

O planejamento tributário e os riscos

"A jurisprudência não é definitiva, pois o direito é mutante e evolucionário"

Por *Marcus Vinicius Buschmann*

Nos últimos anos vimos que a estabilidade imutável é algo impossível, que a economia, a sociedade e as regras do jogo são instáveis por natureza, estando em eterno monitoramento. Assim, acreditar em paradigmas operacionais sem a existência constante do risco é uma aposta alta e perigosa. Desta forma, os negócios se abrem à gestão de riscos em todas as suas áreas, ou seja, é melhor trabalhar com probabilidades alcançáveis do que com certezas inexistentes.

No Brasil, a carga e o custo tributário são extremamente elevados, sendo comum a prática do planejamento tributário feito através do aproveitamento da legislação, com suas lacunas e seus benefícios. Não entraremos aqui no embate da moralidade da elisão fiscal, mas desde já defendemos que os abusos e absurdos devam ser combatidos, porém as operações e escolhas empresariais comuns que, não como um fim em si mesmo, mas como acessório do principal, aproveitem da legislação para auferir economia tri-

butária, deverão ser respeitadas.

O planejamento tributário de qualquer empresa também deve estar conectado a este paradigma não apenas no campo econômico, mas também no plano jurídico. Na escolha de um planejamento tributário e a sua operacionalização são necessárias avaliações constantes entre suas operações em face da mutante legislação, bem como da jurisprudência dos tribunais superiores, as quais ganharam enorme importância em nosso sistema jurídico tendo em vista os efeitos da globalização, o que o jurista Italiano Mauro Capelletti entende como "o começo da fusão dos sistemas da 'civil law' e da 'common law' ocasionada pelas relações econômicas internacionais."

Desta forma, a visão ou crença de que um planejamento tributário dará segurança eterna a certa operação ou, até mesmo, uma garantia momentânea, ou estará fadada ao fracasso ou será uma aposta extremamente arriscada, pois o custo tributário reduzido poderá no futuro se tornar num passivo de enormes proporções.

Nesta linha de raciocínio, o planejamento tributário deverá ser auxiliado ou gerido em uma análise de riscos constantes, pois as próprias decisões judiciais do passado, cujo conteúdo orienta inúmeras decisões empresariais, podem ser revisitadas, com a mudança de entendimento acerca da matéria decidida, que poderá ser probabilisticamente prevista em uma gestão de riscos tributários. Não adianta fugir de questões lógicas, porém caóticas, mas compreender sua existência e geri-las da melhor maneira.

