

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PARTICIPANTES EM FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTICEDENTES E MULTISSACADOS - (ANFIDO) - ANTECIPAÇÕES DE RECEBÍVEIS EFETUADAS POR DEVEDORES DA FAZENDA PÚBLICA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE FRAUDE A QUE ALUDE O ART. 185, DO CTN - QUESTÕES CONEXAS

SUMÁRIO

CONSULTA	p. 3
PARECER	p. 5
1. Circunscrição do problema e plano de trabalho	p. 5
2. A supremacia da Constituição Federal	p. 7
2.1. Os princípios constitucionais	p. 11



3. Os princípios <i>da livre iniciativa e da preservação da empresa</i>	p. 17
3.1. Introito	p. 17
3.2. O significado e o alcance dos princípios <i>da livre iniciativa e da preservação da empresa</i>	p. 19
4. O <i>princípio da proporcionalidade (razoabilidade)</i> , como limite constitucional à atuação fiscal	p. 23
5. O significado e o alcance do art. 185, do CTN	p. 27
6. A necessária distinção entre os bens do ativo fixo e os bens do ativo circulante	p. 31
7. Considerações finais	p. 43
RESPOSTAS AOS QUESITOS	p. 48



CONSULTA

A prestigiosa ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PARTICIPANTES EM FUNDOS DE INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTICEDENTES E MULTISSACADOS – ANFIDC (Consulente), por intermédio de seus ilustres Advogados, os Doutores CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES, MARCELO AUGUSTO DE BARROS e VINÍCIUS DE BARROS, do renomado escritório *TEIXEIRA FORTES ADVOGADOS ASSOCIADOS*, honra-nos sobremodo, submetendo à nossa apreciação a seguinte CONSULTA, que tomamos a liberdade de resumir:

“1. A Procuradoria da Fazenda do Estado de São Paulo recentemente requereu, em um processo de execução fiscal, com base no art. 185, do CTN, a declaração de fraude na cessão de títulos de crédito efetuada pelo devedor.

“2. Melhor explicitando, o devedor naqueles autos, no curso de suas atividades normais, emitia uma série de faturas contra seus clientes (todas regularmente documentadas por notas fiscais e duplicatas mercantis).

“3. Ocorre que, desde 2017, o devedor optou por antecipar os recebimentos das referidas faturas, o que fez por meio de operações de cessão a Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC’s”) – associados da Consulente –, que adquiriram tais títulos, pagando-os à vista.

“4. Agora, a Fazenda Pública paulista, sob a alegação de que tais operações configurariam a presunção de fraude, referida no art. 185, do CTN, pretende que os associados

da Consulente depositem em juízo, os valores dos títulos cujos montantes anteciparam ao devedor, até o limite do valor da dívida cobrada na execução fiscal.

“5. Tal argumento, naquele caso, foi acolhido pelo MM. Juízo da execução, que intimou os FIDC’s a efetuarem os referidos depósitos”.

Diante dos fatos acima narrados, a Consulente gostaria de ver respondidos os seguintes **quesitos**:

“1º) A presunção de fraude prevista no art. 185, do CTN, deve se restringir à alienação de bens do ativo não-circulante, que não estejam relacionados à atividade-fim do devedor?”

“2º) As operações de cessão de recebíveis, praticadas entre o devedor fazendário e os FIDC’s, podem ser enquadradas na definição de ‘alienação ou oneração de bens ou rendas’, prevista no art. 185, do CTN?”

“3º) O art. 185, do CTN, interage de alguma forma com outras normas tributárias relacionadas à alienação ou oneração de bens por devedores? A decisão judicial que reconheceu a existência de fraude, na cessão de recebíveis, entrou em conflito com outras disposições legais?”

Para nosso conhecimento e análise, a Consulente fez chegar às nossas mãos **cópias** dos documentos necessários à exata compreensão do caso.



PARECER

1. Circunscrição do problema e plano de trabalho

I- Deseja-se saber, em síntese, se as operações de cessão de títulos (antecipação de recebíveis), efetuadas entre empresas com dívidas fiscais e os *Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDC's)* associados da Consultante, podem, à luz do que dispõe o art. 185, do CTN, ser consideradas fraudulentas, de modo a compeli-los a depositar em juízo os montantes negociados, até o limite dos débitos cobrados em execução fiscal.

II- Antes de darmos início à apresentação e ao desenvolvimento de nossos pontos de vista, anotamos que, ao invés de nos embrenharmos na aridez da teoria, teceremos, de logo, as considerações necessárias e suficientes à análise das questões que nos foram apresentadas.



III- Permitimo-nos aduzir, no entanto, na esteira das lições clássicas de Antonio Castanheira Neves,¹ que o Direito, para ser bem aplicado, exige, de um lado, a adequada interpretação das normas jurídicas em vigor e, de outro, a correta análise dos fatos ocorridos no *mundo fenomênico*.²

Incumbe, pois, ao operador do Direito subsumir o *conceito da norma jurídica ao conceito do fato*,³ com o que aclarará o objeto da discussão e estará apto a resolver os problemas concretos que lhe foram submetidos.

