

21/09/2016 - 05:00

O planejamento fiscal e o dever do administrador

Por **Plínio J. Marafon**

Nestes últimos anos, alguns intelectuais do mundo jurídico têm considerado existir um sofisma no raciocínio de que o administrador deve buscar o planejamento tributário como meio de maximizar a rentabilidade da empresa.

Vamos demonstrar alguns argumentos contrários a esse raciocínio contraditório: a) na Constituição Federal a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios, dentre outros propriedade privada, livre concorrência e busca do pleno emprego (artigo 170); b) conforme a Lei das Sociedades Anônimas (LSA), o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios; c) e o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (artigos 153/4).

Por aí já se pode ver que a busca do planejamento tributário máximo não vai de encontro a esses princípios, mas está com eles intimamente ligada. Se a Constituição Federal protege a propriedade privada e a livre concorrência, é imperativo planejar a menor carga fiscal possível! Até porque se não o fizer, o concorrente vai buscar esse resultado, e estabelecer uma competição fiscalmente desleal, mas legal.

A norma geral não dá a necessária segurança ao Fisco para atacar planejamentos fiscais estruturados

O incremento da rentabilidade por medidas de planejamento fiscal proporciona mais lucros aos acionistas, bem como ajuda a manter o pleno emprego da entidade. E a função social da empresa é realizar as atividades elencadas em seus estatutos sociais e tem como consequência a geração de lucro e de empregos, dentre outras, nada se opondo à pseudoverdade da afronta do princípio da solidariedade social, que aliás, tem seu limite na lei.

Funções sociais caritativas são a razão de existência das associações sem fins lucrativos, as quais foram contempladas com imunidade ou isenção de tributos. Querer que as empresas lucrativas paguem tributos sem se planejarem ou que sejam omissas quanto às suas responsabilidades é um pensamento que contraria as livres iniciativa e concorrência.

Na verdade, o que está por trás disso, como nuvem de fumaça, são os limites do planejamento. Querer contestar o direito à economia fiscal, por suposto sofisma, é uma forma de mascarar a difícil - senão impossível - tarefa de balizar essa conduta.

Não sabendo como equacionar a questão, simplifica-se negando o direito! Por mais que se alegue haver algum sucesso em legislações que estabeleceram cláusulas gerais antielisivas, em todas elas há contestações casuísticas, gerando contínuos contenciosos e insegurança jurídica.

Isso porque nenhuma regra geral desse tipo conseguiu ser satisfatória dentro da multiplicidade e dinâmica das atividades econômicas. Sem contar a pródiga imaginação dos agentes na estruturação de reengenharias tributárias.

Mesmo nos Estados Unidos isso aconteceu recentemente: o Fisco local teve que estabelecer nova regra para evitar que a fusão da Pfizer com a Allergan transferisse a sede social da nova empresa para a Irlanda, onde esta última se aproveita de expressivos benefícios fiscais.

E essa conduta redundou na desistência da fusão, tal a magnitude dos efeitos do planejamento fiscal na motivação do negócio. Quem pode afirmar que essas empresas estavam erradas em buscar uma economia tributária significativa, inclusive mediante uma simples mudança de endereço.

Outro exemplo é o candidato à Presidência de lá, Donald Trump, que se vale de brechas legais no ramo imobiliário para pagar um mínimo de tributos sobre a renda.

Na contramão desse raciocínio o Fisco brasileiro ainda tenta, legalmente, introduzir uma conceituação de "propósito negocial", para adequar a norma antielisiva do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, que confunde a simulação com o negócio lícito.

Por que será? Simplesmente porque essa norma geral não dá a necessária segurança ao Fisco para atacar planejamentos tributários estruturados, mesmo que internamente. Exemplo disso foi a recente discussão do tema "ágio interno" no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf).

Na maioria dos casos foi um planejamento tributário equacionado com todos os cuidados necessários para que os figurantes exercessem seu adequado papel no cenário arquitetado, inclusive os externos, como os avaliadores das causas dos ágios.

Só o fato de a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) ter decidido contra os contribuintes por empate com voto de "minerva" demonstra a imensa fragilidade da resistência fiscal, ratificado pelo relatório final da CPI do Carf: "O chamado voto de qualidade, por seu turno, parece estar encontrando seu fim em recentes decisões judiciais as quais aplicam o princípio do in dubio pro reo previsto no Código Tributário Nacional, ainda que se deva observar que tal princípio somente se aplica, segundo a disposição literal da lei, em matéria de infrações" (íntegra disponível em www.camara.gov.br/sileg/integras/1482112.pdf).

Planejamentos tributários bem-sucedidos só podem ser combatidos pela mudança casuística na legislação, como revela nosso histórico pregresso. A argumentação filosófica contrária ao planejamento, em conclusão, é apenas o uso de um malabarismo que não toca o mundo real, é restrito a um mundo imaginário, de idolatria (esquerdista), tangenciando exatamente a função do sofisma: enganar!

Plínio J. Marafon é advogado, sócio de Marafon, Fragoso e Soares Advogados

Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações