



Montagem: Fabrício Martins

## A instrumentalização do combate à sonegação fiscal como um meio de defesa do contribuinte que paga os seus tributos – algo precisa ser feito

Hélio Silvio Ourem Campos<sup>1</sup>.

Entre as questões de massa, aquelas que surpreendentemente mais mereceram destaque neste primeiro estágio da pesquisa foram a sonegação seriada que vem ocorrendo no Brasil e o tratamento gradualmente abrandado que provoca uma preocupante sensação de que nada há a fazer.

A jurisprudência precisa indagar-se se não poderia estar sendo forte com o fraco e fraca com o forte.

Dizer que um processo de crime contra a ordem tributária transitou em julgado pelo fato de a denúncia não haver sido suficientemente específica, de modo a permitir o amplo direito de defesa, jamais poderia trazer como consequência a impossibilidade de aditamento da mesma; e, agora, especificados os fatos, e antes que a prescrição os socorra, o processo deveria ter o seu recomeço.

Talvez isto sequer merecesse ser entendido como relativização da coisa julgada. Contudo, pode não ser inco-

num cobrir com o manto da impunidade a extensão de uma coisa julgada que, na realidade, não há.

Este exemplo, por si só, já demonstra as dificuldades que serão enfrentadas.

Assim, nesta primeira etapa, pois há um objetivo de consolidação do grupo de pesquisa no tempo, apresentou-se como desafio central a aparente precariedade da jurisprudência brasileira sobre a sonegação e a impunidade quanto aos crimes fiscais.

A coisa julgada em favor da pretensão dos sonegadores foi surpreendentemente a descoberta principal do começo das pesquisas. Eis o ponto de partida: processos findos e transitados em julgado, permitindo-se acompanhá-los nas suas razões e contra-razões o mais possível completas.

A procura das causas desta constatação consumiu a maior parte do tempo, tendo havido a necessidade de buscar-se a integração endógena e exógena dos órgãos e

1. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Juiz Federal. Professor Titular em Direito Processual e Tributário da Universidade Católica do Estado de Pernambuco. Ex-procurador judicial do município do Recife. Ex-procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Procurador Federal. [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net).

entidades públicas, por meio de reuniões e seminários dentro e fora do ambiente universitário.

Foram muitos os encontros buscando aproximar as esferas municipal, estadual e federal. Esse esforço não se restringiu ao Estado de Pernambuco, pois buscou contactos e participações efetivas em Brasília, Sergipe, Alagoas, Mato Grosso do Sul, etc.

Ministros, juízes, desembargadores, auditores e procuradores das entidades federativas, professores universitários não apenas da área jurídica, mas também da econômica e contábil, orientandos de pesquisa, jornalistas, meios de imprensa em geral foram mobilizados de modo a se engajarem num verdadeiro movimento que procuramos construir.

Não foi fácil, pois houve reação dos setores que se julgaram atingidos.

Contudo, após tantos anos lecionando Direito Tributário e Processual, busquei realizar algo que tivesse efeitos concretos, uma espécie de contribuição mais direta em favor da sociedade na qual vivo.

Isto porque sempre considerei necessário aliar teoria e prática. A teoria sem a prática, pedindo desculpas a quem pense o contrário, aproxima-se da inutilidade ou quase isto.

Assim, coloquei-me em confronto com a minha prática profissional, onde já trabalhei como advogado, consultor, procurador, juiz, professor etc.

Passei a discutir o lugar-comum de que se pagam muitos tributos e se recebem poucos e ineficientes serviços no Brasil.

Essa seria a nossa justificativa para a evidente aceitação dos crimes de sonegação fiscal. O contribuinte pobre, de classe média, o micro, o pequeno e médio empresários, e mesmo o grande empresário que opta pelo crescimento à custa da sonegação, justifica-se moral e socialmente com este argumento: não é irregular deixar de pagar os tributos.

Acho preocupante essa aceitação da sociedade. É necessário refletir sobre ela.

Primeiramente, se parece consensual que no Brasil existam escolas de ótima e de péssima qualidades; hospitais excelentes e terríveis e que, para a população mais carente, quase sempre sobram as piores alternativas, por que se pensar que o tratamento fiscal é isonômico? Ou seja, que todos os contribuintes recebem um tratamento equilibrado.



Portanto, se é verdade que para alguns há uma carga tributária escorchante e serviços sofríveis de retorno, não se deve generalizar também com isto.