III- Assim, para levarmos a bom termo a tarefa que nos foi confiada, trataremos, num primeiro momento, (i) da supremacia da Constituição Federal e de seus grandes princípios; (iii) do *princípio da*

¹. *Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade: (ensaio de uma reposição crítica)*, Almedina, Coimbra, 1967.

². Empregamos a expressão "*mundo fenomênico*" no sentido kantiano de "*mundo real*", vale dizer, de local onde ocorrem os fatos que podem ser apreendidos por meio dos sentidos ou da experiência.

³. Para Karl Engisch, "na subsunção, tal como agora a encaramos, trata-se primariamente da sotoposição de um caso 'individual' à hipótese ou tipo legal e não directamente na subordinação ou enquadramento de um 'grupo' de casos ou de uma 'espécie' de casos. (...)

"Tem-se dito que a sotoposição de um caso real individual a um conceito é um absurdo lógico. 'Somente um igual pode ser subsumido a outro igual'. A um conceito somente pode ser subsumido um conceito. De conformidade com essa ideia, um trabalho recente sobre a estrutura lógica da aplicação do Direito acentua: a subsunção de um caso a um conceito jurídico 'representa uma relação entre conceitos: um facto tem de ser pensado em conceitos, pois que de outra forma - como facto - não é conhecido, ao passo que os conceitos jurídicos, como o fenómeno o diz, são sempre pensados na forma conceitual'. São, portanto, subsumidos conceitos de facto a conceitos jurídicos" (Introdução ao Pensamento Jurídico, tradução de João Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª ed., 1968, pp. 78-79).

livre iniciativa e da preservação da empresa; e, (iii) do princípio da razoabilidade.

Em seguida, com apoio nas premissas a que tivermos chegado, cuidaremos dos demais assuntos, em ordem a dar respostas fundamentadas a todos os quesitos que nos foram formulados.

2. A supremacia da Constituição Federal

I- O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, estruturadas de forma hierarquizada. A Constituição ocupa, neste conjunto, o patamar mais elevado, dando *fundamento de validade* às demais normas, pois ela “*representa o escalão de Direito positivo mais elevado*”.⁴

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos preleciona:

*“(...) as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas”.*⁵

⁴. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2^a ed., 1987, p. 240.

⁵. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 14^a ed, 1992, p. 44.

Assim, a Constituição, máxime num Estado Democrático de Direito como o nosso, é a lei suprema, que submete todos os cidadãos e os próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Qualquer norma jurídica só será considerada válida se com ela estiver em harmonia.

II- De fato, nas Constituições rígidas, como a brasileira, as normas constitucionais legitimam toda a ordem jurídica. As leis, os atos administrativos, as sentenças, valem, em última análise, enquanto desdobram mandamentos constitucionais.

A lição de José Afonso da Silva, a respeito, é, como de hábito, límpida e terminante; *verbis*:

*“Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ele confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”.*⁶

Ademais, as normas constitucionais, além de ocuparem o ponto mais elevado da “*pirâmide jurídica*”, caracterizam-se pela imperatividade de seus comandos, que obrigam não só as pessoas (físicas ou jurídicas, nacionais ou internacionais), como o próprio Estado,

⁶. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros Editores, 8ª ed., 1992, p. 47.

no Brasil representado pelas pessoas políticas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal).

III- O que estamos procurando ressaltar é que a Constituição não é um mero repositório de recomendações, a serem ou não atendidas, mas um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas, inclusive pelo legislador infraconstitucional, aí compreendido o *constituente derivado*.⁷

Não por outro motivo, a Constituição é a lei fundamental do Estado, sendo superior a todas as suas demais manifestações normativas.⁸

⁷. Anotamos que a Constituição brasileira possui alto grau de estabilidade ou, se quisermos, de permanência no tempo, com o que aumenta a segurança jurídica das pessoas, o que não significa que seja imutável. De fato, ela é um organismo sempre em movimento, submetido à dinâmica da realidade, com o que é passível de reforma, mediante modificações pontuais, que atendam às trepidações da vida e da *praxis*.

Nosso constituinte de 1988 previu, em seu art. 60, um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário para a alteração de dispositivos da Carta Suprema: o processo de edição de emendas constitucionais. Tal processo, no entanto, não autoriza a violação de seus valores e princípios ("*cláusulas pétreas*"), entre os quais, os que veiculam direitos fundamentais.

Assim, é inadmissível, no sistema brasileiro, mutação em detrimento de direitos fundamentais.

Vai daí, que uma emenda constitucional poderá ser expungida do ordenamento jurídico por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado). Nesse sentido, já decidiu o STF: "*Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, do poder constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (CF, art. 102, I, 'a')*" (Revista de Direito Administrativo, 191/214).

⁸. O Supremo Tribunal Federal encampou a tese da supremacia da Constituição; *verbis*: "*A superioridade normativa da Constituição traz, insita, em sua noção conceitual, a idéia de um estatuto fundamental, de uma 'fundamental law', cujo incontestável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva instituída pelo Estado*" (STF, RTJ 140/954, RE 107.869, Rel. Min. Célio Borja).