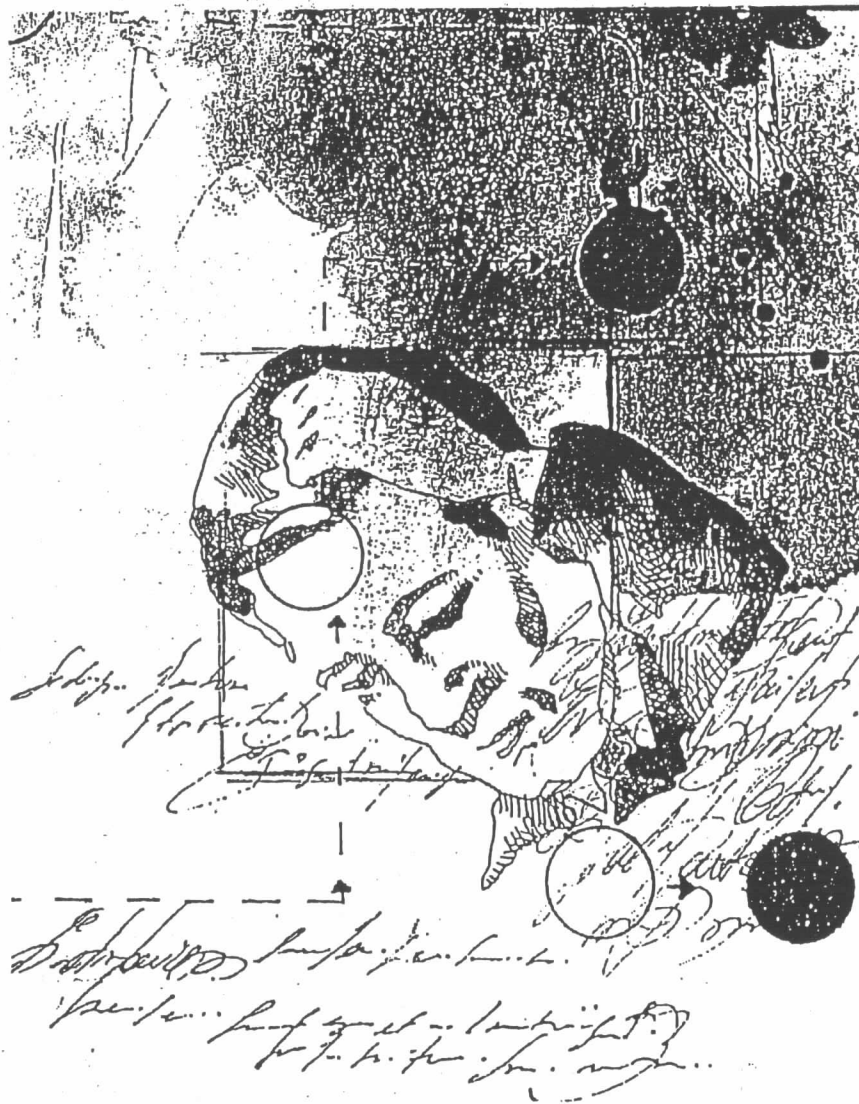
O que deve ser entendido é que a jurisprudência não é definitiva, pois

o direito é mutante e evolucionário, ainda mais em Estados que procuram o bem estar social e a justiça social, e não algo estático como sempre buscou o liberalismo. O direito foi feito pelos humanos para os humanos e, assim como os humanos, está fadado a mudanças constantes, tanto na legislação quanto na própria jurisprudência, que não está apenas vinculada à lei, mas acima de tudo à Constituição e a seus valores.

Exemplo prático ocorreu com o Imposto Sobre Serviços (ISS) quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) começou a interpretar, diferentemente da literalidade da lei, qual o local de pagamento do tributo, caso que permitiu que vários municípios agissem de forma distinta em sua legislação municipal e em sua forma de fiscalização. Várias empresas foram surpreendidas por tributações na fonte e dupla tributação, além de eventuais autos de infração. A Lei Complementar nº 116/2003 tenta resolver certos aspectos, porém não acreditamos que terá muito sucesso.

A gestão de riscos aplicada num planejamento tributário poderá auxiliar os departamentos e a gerência de tributos a compreender os riscos judiciais e fiscais das operações, sua forma de avaliação, projeção de riscos e a sua análise constante, de forma a antever as mudanças ocorridas no sistema jurídico como um todo, permitindo assim uma constância de informações relevantes a serem utilizadas por todas as áreas de qualquer empresa.

Ora, as áreas jurídica, tributária e fiscal são relevantes em todas as empresas e em todos os países, porém no caso brasileiro chega a ser de vital importância. A falta de pre-



visão, da avaliação de riscos do planejamento tributário, ou seja, a falta de um planejamento tributário como gestão de risco, poderá ocasionar uma economia tributária momentânea, mas também um passivo enorme, com custos enormes que surgirão no futuro. Tal fato prejudica não apenas a obtenção

de lucro e redução de custos, mas no fim prejudica a própria empresa em face da concorrência. Afinal, o concorrente poderá estar mais bem preparado e com preços menores graças a um planejamento tributário eficaz e ter seus problemas jurídicos futuros com maiores probabilidades de obtenção de êxi-

to em caso de litígio fiscal.

René Descartes via o mundo como um perfeito relógio. Será o planejamento tributário e a sua gestão igual? Acreditamos que não.

Marcus Vinicius Buschmann é advogado, consultor e mestre em direito tributário