O nosso sistema tributário é duplamente regressivo. Explico melhor. Proporcionalmente, paga mais tributos quem tem menos; e recebe mais do Estado, quem tem mais.

Basta ver que considerando como bases de imposição tributária o **patrimônio**, a **renda** e o **consumo**, é sobre o consumo onde se intensifica a tributação. E é de se preocupar com o fato de que uma pessoa humilde compromete a maior parte do que tem no consumo (alimentos, material de higiene e limpeza, etc.).

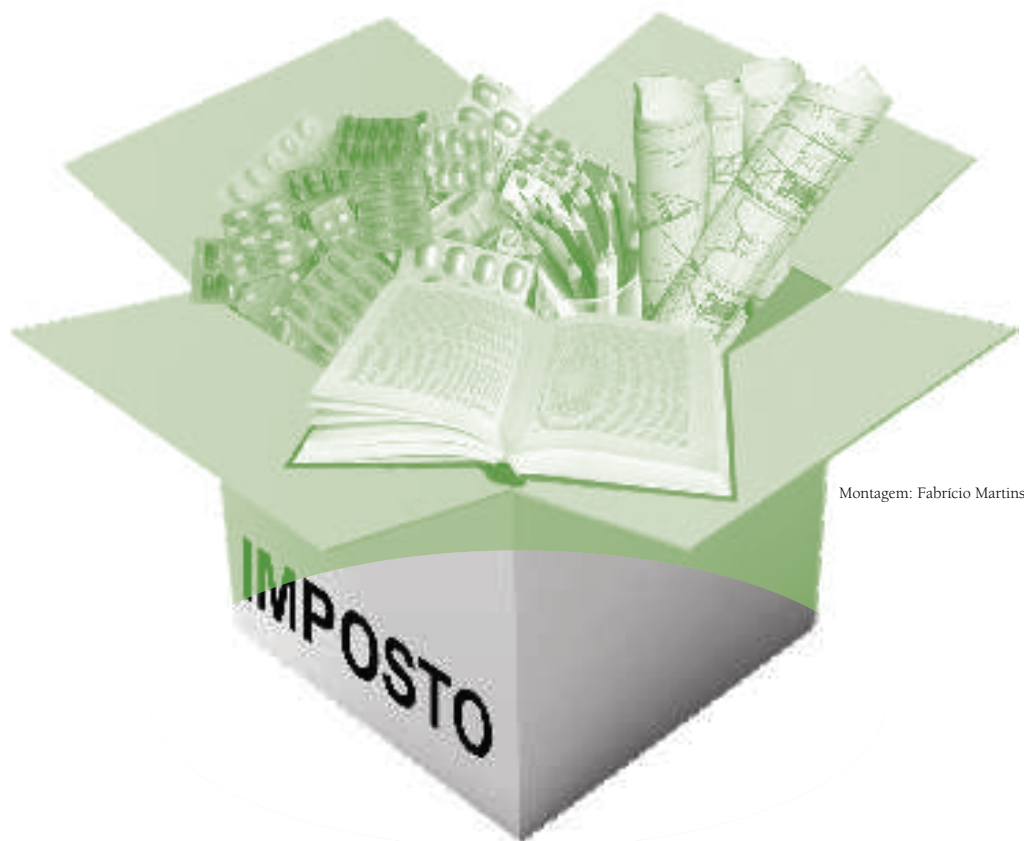
Logo, a lógica fiscal de optar pelo consumo como base de imposição tributária preferente é algo que não pode ser esquecido, e em qualquer reforma tributária precisa ser levado em conta.

Quanto ao retorno do dinheiro público, os benefícios e incentivos fiscais são práticas que exigem uma fiscalização eficiente, haja vista o triste passado de fraudes em instituições como a Sudene e a Sudam.

Ocorre que no Brasil, exatamente em função da visão distorcida de que todos os contribuintes estariam, na prática, merecendo o mesmo rigor de tratamento, a sociedade em geral trata o grande fraudador até com certa admiração, como alguém de sucesso, que soube lidar com o sistema.

O grande fraudador não é tratado como um criminoso. Logo, ele não se sente como tal.

Aliás, já cheguei mesmo a escutar em um debate que também o sonegador tem as despesas decorrentes da sone-



Montagem: Fabrício Martins

gação que, algumas vezes, passa pelo pagamento da propina ou pela transferência de prestígio social.

Afora as despesas provenientes da sua defesa em juízo ou fora dele.

Isso estimula a impunidade, que pode ocorrer pela mera ausência de fiscalização eficiente ou pela interpretação dos órgãos julgadores administrativos e judiciais.