IV- Para Gomes Canotilho a superioridade hierárquica da Constituição revela-se sob três perspectivas; a saber:

*“(1) as normas do direito constitucional constituem uma ‘lex superior’ que recolhe o fundamento de validade em si própria (‘autoprimazia normativa’); (2) as normas de direito constitucional são ‘normas de normas’ (‘norma normarum’), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias, etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição”.*⁹

Em suma, as normas jurídicas mais importantes encontram-se na Constituição. É ela que indica quem detém os poderes estatais, quais são estes poderes, como devem ser exercidos e quais os direitos e garantias que as pessoas têm em relação a eles. Além disso, revela o modo de ser do Estado, dando respaldo de validade a todas as suas leis, decretos, portarias, atos administrativos e, num certo sentido, às próprias decisões judiciais.

Mas, mesmo na Constituição, existem normas mais importantes e normas menos importantes. As mais importantes são as que veiculam *princípios*, verdadeiras vigas-mestras do ordenamento jurídico.

É o que veremos, em seguida.

⁹. *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 5ª ed., 1991, p. 141 (grifamos).

2.1. Os princípios constitucionais

I- Conforme acabamos de expor, as normas constitucionais, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não possuem a mesma importância, já que, algumas, veiculam simples *regras* ao passo que, outras, verdadeiros *princípios*.

Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Efetivamente, a Constituição não é um mero ajuntamento de preceptivos, cada qual girando em sua estreita órbita, sem sofrer nenhuma atração dos demais. Pelo contrário, eles se articulam em feixes orgânicos, em blocos unitários de sentido, que seguem as diretrizes dos princípios. Estes devem, assim, ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.

Por esse motivo, Celso Antônio Bandeira de Mello observa; *verbis*:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.



*“Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”.*¹⁰

Seguindo na traça do mestre, também nós aduzimos que o sistema jurídico; *verbis*:

*“(...) ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruírmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes ‘alicerces’ e estas ‘vigas mestras’ são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção”.*¹¹

Ato contínuo, tratamos de apresentar nosso conceito de princípio constitucional; *verbis*:

“(...) é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo,

¹⁰. Curso de Direito Administrativo, 30^a ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2013, p. 975.

¹¹. Curso de Direito Constitucional Tributário, São Paulo, Malheiros, 34^a ed., 2023, pp. 44/45.

*vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.*¹²

II- Sempre mais estamos a perceber, pois, que o princípio constitucional, pouco importando se expresso ou implícito,¹³ influi na interpretação e na boa aplicação até dos mandamentos constitucionais. Destarte, se um mandamento constitucional tiver pluralidade de sentidos deverá ser interpretado e aplicado em sintonia com o princípio constitucional que lhe for mais próximo.

Ora, se até os mandamentos constitucionais sofrem a influência dos princípios constitucionais, por muito maior razão (argumento *a fortiori*) os contidos nas leis, decretos, portarias, etc., que, evidentemente, só poderão irradiar efeitos enquanto não os contrariarem, quer na letra, quer no espírito.

Daí Celso Antônio Bandeira de Mello declarar que “*princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo*”.¹⁴

Em idêntico sentido, as didáticas ponderações de

¹². *Curso...*, p. 45.

¹³. Há princípios constitucionais que não se encontram positivados no texto constitucional, mas são inerentes ao sistema e ao espírito da Constituição. A respeito, já escrevemos: “*Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico*” (*Curso...*, p. 45).

¹⁴. *Curso...*, p. 477.

Luís Roberto Barroso; *verbis*:

*“O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie”.*¹⁵

Reforçando tais ideias, Paulo Benevides, em seu festejado *Curso de Direito Constitucional*, chega a falar até na existência, no ordenamento pátrio, de um verdadeiro *Estado Principiológico*.¹⁶

III- Em função disso tudo, sentimo-nos confortáveis em proclamar que, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que seja (ou aparente ser) deve-se, preliminarmente, buscar as culminâncias dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção apontam. Nenhum ato normativo (lei, decreto, portaria etc.) poderá prevalecer, se entrar em testilhas com um princípio constitucional.

Afinado no mesmo diapasão, Geraldo Ataliba leciona:

“(...) princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam

¹⁵. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1ª ed., 1996, pp. 141.

¹⁶. *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, São Paulo, 25ª ed., 2010, pp. 281 e ss.

os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências".¹⁷

Assim, os princípios constitucionais exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral.

Vai daí que os *principios* são normas qualificadas, que dão coesão e estrutura ao sistema jurídico, exibindo excepcional valor aglutinante. Indicam como devem ser criadas e aplicadas as demais normas jurídicas.

IV- Interessante notar, com Jesus Leguina Villa, que, entre princípios e regras constitucionais, "*não há diferença de natureza, senão de estrutura e de função; ambos os preceitos fazem parte do ordenamento jurídico e são, por isto, em igual medida, Direito objetivo*".¹⁸

De fato, embora os princípios e as regras constitucionais tenham a mesma estrutura lógica, aqueles têm maior pujança

¹⁷. *República e Constituição*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1985, pp. 6/7 (grifamos).

¹⁸. "*Principios generales del Derecho y Constitución*", in *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. V, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1988, pp. 3016 (traduzimos).

ça axiológica do que estas. São, pois, normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação das demais normas.

V- A importância do respeito aos princípios constitucionais foi brilhantemente exposta por Konrad Hesse; *verbis*:

*“(...) aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”.*¹⁹

Em resumo, até as normas constitucionais – quanto mais as legais e infralegais – devem ser interpretadas e aplicadas do modo que dê maior eficácia aos princípios consagrados na Carta Suprema.

