

A CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DA NORMA GERAL ANTIELISIVA. Taciana Spirandelli de Freitas, Élcio Trujillo. – Direito – Departamento de Direito Público – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Campus de Franca.

O Estado, no exercício de sua atividade financeira, busca por diversas maneiras combater o déficit público através da contenção de despesas e aumento de receitas. Várias leis eclodiram nos últimos tempos com esta finalidade, dentre as quais se pode citar a Lei Complementar nº 104/2001, que inseriu o Parágrafo Único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional.

Este dispositivo, também conhecido como “Norma Geral Antielisiva”, trouxe à tona uma nova possibilidade do Estado angariar recursos financeiros, ao atribuir ao administrador fiscal o poder de desconsiderar o ato ou negócio jurídico praticado, fazendo incidir o suposto tributo devido.

Entretanto, a economia fiscal lícita assume fundamental relevância nos tempos atuais, pois a diminuição do custo produtivo torna as empresas mais competitivas no mercado concorrencial.

A possibilidade de intervenção do Estado cria, assim, um ambiente conflituoso entre os interesses públicos e privados, pois refletem a colisão de princípios basilares do Direito Tributário assegurados pela Constituição Federal, quais sejam: os princípios da liberdade, igualdade e segurança jurídica, amplamente garantidos pelo Estado Democrático de Direito, *versus* os da igualdade e capacidade contributiva.

No mais, o próprio texto utilizado pelo legislador apresenta-se oblíquo, ensejando inúmeras interpretações à respeito do alcance e aplicabilidade dos termos empregados.

A problemática levantada pela pesquisa envolve a interpenetração de conceitos e institutos jurídicos, bem como a contraposição de princípios e garantias constitucionais. Portanto a pesquisa será desenvolvida utilizando-se da dogmática jurídica, método específico da ciência do direito, que possui como base a análise de legislações, doutrina, e decisões jurisprudenciais do Direito Constitucional, Tributário, Penal, Civil e Financeiro, bem como dos institutos estrangeiros análogos ao brasileiro no combate à elisão fiscal.

Como é apropriado a uma pesquisa científica na área de Direito, e de acordo com as modernas orientações metodológicas, interagirão ao longo da pesquisa mais de um método.

O método indutivo será o utilizado no processamento da bibliografia e revisão de literatura; o comparativo, na diferenciação entre conceitos e institutos similares abordados; o lógico-sistemático na estruturação das idéias em uma linha de raciocínio; o hipotético-dedutivo, em caráter subsidiário, no caso de se fazer necessário trabalhar com hipóteses e suas conseqüências; e por fim, os métodos dedutivo e analítico serão utilizados na redação e conclusão da pesquisa.

A metodologia estruturante também será utilizada quando constatado que a interpretação tradicional das normas jurídicas não for capaz de adequar-se às exigências práticas que os princípios do Estado Democrático de Direito impõem, em busca de uma interpretação normativa mais adequada à aplicação dos preceitos mandamentais.

Por meio dos mecanismos acima mencionados, faz-se necessária uma exata distinção entre as modalidades de economia e planejamento tributário (elisão, evasão, negócio jurídico indireto, simulação, dissimulação, fraude), que, somados aos critérios interpretativos adotados pelo sistema brasileiro, resultará na delimitação daquilo que o legislador teve a intenção de implementar, e do que efetivamente consolidou.

Após análise detida de cada instituto, e dos seus respectivos sistemas originários, em especial a teoria alemã, italiana, francesa e espanhola, procurar-se-á adequá-las ao sistema tributário brasileiro, considerando-se seus princípios basilares, e as garantias fundamentais do contribuinte tributário.

Excluindo-se as teorias incompatíveis com o ordenamento tributário brasileiro, serão consideradas aquelas que mais se adaptam ao nosso sistema. Terminada esta etapa da pesquisa, será possível estabelecer algumas possíveis conclusões: a impossibilidade de aplicação de uma provável norma geral antielisão, baseado na experiência história alemã, e nos princípios mandamentais do direito tributário da legalidade, liberdade e segurança jurídica, que ademais, expressamente proíbem o uso da analogia para a instituição ou majoração de qualquer tributo.

Restará, portanto, determinar aquilo que efetivamente introduziu a Lei Complementar n. 104, e sua respectiva aplicabilidade. Entendemos que a possibilidade de intervenção do administrador público nos atos e negócios jurídicos privados restringe-se a buscar a imperatividade e unicidade lógica da teoria da imposição tributária.

Assim, deverá ser utilizada como medida de exceção, em situações que evidenciem patente abuso de direito, e por não se enquadrarem nas condutas absolutamente elisivas, contra as quais o Estado não poderá intervir, e também em nenhum ato ilícito previamente fixado pelo ordenamento, representam uma “válvula de escape” para contribuintes inescrupulosos; que portanto, deverá ser veemente combatido e desconsiderado para efeitos fiscais, em benefício do princípio da igualdade e justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Carvalho. O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil Brasileiro: a possível desconsideração de formas jurídicas pelos magistrados através da utilização das novas cláusulas gerais. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, nº 64, p. 167-193, set/out. 2005.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. A norma geral antielisiva e o princípio da proporcionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 103, p. 89-97, abr. 2004.

FEITOZA, Crisley de Souza. Análise técnica da alteração introduzida pela Lei Complementar 104 no art. 116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, nº 45, p. 130-154, jul/ago. 2002.

FERRARA, Francesco. **A simulação dos negócios jurídicos**. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva & Cia., 1939.

FISCHER, Octavio Campos. Abuso de Direito: o Ilícito Atípico no Direito Tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão**: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Elisão e Evasão Fiscal**. Co-edição. São Paulo: Resenha Tributária, 1988. (Caderno de pesquisas tributárias, 13).

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2002.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 17 ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

XAVIER, Alberto. A norma antielisão da MedProv 66/2002 e a Tributação por Analogia: uma brutal agressão ao princípio da legalidade. **Revista Tributária e das Finanças Públicas**. São Paulo, nº 47, p. 39-42, nov/dez. 2002.