E note que se trata de um encontro de contas. Se há, ou não, vantagem em sonegar.

Logo, se realmente se pretende reduzir a sonegação no Brasil, faz-se necessário tornar desvantajosa a postura do sonegador, não se permitindo, por exemplo, que faça jus a parcelamentos que excluam a sua punibilidade.

Afora o fato de que o instituto do parcelamento não implica senão em suspensão da exigibilidade da dívida, não fazendo surgir uma nova; pois em nada se confunde com o instituto jurídico da novação.

Estender-lhe ao sonegador, retira a atitude de respeito que é preciso ter diante do sistema jurídico, premiando-se o sonegador, que adquirirá uma vantagem concorrencial perante aquele que paga os seus tributos em dia.

Afinal, desvio de dinheiro público dá-se tanto quando o dinheiro se encontra nos cofres públicos e é utilizado para finalidades privadas quanto quando o dinheiro se-

quer ingressa nos cofres públicos pela via da sonegação.

Aqui vale lembrar que não basta punir os corruptos, pois estes, embora devam ser punidos, virão a ser substituídos até com alguma facilidade, dentro de uma cultura como a nossa que aceita e admira a postura do grande sonegador.

Faz-se imprescindível identificar o corruptor. E parece que isso é ainda mais difícil.

A dificuldade decorre de questões sociais gerais, mas também de problemas bem específicos.

Falta-nos integração entre os órgãos públicos. Essa ausência é tanto endógena, quanto exógena. Explico melhor.

As Auditorias Públicas (municipais, estaduais, distritais e federais), as Procuradorias, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as polícias (tantas vezes subdivididas em locais e regionais), etc. possuem uma estrutura interna que ainda exige uma aproximação bem maior. E se é assim internamente, muito mais difícil será a integração entre os órgãos públicos.

Neste ciclo de estudos sobre isonomia, sonegação fiscal, processo e coisa julgada, procurei exatamente aproximar esses órgãos e a sociedade para que se comece a entender que cobrar as dívidas fiscais é um dos caminhos para se reduzir a carga tributária daqueles que efetivamente a pagam.

No percurso dos nossos estudos, pareceu-me também surpreendente a questão do medo.

Isto porque se, de um lado, o cidadão comum tem certo receio de passar por uma auditoria, passei a considerar a possibilidade de os auditores terem receio do grande sonegador, não apenas no que se refere a atentados físicos, mas também porque a sonegação organizada, e realizada sistematicamente, quando surpreendida nos seus esquemas, reage. E a reação não se trata apenas de se defender material ou processualmente, mas inclusive adotar uma postura de ataque, processando os fiscais que não têm a mesma estrutura judicial, buscando com isso atemorizá-los e evitar que a perquirição continue.

Logo, se é preciso impedir o abuso da fiscalização; por outro, faz-se necessário fornecer-lhe tranquilidade, de modo que se possa agir com o equilíbrio e a firmeza que a função exige.

Tudo isto faz crer que seja imprescindível estabelecer um contraponto nos estudos do direito tributário no Brasil.

Nos congressos, seminários etc., se deve haver de um lado a exposição dos advogados tributaristas, tão brilhantes e com tantas teses bem desenvolvidas; de outro, também precisa haver expositores que defendam o Fisco e a sociedade que não costuma contratar, até porque não tem recursos para tanto, os grandes juristas da área fiscal, que se encontram entre os maiores expoentes nacionais.

Só assim é que a juventude jurídica universitária, ainda em formação, conseguirá encontrar o justo meio termo.

É preciso entender que assim como os grandes devedores têm o direito de contratar advogados sérios e competentes para fazerem as suas defesas; a Fazenda Pública tem o dever de também proceder às sustentações orais, sobretudo naquelas causas que repercutem bilhões. Não se trata de interferência do Executivo no Judiciário, mas de exercício regular de um direito-dever em benefício de toda a sociedade, pois é necessário ter em conta que o que é público é de todos nós.

Até porque, acaso a inconstitucionalidade seja declarada, o normal seria que o dinheiro fosse devolvido para aquele que realmente pagou o tributo maior, o contribuinte que pagou de fato.

Isto só não ocorreria em duas situações: a) quando aquele que pagou de fato, no preço, autorizar o contribuinte de direito a recolher aquilo que foi indevido; b) quando o contribuinte de direito comprovar que efetiva-

mente arcou com os custos do tributo, sendo ele também o contribuinte de fato.

Evidentemente que, nesta segunda hipótese, haveria de abrir os seus livros à fiscalização.

Insisto que se reflita sobre o que digo. Se algum tributo pago for havido posteriormente como inconstitucional, quem deveria haver de volta o indevido seria aquele que efetivamente pagou.

É por isso que toda vez que se diz que as mercadorias, os produtos e os serviços estão bem mais caros porque é alto o valor do tributo, é preciso refletir.

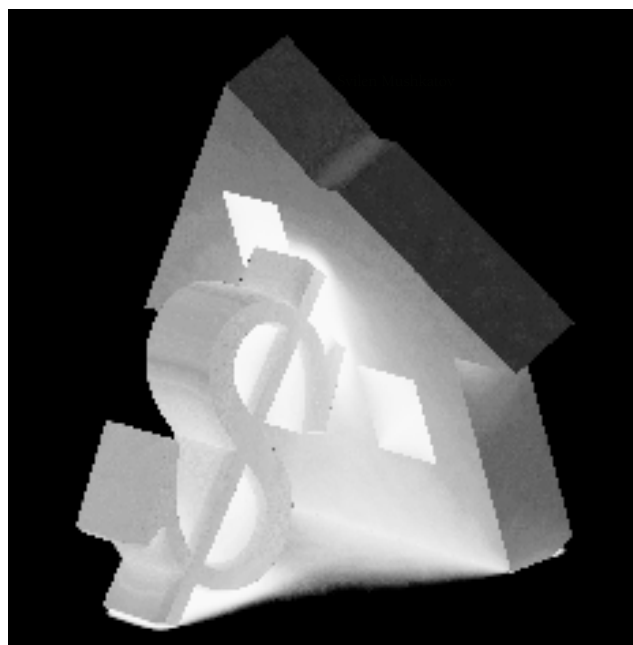
Ora, é direito do consumidor não apenas saber quanto de tributo há no preço daquele produto; mas também deve ser informado se aquela empresa efetivamente recolhe os valores fiscais embutidos no preço.

Assim como a empresa acessa (SPC, Serasa, Cadin) os dados do seu consumidor, o consumidor também deveria ter a informação sobre os dados da empresa onde opta comprar.

É uma questão de responsabilidade fiscal. Quem sabe um selo identificando a empresa que cumpre com a sua função social de pagar tributos.

As informações precisam ser de mão dupla.

É nessa linha que encontro o art. 198, § 3º, do CTN. Não é vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais; inscrições na dívida ativa da fazenda pública; parcelamento ou moratória.





Quando se diz que há preferência em relação aos créditos da Fazenda Pública, também creio que isto seja uma aparente ilusão.

Afinal, se a opção de inadimplência for em direção a clientes e fornecedores, eles logo cortarão o fornecimento ou resistirão em comprar. Quanto ao Fisco, aquele que trabalhar com execução fiscal verificará que a recuperação de ativos é muito baixa, pouco freqüentando a preocupação do devedor inadimplente que, com um mandado de segurança, objetivará atingir a certidão negativa que faltava, muitas vezes até sem a necessária garantia de pagamento, haja vista uma parte do setor da construção civil, que resiste dizendo que os seus empreendimentos são desligados das dívidas da empresa.

Mas se poderia dizer que as estratégias jurídicas são meios lícitos, às vezes, apelidados de planejamento tributário ou elisão. Talvez em alguns casos. Mas veja os que vão a seguir, e diga se esses são meios lícitos ou meras dissimulações:

1. Formações de sociedades com posterior dissolução com redistribuição de capital de modo a não pagar o ITBI. Explico melhor. Se duas pessoas forem comprar um apartamento de poucos mil reais, certamente encontrarão dificuldades de pagar o dito ITBI, quando da transferência de propriedade por meio do registro. Isto porque, em relação ao poder aquisitivo dos adquirentes, ele será ingavelmente alto. Contudo, se a unidade imobiliária atingir alguns milhões, não seria razoável que comprador e devedor simulassem uma sociedade integralizando o capital com o dito apartamento e o seu valor correspondente, para logo a seguir dissolvê-la, agora invertendo o capital integralizado. Aquele que inicialmente ofereceu a unidade imobiliária sai da sociedade com o dinheiro, e aquele que inicialmente ingressou com o dinheiro, sai dessa com o imóvel. Isto tudo para fugir do tributo, ITBI, menosprezando toda a fiscalização.

2. Dissimulações de pro labore na forma de aluguel de bens próprios – casas, automóveis etc. Se a empresa vai mal, e não se pode justificar uma retirada alta de pro labore, supera-se o problema na forma seguinte. A casa (ou as casas), o automóvel (ou vários deles) que são da propriedade do sócio, são alugados à sociedade, que passa a pagar os ditos “aluguéis”. Seria esta uma forma inteligente de dizer que não se paga pro labore, mas meros aluguéis? Que a sociedade em geral, mas melhor informada, responda.

3. Parcelamentos como formas de extinção de punibilidade e não de suspensão. Utilização de laranjas (funcionários da própria empresa ou não) e fantasmas para depósito do faturamento. Com isso, reduz-se o faturamento real e se paga menos tributos. Pego o esquema, busca-se socorrer-se de parcelamentos especiais, e com isso não apenas suspender o pagamento imediato da dívida, mas até extingui-la, afirmando-se que a dívida parcelada em nada se confunde com a original decorrente de fraude ao faturamento. A novação funcionaria aí como uma forma extraordinária de perdão ou de impunidade. Note-se que se defende o parcelamento da dívida decorrente do ilícito fiscal não como uma forma de suspensão da exigibilidade, ou mesmo da punibilidade; mas como uma maneira inteligente de extinguir a própria punição.

4. Cisões de empresas de modo a pagar o parcelamento com base no faturamento da empresa cindida, e que praticamente não mais funciona, pois toda a atividade passou para a empresa conseqüente da cisão. Assim, a empresa-mãe tem a dívida, que costuma ser bem alta, mas detém um faturamento quase inexistente, e é com base nele que se pretende pagar o débito mediante módicas prestações, calculadas à base de um faturamento artificialmente esvaziado.

5. *Off shores* e preços de transferência. Valores vultosos são encaminhados para o exterior a pretexto de comprar desde jogadores de futebol até produtos de luxo. O valor do produto ou do jogador é menor, mas assim se promove evasão de divisas. Por outro lado, quando uma nova mercadoria está para chegar, diz-se que vale bem menos, pois se paga menos tributos (sonegação). Via de regra, notas fiscais são lançadas no estrangeiro com valores relativos ínfimos, bastante distantes daqueles apontados pelo Banco do Brasil, no Siscomex. Salvo melhor juízo, o encaminhamento criminal não é uma opção para o juiz, mas uma obrigatoriedade.

6. Más concessionárias de veículos ou empresas de faturização, compras e vendas de notas fiscais, notas fiscais calçadas, exercício irregular no setor de combustíveis, construção civil, usinas, estivas, bandas musicais, atividades financeiras suspeitas, especialmente junto a pequenos e médios bancos etc.

Aqui, abro destaque:

a. Para os pseudoprocuradores com poderes mais amplos que os dos próprios pseudo-sócios de empresas. Parece incrível observar que pessoas modestas aparecem como sócias de empresas; e outras, bem menos modestas, surjam como procuradores destas primeiras, com amplos poderes para realizar todos os tipos de negócios em nome dos proprietários. Às vezes, os sócios diretores, por cláusula contratual, são obrigados a assinar, em nome das empresas, em conjunto, para que o negócio jurídico tenha validade; enquanto, ao “procurador”, basta que assine isoladamente;

b. Sobre os pseudo-restaurantes, quando atividades de fachada, caberia um capítulo em separado; afinal, com os cerca de 8% de ICMS, poderiam emitir desbragadamente notas fiscais de venda e, com isso, lavar dinheiro “sujo” a um custo de branqueamento bem em conta.

O dever de sinceridade fiscal, como se observa, é um déficit alto no Brasil e vem retirando a paciência do pagador adimplente, que fica cada vez mais onerado com a atitude do mau cidadão e da má empresa (concorrência desleal), que agem pela via dissimulada e estão demonstrando um resultado de sucesso nos processos findos (coisa julgada), ainda não sendo desvantajoso deixar de adimplir com as obrigações tributárias.

Poderia-se dizer: nada há a ser feito.

Penso que não.

O nosso ciclo de estudos vem buscando encontrar soluções.