Muito bem. O quanto escrevemos vale, como não poderia deixar de ser, para o princípio *da livre iniciativa*, do qual passamos a nos ocupar.

¹⁹. A *Força Normativa da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22 (grifamos).



3. Os princípios da livre iniciativa e da preservação da empresa

3.1. Introito

I- Conforme vimos, as normas jurídicas mais importantes encontram-se na Constituição. Porém, ao contrário do que pode parecer ao primeiro súbito de vista, não possuem a mesma expressão, já que, algumas, veiculam simples *regras* ao passo que, outras, verdadeiros *princípios*.

Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*. Efetivamente, a Constituição não é um mero ajuntamento de preceptivos, cada qual girando em sua estreita órbita, sem sofrer nenhuma atração dos demais. Pelo contrário, eles se articulam em feixes orgânicos, em blocos unitários de sentido, que seguem as diretrizes dos princípios. Estes devem, assim, ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper.

II- Sempre mais se percebe, pois, que o princípio constitucional, seja expresso, seja implícito,²⁰ influi na interpretação e na

²⁰. Princípios constitucionais há que, embora não se encontrem positivados no texto constitucional, são inerentes ao sistema e ao espírito da Carta Suprema. A respeito, já escrevemos: "Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Tudo vai depender do âmbito de abrangência de um e de outro, e não do fato de

boa aplicação até dos mandamentos constitucionais. Deveras, se um mandamento constitucional tiver pluralidade de sentidos ele deverá ser interpretado e aplicado em sintonia com o princípio constitucional que lhe for mais próximo.

Ora, se até os mandamentos constitucionais sofrem a influência dos princípios constitucionais, por muito maior razão (argumento *a fortiori*) os contidos nas leis, decretos, portarias, pareceres normativos etc., que, evidentemente, só poderão irradiar efeitos enquanto não os contrariarem, quer na letra, quer no espírito.

Daí Celso Antônio Bandeira de Mello declarar, em lição sempre repetida, que “*os princípios constitucionais são vetores para soluções interpretativas*”.

III- Em função disso tudo, podemos proclamar que, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que seja (ou aparente ser) deve-se, preliminarmente, buscar as culminâncias dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção apontam. Nenhum ato normativo (lei, decreto, portaria, parecer normativo etc.) poderá prevalecer se entrar em testilhas com um princípio constitucional.

Destarte, os princípios constitucionais exercem uma função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a edição e a interpretação das normas jurídicas em geral, inclusive as de natureza constitucional. Isso

um estar melhor ou pior desvendado no texto jurídico” (Curso..., pp. 45).

porque são normas qualificadas, que dão coesão e estrutura ao sistema jurídico, exibindo excepcional valor aglutinante. Indicam, em suma, como devem ser criadas e aplicadas as demais normas jurídicas.

Pois bem. Entre os princípios constitucionais, merece especial atenção, para os fins desta manifestação opinativa, o *da livre iniciativa*.

3.2. O significado e o alcance dos princípios da “livre iniciativa” e da “preservação da empresa”

I- O *princípio da livre iniciativa* é uma das diretrizes de nosso sistema jurídico econômico. O assunto já se encontra delineado no art. 1º, da Constituição Federal, que o alça (inciso IV) ao patamar de *fundamento* da República Federativa do Brasil. E, mais adiante, a mesma Carta Suprema, agora em seu art. 170, *caput*, volta a estatuir que nossa ordem econômica se funda no princípio da “*livre iniciativa*”.

Este princípio encerra, parafraseando Robert Alexy, um *comando de otimização*,²¹ que impõe que se busque a melhor maneira de cumpri-lo, sem acarretar ônus desnecessários às pessoas que desenvolvem atividades empresariais.

²¹. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86.

II- Trata-se da pedra de toque da economia de livre mercado, vigente no sistema capitalista adotado pelo Brasil, no qual a intervenção do Estado nos agentes econômicos, tanto quanto na própria Economia, deve ser pontual e excepcional. Observe-se, ainda, que a *livre iniciativa* não deve ser entendida apenas como um princípio institucional de Direito Econômico, inserto no Texto Magno. Na verdade, ela está indissociavelmente ligada ao próprio *direito à liberdade*,²² em seus vários desdobramentos, aí incluído o de planejar as atividades empresariais e de firmar contratos, para levá-las a bom termo.

Ao Estado incumbe, apenas, estimular a livre iniciativa, inclusive possibilitando, às empresas, a busca de novas fontes de recursos e de alternativas capazes de otimizar seus negócios.

Em outras palavras, as medidas adotadas pelo Estado devem ingerir, *o menos possível*, nas atividades empresariais. Afinal, por mais respeitáveis que sejam os interesses públicos a tutelar, não chegam ao ponto de se sobrepor ao direito fundamental de as sociedades empresárias conduzirem seus negócios.

