As operações mencionadas são legais, à luz do direito tributário ou de legislação sobre o sistema financeiro e suas instituições?

Rigorosamente legais. Ainda não há norma anti-elisiva no Brasil, em face da não-conversão em lei dos arts. 13 a 19 da MP 66/02. E a própria Lei Complementar nº 104/01, ainda dependente de regulamentação ordinária, é objeto de ação direta de inconstitucionalidade no STF. Não havendo lei tributária a respeito, à evidência, não se pode pretender considerar violado o que não existe.²⁹ Quanto à lei financeira (4.595/64), ela foi obedecida, posto que, em nenhum momento, se feriu qualquer dos dispositivos daquele diploma, que rege a vida das instituições financeiras. E, por fim, as operações mencionadas, no plano do direito civil, não foram modificadas, continuando, até o fim dos prazos estipulados, a ter validade e eficácia.

3) As operações mencionadas exteriorizam uma novação, nos termos do Código Civil?

Não. Quer à luz do Código de 1917, quer à luz do Código Civil ora em vigência - que, na matéria, reproduziu o texto do anterior -, não houve novação de uma dívida em outra, mas apenas mero aditamento à primeira obrigação, sem *animus novandi*. Clóvis Bevilacqua claramente considera o *animus novandi* elemento essencial para que a novação se caracterize. Diz:

²⁸ Ao interpretar o art. 108, inciso I, do CTN, Ricardo Lobo Torres esclarece: “A analogia ganhou prestígio a partir da obra de Savigny e, também, de Geny e Zitelmann, estas últimas como reação às teses da plenitude do ordenamento jurídico defendidas pelo pandetismo positivista. Nada obstante, a analogia demorou a ingressar no Direito Tributário, posto que até mesmo Savigny e Geny recusavam tal possibilidade, influenciando parcela sensível da doutrina: Blumenstein, Bühler, e, entre nós, Rubens Gomes de Souza, Alfredo Augusto Becker, Francisco de Souza Matos, Moacir Lobo da Costa e Alberto Xavier. Ao depois, todavia, modificou-se a orientação doutrinária, podendo-se dizer que a maioria esmagadora da doutrina passou a aceitar a analogia, exceto para a exigência de tributo não previsto em lei, inclusive no Brasil” (*Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. 3. ed. Rio de Janeiro; Renovar, p. 119).

²⁹ O XIII Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária, aberto pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, concluiu: “1ª pergunta: Qual a diferença entre elisão e evasão fiscal e quais os limites legais que separam as duas figuras? Plenário: Elidir é evitar, reduzir o montante ou retardar o pagamento de tributo, por atos ou omissões lícitos do sujeito passivo, anteriores à ocorrência do fato gerador.

Evadir é evitar o pagamento de tributo devido, reduzir-lhe o montante ou postergar o momento em que se torne exigível, por atos ou omissões do sujeito passivo, posteriores à ocorrência do fato gerador” (*Caderno de Pesquisas Tributárias. Resenha Tributária/CEU*, v. 14, p. 491, 1989).

Novação é a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira. Embora muito haja perdido da sua primitiva importância, e apareça, muito apagadamente, nos Códigos mais recentes, como o suíço das obrigações e o alemão, é, ainda, um meio liberatório, que tem caracteres próprios e efeitos jurídicos apreciáveis.

A novação pressupõe: 1º) o acordo das partes; 2º) uma obrigação válida anterior; 3º) ânimo de novar, *expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação*, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda a reforçar a primeira (art. 1.000); 4º) validade da segunda obrigação (grifos meus).³⁰

4) A norma anti-elisão, introduzida pela Lei Complementar nº 104/01, já foi regulamentada em lei ordinária? Na operação, com pleno e prévio conhecimento de autoridades monetárias e tributárias, houve Elisão ou simulação?

Não. Os artigos 13 a 19 da MP nº 66/02 não foram convertidos em lei. A LC 104/01 ainda depende de regulamentação.

Tampouco é possível considerar ter havido Elisão ou simulação. É de se lembrar que a “elisão”, nos moldes descritos pela Lei Complementar nº 104/01, confunde-se com “simulação”, pois é definida como “dissimular a ocorrência de fato gerador”. Depende, todavia, essa norma de regulamentação para adquirir eficácia. No caso, objeto da consulta, não houve nem Elisão, nem simulação, sobre haver pleno conhecimento das atividades financeiras pelo próprio sistema que obriga o Banco Central aos controles de todas as instituições.³¹

5) Os artigos 13 a 19 da MP 66/02, que tiveram sua eficácia afastada *ex tunc*, poderiam continuar a embasar qualquer procedimento tido por anti-elisão?

Jamais. Ainda que - e não é o caso - a autuação e as operações tivessem ocorrido no curto prazo em que vigeu a referida medida provisória, as suas disposições não poderiam continuar a embasar procedimento tido por anti-elisivo, visto que, ao perder eficácia *ex nunc*, a lei mais benigna que vigorava antes da MP e que continuou a vigorar posteriormente no curto período em que esse ato legislativo provisório permaneceu produzindo efeitos levaria à impossibilidade de aplicação do § 11 do artigo 62 da Constituição Federal.

Aliomar Baleeiro ensina:

O CTN dispôs, por outras palavras que, em relação às penalidades, observe-se o caráter restrito do Direito Penal, infenso - salvo opiniões isoladas - à analogia. A máxima *in dubio pro reo* vale aqui também. *Benigna amplianda*, embora não se reconheça mérito na equiparação das leis fiscais às *lege odiosae*, a que se referiram velhos autores”.³²

6) Pode a legislação tributária modificar conceitos, princípios e normas próprios de direito privado?

³⁰ Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Paulo de Azevedo, v. 4, 1955, p. 126.

³¹ Edvaldo Brito sobre a norma anti-elisão escreve: “Não há possibilidade de existência, no direito brasileiro, de uma norma geral anti-elisão tributária, enquanto a Constituição mantiver a nucleação de que se fala supra, na qual se inclui o princípio da estrita legalidade do elemento material da hipótese do fato gerador com o corolário do princípio da tipicidade cerrada” (*O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 73).

³² Direito Tributário Brasileiro, Forense, p. 397.

Não. Os artigos 109 e 110 do CTN claramente o proibem. Sacha Calmon Navarro Coelho comenta o artigo 110, dizendo:

“No art. 110 se proíbe possa o legislador infraconstitucional alterá-los para o fim de alargar *pro domo sua* os fatos geradores previstos na Constituição. É dizer, os institutos, conceitos e formas de Direito Privado utilizados pela Constituição Federal (e pelas Constituições dos Estados e Leis Orgânicas Municipais) para estabelecer e limitar competências tributárias não podem ser alterados. Tais conceitos, institutos e formas são recebidos pelo Direito Tributário tal qual são no Direito Privado. O objetivo aqui é preservar a rigidez do sistema de repartição das competências tributárias entre os entes políticos da Federação, segregando a partir de conceitos de Direito Privado já sedimentados as fontes de receita tributária dos mesmos. Isto posto, só para exemplificar: mercadoria, salário, bem imóvel, contrato de seguro, quando usados para articular os fatos geradores dos impostos, não podem ser desarrazoadamente alterados pelo legislador infraconstitucional, federal, distrital, estadual ou municipal, com o fito de tributar realidades não previstas ou já atribuídas a outra ordem de governo.³³

-:-:-

³³ *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 575-576.