Entre aquelas possíveis, cito duas por enquanto:

a) Buscando a integração entre os órgãos, sugere-se a criação de **Coafs (Conselho de Controle de Atividades Fiscais)** regionais. O art. 16, da Lei 9613/03, de março de 1998, prevê a sua composição, que não vai além de 15 pessoas. É muito pouco para um país continental como o nosso. Daí, a necessidade de Coafs regionais;

b) A melhor fiscalização do financiamento das campanhas políticas. Ao Tribunal Superior Eleitoral caberia não apenas indicar o valor real que



cada candidato a deputado federal, estadual, senador, prefeito, governador, presidente da República haveria despendido nas suas campanhas; mas também deveria disponibilizar para todo cidadão brasileiro os nomes dos financiadores: empresas e instituições. Afinal, se é um direito de uma empresa financiar um candidato que irá representar os seus interesses, é também direito da sociedade em geral o de estar informada do financiamento. Talvez assim se comece a pensar que alguns representantes não são tão omissos como parecem; afinal, é preciso fixar quem na verdade ele estará representando. Com isto, não apenas os problemas de sonegação, dificuldade de fiscalização e efetiva cobrança poderiam ser melhor enfrentados; mas, quem sabe, inclusive os vícios em licitações poderiam ser reduzidos. (vide: os sites “políticos do Brasil” e “transparência Brasil”)

É bem verdade que comparar países diferentes é uma atitude de risco, mas vale observar os parâmetros norte-americanos de enfrentamento à sonegação fiscal, não se esquecendo de que, nos EEUU, há um adágio que diz “só duas coisas são certas na vida: a morte e pagar impostos” (tradução livre).

Eis os parâmetros: 1) possibilidade de prisão perpétua, a depender do montante sonegado; 2) a desvantagem de sonegar deve ser superior à vantagem; 3) a sanção deve desestabilizar o criminoso; 4) a sanção deve amedrontar as suas pessoas próximas; 5) deve haver efetividade na punição.

É de se recordar Al Capone e Pete Rose (o maior reba-

tedor de beisebol de todos os tempos). Presos, independentemente do prestígio.

Saúde, educação, segurança pública, reforma agrária, construção de estradas, aposentadorias e pensões. Tudo isso, e muito mais, o Estado depende dos tributos para custear.

Eis o que ataca a supressão dos recursos públicos pelos chamados “ricos-pobres”, aqueles cujas empresas vão economicamente mal, mas em suas vidas particulares não se ruborizam de andar de helicópteros, carros de extremo luxo, com verdadeiros palácios à beira-mar, viagens constantes ao estrangeiro com estadias em hotéis refinadíssimos, etc.

Embora haja quem diga que a riqueza seja igual em qualquer parte, e a pobreza possa ser diferente, ao menos, no Brasil, é necessário distinguir a origem do dinheiro.

E não se fala aqui da informalidade da microempresa, que precisa do apoio do Estado mediante uma tributação reduzida, de modo a permitir que cresça e concorra, não permitindo o monopólio ou oligopólio de nenhum setor, de modo a promover o controle de preços pelo setor privado.

É necessário estimular a micro e a pequena empresa; é necessário estimular a concorrência. É necessário permitir à grande empresa que possa manter-se no mercado sem a deslealdade na concorrência. Afinal, quanto maior a carga tributária, mais elevada será a deslealdade em benefício do sonegador.

Impunidade. Esse é um incômodo que a sociedade precisa afastar. Não vai ser fácil. Afinal, não são apenas leis que podem ser alteradas, mas depende principalmente de uma mudança de mentalidade da sociedade e dos seus juízes.

Talvez os números da inadimplência estimulem o cidadão a entender do que, na verdade, se está a falar.

Valores inadimplidos, por órgão de controle (números apresentados pelo Governo Federal na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 303/2006, a regulamentadora do então denominado REFIS 3 ou PAEX):

1. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional: R\$ 343 bilhões.
2. Receita Federal: R\$ 260 bilhões.
3. Previdência Social: R\$ 160 bilhões.
4. REFIS (parcelamento – recuperação fiscal): R\$ 52 bilhões.
5. PAES (parcelamento – parcelamento especial): R\$ 60 bilhões.
6. Parcelamento Ordinário: R\$ 7 bilhões.

Nesse período, final de 2006, o Estado de Pernambuco possuía em execução fiscal aproximadamente R\$ 7,5 bilhões.

Pois bem, este foi um abreviadíssimo resumo do ciclo de estudos que vem sendo desenvolvido desde o ano de 2006, a partir do Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco, contando com a colaboração do TRF da 5ª Região e de tantos outros órgãos públicos e da sociedade em geral.

Benefícios previdenciários e remunerações de servidores públicos são repetidamente apontados como culpados pelo déficit fiscal. Mas, por que não cobrar de quem deve? E deve tanto?

Montagem: Fabrício Martins