III- Tudo converge, pois, no sentido de que o arcabouço jurídico-tributário incidente no caso concreto deve ser sopesado com atilada prudência, de modo a não tolher a *liberdade de iniciativa*, seja

²². Para Alexy, o ponto central do direito constitucional à liberdade reside na possibilidade "de fazer ou omitir o que se queira, quer dizer, a liberdade de eleger entre alternativas de ação" (*op. cit.*, p. 430). Isto pode ser traduzido como *liberdade negativa*, em sentido lato, bem traduzida no art. 5º, II, da Constituição Federal ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei").

das empresas que possuem passivos fiscais, seja dos associados da Consulente, que simplesmente adquirem direitos creditórios.

Adiantamos que isso se dá, quando se presumem – como fez a Fazenda Pública paulista – fraudulentas as cessões de recebíveis efetuadas por empresas devedoras do Fisco e os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, associados da Consulente.

Tal medida não apenas faz perigar a continuidade das empresas devedoras do Fisco, que se verão impedidas de antecipar recebíveis e, com isso, obterem capital de giro para permanecer desenvolvendo suas atividades, como também inviabilizarão as legítimas atividades dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, que, na prática, não mais realizarão operações com adiantamento de recebíveis.

Realmente, a opção de uma empresa por negociar o adiantamento dos seus recebíveis se faz relevante justamente quando há problemas de caixa, que dificultam a continuidade de suas operações. Apenas adiantando no tempo os valores que têm a receber – mesmo que, com isso, recebam um valor menor – elas conseguem obter capital de giro para financiar suas atividades.

IV- Ademais, interpretação por nós preconizada vai ao encontro do *princípio da preservação da empresa*, que reconhecendo a importância desse instituto para a ordem econômica nacional, visa à flexibilização de algumas garantias para determinados credores, em ordem a propiciar a continuidade operacional da empresa.

Tal medida, conquanto possa – num primeiro momento e no curto prazo – restringir o pleno exercício dos direitos

creditórios individualmente considerados, também favorece a manutenção do empreendimento e, no médio e longo prazo, pode trazer ganhos socioeconômicos significativos, com a manutenção de empregos, a geração de novos postos de trabalho, a movimentação da economia, a continuidade da saúde financeira de fornecedores, entre outros.

IVa- Com efeito, a *função social da empresa* não se limita a proteger as prerrogativas de quem explora atividades econômicas, mas, pelo contrário, reconhece que a livre iniciativa proporciona inequívocos benefícios à coletividade, auxiliando decisivamente na valorização do trabalho humano e na busca pela existência digna dos cidadãos.

Na realidade, deflui diretamente de outros postulados, que conformam a ordem econômica constitucional, tais como, *(i)* a propriedade privada, *(ii)* a função social da propriedade, *(iii)* a livre concorrência, *(iv)* a redução das desigualdades regionais e sociais, *(v)* a busca do pleno emprego, e *(vi)* o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração do País (cf. art. 170, II, III, IV, VII, VIII e IX, da *CF*).

Daí porque as leis – notadamente quando tratam da execução de créditos – devem ser interpretadas e aplicadas *cum grano salis*, de modo a assegurar, na medida do possível, a *preservação das empresas*.

V- Evidentemente não estamos aqui a defender a inadimplência dos contribuintes e a fraude contra credores, notadamente quando este for o Fisco. De revés, o regular pagamento dos tributos e a



efetividade de sua cobrança contribuem decisivamente para o bem da coletividade, financiando, entre outras, a saúde, a segurança pública, a educação, a cultura e toda a infraestrutura do Estado.

O que questionamos, sim, são os excessos na cobrança de créditos fiscais, principalmente quando impedem que uma pessoa jurídica em dificuldades financeiras possa continuar com suas atividades, apenas porque deve tributos. E, pior, inviabiliza que terceiros que não são devedores de tributos (como os *FIDC's* associados da Consulente) possam exercer atividades econômicas perfeitamente lícitas e relevantes.

VI- Deveras, os poderes conferidos ao Fisco, para garantir o recebimento dos créditos tributários, não podem ser exercidos de modo a comprometer a continuidade operacional de uma empresa nem, muito menos, de impedir que terceiros exerçam atividades econômicas lícitas e lícitas.

Do contrário, restaria malferido o *princípio da razoabilidade*.

Se não, vejamos.

4. O *princípio da proporcionalidade (razoabilidade)*, como limite constitucional à atuação fiscal

I- Entre os limites constitucionais para a atuação fiscal merece destaque o *princípio da proporcionalidade*, também



conhecido como *princípio da razoabilidade* ou *da proibição do excesso* (*Übermassverbot*).²³

Portanto, as medidas adotadas pelo Poder Público para a prossecução dos objetivos fazendários devem ser apropriadas, isto é, ter *a menor ingerência possível* nos negócios das pessoas (físicas ou jurídicas). Afinal, por mais respeitáveis que sejam os interesses fazendários a tutelar, não chegam ao ponto de sobrepor-se ao direito fundamental que elas têm, de conduzirem seus negócios com liberdade e dignidade.

II- Há de haver, pois, *racionalidade* na aplicação, ainda que por meio de lei – quanto mais de atos administrativos *lato sensu* –, das sanções tributárias. Mesmo a pretexto de dissuadir condutas irregulares, não podem ir *além da marca*, isto é, ter extensão e intensidade desmedidas, capazes de inviabilizar ou, mesmo, dificultar, as atividades normais dos contribuintes.

Em suma, a ordem jurídica não tolera os agravos à liberdade e à propriedade dos contribuintes, que ultrapassem o

²³. A nosso sentir, a proporcionalidade e a razoabilidade, por correrem paradas, devem ser aglutinadas num único princípio.

Há, no entanto, quem sustente que a razoabilidade e a proporcionalidade não se confundem, até porque, esta foi criação do Tribunal Constitucional Alemão (o que influiu no direito continental europeu), ao passo que, aquela, além de ter-se originado da jurisprudência da *common law*, com o seu padrão de *reasonable man*, admite um leque mais amplo de aplicação.

O tema, posto interessante, não será por nós desenvolvido, por carecer de maior importância para a solução dos problemas que nos foram apresentados.

indispensável à satisfação dos lícitos interesses fazendários.

Daí falar-se em “*justa proporção*” entre o gravame a ser suportado pelo contribuinte e o fim arrecadatório que se pretende atingir.

III- A doutrina moderna tem por inafastável o *princípio da proporcionalidade*, para assegurar a eficácia das ações sancionatórias do Estado, contra a sociedade em geral.

Calham, a respeito, estas pertinentes reflexões de Gilmar Ferreira Mendes; *verbis*:

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

“Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (...) no princípio da reserva legal proporcional (...), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação destes meios para a consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...).

“Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

“O pressuposto da adequação (...) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (...) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

*“Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.*²⁴

IV- Seguindo nesta trilha, as sanções fiscais devem ser dosadas com *razoabilidade*, de modo a valorizar a já mencionada *livre iniciativa*, um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, a teor dos arts. 1º, IV e 170, *caput*, ambos da Constituição Federal. É, em síntese, requisito de validade das normas jurídicas tributárias, não maltratarem, além da conta, o exercício das atividades produtivas lícitas.

O que acabamos de escrever vale para a cobrança de débitos tributários e as presunções de que se vale o Fisco, para garantir o recebimento de seus créditos. De fato, também elas devem ser exercidas de modo razoável, vale dizer, com limites à pretensão executiva, de modo a manter a justa proporção entre o dever de arrecadar – e pagar – tributos e o interesse na manutenção de empresas privadas.

Em suma, as presunções de fraude – ainda que formalmente previstas em lei – são inconstitucionais, caso sua interpretação e aplicação exceda os limites da proporcionalidade, dificultando, como no caso em análise, a continuidade da empresa devedora e impedindo o exercício de atividades econômicas lícitas, pelos *FIDC's*, associados da Consulente.

²⁴. “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Repertório IOB de Jurisprudência* n.º 23/94, p. 475.

Tal nosso próximo assunto.

5. O significado e o alcance do art. 185, do CTN

I- O art. 185, do Código Tributário Nacional (com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 118/2005) se encontra vazado nos seguintes termos; *verbis*:

“Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

“Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução”.

Deixando de lado as críticas que a presunção *jure et de jure* de fraude contida nesse dispositivo encerra²⁵ – porque, se as fizéssemos, fugiríamos do objeto da vertente manifestação opinativa –, é importante perquirir a que espécies de *bens* ou *rendas* se refere o *caput* do art. 185, vale dizer, se a quaisquer bens ou rendas do contribuinte ou se apenas àqueles que fazem parte de seu ativo imobilizado.

²⁵. Embora não concordemos com essa posição, o fato é que, o Superior Tribunal de Justiça fixou, no rito dos recursos repetitivos, a tese de que “(...) a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta ('*jure et de jure*') de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime de direito processual civil)” (REsp nº 1.141.990/PR, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 10.11.2010, DJe 19.11.2010).

Adiantamos que apenas os bens que fazem parte de seu ativo imobilizado (fixo).

Para, no entanto, não ficarmos no plano das meras alegações, vamos demonstrar a assertiva.

II- Começamos por aduzir que a presunção de fraude na alienação de bens, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, tem fundamento no superado princípio da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*.

Trata-se de uma regra que estava em voga na época de Otto Mayer, no final do século XIX, e que se justificava porque se entendia que a Administração Pública ocupava posição de preeminência em face do administrado, aí compreendido o contribuinte.

IIa- Hoje, pelo contrário, é pacífico, inclusive no Brasil, que, na relação jurídica administrativa, Estado e administrado se encontram em pé de igualdade, pela idêntica subordinação de ambos à lei.

Portanto, esta regra anacrônica, que põe uma arma temível nas mãos do Estado (na prática, mais forte do que o administrado), está praticamente banida dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental.

IIb- Deveras, inexistente, nos Estados Democráticos de Direito, uma supremacia *a priori e abstrata* do interesse público sobre o interesse privado, já que ambos se interpenetram e, não raro, se confundem. Concordamos, pois, com Umberto Allegretti, quando

afirma que “... o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social e nasce da composição entre vários interesses públicos, os interesses privados e de grupo (admitida, portanto, uma relação não de contraposição extrínseca, mas de composição entre os diversos interesses)”.²⁶

Podemos, pois, assim resumir o raciocínio que levou a tal entendimento: o princípio da supremacia do interesse público, encerra *um particular privilégio substancial da Administração*, limitativo do direito de defesa garantido pela Carta Magna, o que não se sustenta num Estado Democrático de Direito como o nosso.

III- Transplantando essas noções, apenas esboçadas, para o caso concreto, temos que a moderna Ciência do Direito Público tem superado a vetusta tese de que, em virtude da suposta preeminência do interesse público sobre o interesse privado, sempre que a Administração Fazendária for parte, quaisquer alienações de bens efetuadas pelo devedor devem ser presumidas fraudulentas.

IV- Além de tudo, presumir fraudulentas as operações de adiantamentos de recebíveis, por quaisquer vendas de mercadorias ou prestações de serviços, apenas e tão somente porque foram efetuadas com contribuinte-devedor, além de não render homenagens aos

²⁶. “Legge Generale sui procedimenti e moralizzazione amministrativa”, *in* *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, vol. 3, p. 7 (tradução nossa).

princípios *da livre iniciativa e da preservação da empresa*, afronta o já estudado *princípio da razoabilidade*.²⁷

V- Positivamente, sancionar as associadas da Consulente por haverem licitamente negociado adiantamento de recebíveis, com pessoas jurídicas devedoras de tributos, implica perniciosa intromissão da Administração Pública nos negócios privados, em nova afronta ao *princípio da livre iniciativa* (até porque, na prática, impede que tais *FDIC's* continuem a exercer suas atividades lícitas).

VI- Tudo converge, pois, no sentido de que a presunção de fraude contida no art. 185, do Código Tributário Nacional, ainda que absoluta, está limitada pelos já mencionados princípios constitucionais,²⁸ que garantem a propriedade privada, a livre iniciativa e a continuidade da empresa.

Com verdade, o referido dispositivo legal, deve ser interpretado e aplicado com os temperamentos necessários a impedir que entre em choque com princípios igualmente fundamentais à persecução do interesse público.

III- Pois bem. Retomando o fio do raciocínio, para que a presunção de fraude contida no art. 185, do CTN, seja adequadamente aplicada, é primordial distinguir os tipos de bens cuja alienação a atrai. Melhor explicitando, é preciso discriminar quais bens, se alienados,

²⁷. V., *supra*, item 4.

²⁸. V., *supra*, item 3.

acarretam a indevida redução patrimonial da empresa, prejudicando os interesses creditórios do Fisco (e que, bem por isso, se presume fraudulenta).

Para tanto, é imprescindível fazer a adequada distinção entre os bens contabilizados no ativo fixo (ou imobilizado) e os bens do ativo circulante (ou móvel), da pessoa jurídica.

Tal nosso próximo assunto.

6. A necessária distinção entre os bens do ativo fixo e os bens do ativo circulante

I- A pessoa jurídica que exerce atividades de produção e/ou comercialização de mercadorias possui, em seu patrimônio, bens de uso (máquinas, aparelhos, imóveis, móveis e automóveis), que servem para a realização de seu objeto social, geralmente compondo seu estabelecimento. Tais bens são classificados pela Contabilidade como *ativo fixo, permanente ou imobilizado*.

Por outro lado, há outros bens e direitos que, embora integrem o patrimônio da pessoa jurídica, são destinados à venda, para a consecução do seu objeto social. Tais bens, porque reservados à transformação em fluxo de caixa, são usualmente classificados pela Contabilidade como *ativo circulante ou realizável*.



Assim, em exemplário armado a propósito, numa *pâtisserie*, o forno, a batedeira, a câmara frigorífica etc. fazem parte do *ativo fixo*, por se tratar de bens indispensáveis à fabricação dos doces que serão vendidos pela pessoa jurídica. Dito de outro modo, o destino de tais bens é permanecer no patrimônio da empresa, para que ela possa continuar a desempenhar seu objeto social.

De seu turno, os brigadeiros, as trufas, os bolos e as demais guloseimas produzidas, mesmo que se encontrem no estoque, destinam-se à venda, com objetivo de lucro, fazendo parte, pois, do ativo circulante da pessoa jurídica.

Logo, como é fácil perceber, enquanto os bens do *ativo fixo* são os que permitem que a empresa realize suas atividades sociais (são dedicados ao uso, pela pessoa jurídica), os bens do *ativo circulante* são os que, depois de vendidos, geram o capital que possibilita à empresa permanecer em atividade.

II- Sem embargo dos diversos conceitos utilizados pela Contabilidade para designar, quer os bens que integram o patrimônio da empresa utilizado para a prática das suas atividades econômicas, quer aqueles que se destinam a lhe gerar dividendos, não é difícil perceber o alcance restrito da presunção de fraude, na alienação de bens a que se refere o precitado art. 185, do *CTN*.

Adiantamos que tal presunção, ainda que seja

havida por absoluta,²⁹ somente pode alcançar os bens do ativo *fixo*; jamais, do ativo *circulante*.

III- Para tanto, faz-se necessário buscar na Contabilidade, o que se entende por ativo *circulante* e ativo *fixo*.

IIIa- Sérgio de Iudícibus, Professor Emérito da FEA-USP, assim conceitua o *ativo circulante*; *verbis*:

“São bens e direitos que se realizarão (se transformarão em fluxo de caixa) dentro do prazo de 12 meses da publicação do balanço. Serão classificados no Ativo Circulante e, ainda, as despesas antecipadas, que se transformarão em despesas ao longo do exercício seguinte, com a seguinte disposição:

“Ativo Circulante

“Caixa e Equivalente de Caixa

“Títulos e Valores Mobiliários

“Contas a Receber líquidas

“Estoques

“Adiantamento a fornecedores

²⁹. Segundo pensamos, nosso ordenamento jurídico não se compadece, em matéria tributária, com a *presunção absoluta (iuris et de iure)*, que, de acordo com Diego Marín-Barnuebo Fabo, “pode ser definida como a disposição normativa por meio da qual se considera que a realização de um fato está inexoravelmente atrelada à realização de outro fato distinto, de modo a imputar, ao primeiro, os efeitos jurídicos do segundo” (*Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 123 - traduzimos). No original está “... puede ser definida como la disposición normativa mediante la que se considera que la realización de un hecho lleva inexorablemente aparejada la realización de otro hecho distinto, a los efectos de imputar al primero los efectos jurídicos del segundo”.

Como se vê, a *presunção absoluta* não abre espaço à prova em contrário. Ora, qualquer restrição à prova em contrário colide frontalmente com a rigidez de nosso sistema constitucional tributário, que não aceita a adoção de mecanismos jurídicos que venham *inexoravelmente* em detrimento do contribuinte.

*“Despesas do Exercício Seguinte”*³⁰

Sempre na lição do consagrado mestre, faz parte do ativo circulante, o subgrupo dos ativos realizáveis a longo prazo; *verbis*:

“Serão classificados nesse subgrupo [ativo realizável a longo prazo] os direitos com prazo de vencimento superior ao término do exercício seguinte. (...) Também serão colocados neste grupo os direitos derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos às sociedades coligadas ou controladas, assim como os empréstimos e adiantamentos para diretores e acionistas, mesmo que alguns deles vençam dentro de 365 dias. Os ativos destinados à venda ou ao consumo, mas que só serão realizados ou consumidos após o fim do próximo exercício, bem como as despesas antecipadas que também serão transformadas em despesas após esse próximo exercício, também serão classificados como ativo realizável a longo prazo”.³¹

Seguindo na mesma trilha, José Carlos Marion, Professor de Contabilidade da PUC/SP, explica, com a boa didática que lhe é peculiar, que integram o *ativo circulante*:

“(o) dinheiro disponível (caixa e bancos) em poder da empresa e também todos os valores que serão transformados (convertidos, realizados) em dinheiro a curto prazo: normalmente ‘duplicatas a receber’ e ‘estoques’.

“Dinheiro e itens que se transformarão rapidamente em dinheiro devem, portanto, ser classificados no Ativo Circulante. O ativo circulante é o grupo que gera dinheiro para a empresa pagar suas contas a curto prazo. Esse grupo é conhecido como ‘capital de giro’, pois seus itens estão sempre se

³⁰. *Análise de Balanços*. 11^a ed. (2^a reimpr.), Atlas, São Paulo, 2018, pp. 201/202.

³¹. *Op. cit.* p. 202 (esclarecemos nos colchetes).

renovando".³²

Como se vê, todos os bens *supra* destinam-se a gerar *fluxo de caixa*, para compor o *capital de giro* (sendo que, para José Carlos Marion, o ativo circulante corresponde ao próprio *capital de giro*).

IIIb- De seu turno, o *capital de giro* é o conjunto de recursos necessários para possibilitar que a empresa continue funcionando, depois de subtraídas as despesas e contas a pagar.

Assim, a venda dos bens e/ou direitos do ativo circulante, ainda que de longo prazo, é, na atividade empresarial, não apenas corriqueira, mas necessária à sua continuidade operacional. Ela não acarreta redução patrimonial da pessoa jurídica, mas, garante sua sobrevivência.

IV- Já o *ativo imobilizado*, para o mesmo professor Sérgio de Iudícibus, é composto por:

“[D]ireitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade. Inclusive, os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controles desses bens, independentemente de ser propriedade, deverão ser contabilizados como Ativo”.³³

José Carlos Marion, por sua vez, classifica no *ativo imobilizado*:

“[O]s bens corpóreos (palpáveis) destinados à manutenção da atividade principal da empresa ou exercidos com

³². *Contabilidade Básica*. 10^a ed., Atlas, São Paulo, 2009, pp.67/68.

³³. *Op. cit.* p. 203.

*essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à empresa os benefícios, riscos e controle desses bens. Os bens que auxiliam a empresa na consecução de sua atividade pertencem ao imobilizado: máquinas, equipamentos, prédios (em uso), ferramentas, móveis e utensílios, instalações, veículos etc”.*³⁴

IVa- Também podem ser incluídos nessa denominação os bens e direitos intangíveis, que, segundo Iudícibus, são os que têm “(...) por objeto bens incorpóreos, destinados à manutenção da companhia ou exercidos com esta finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido (‘goodwill’). Sem dúvida, o item mais importante do Intangível é a marca”.³⁵

Dessas noções não discrepa José Carlos Marion, para quem o *intangível* é composto por “direitos que tenham por objeto bens incorpóreos, isto é, não palpáveis, que não se podem tocar, pegar, destinados à manutenção da empresa ou exercidos com essa finalidade. Exemplos: fundo de comércio, marcas e patentes, software etc”.³⁶

V- Com base nas supracitadas lições, da lavra de notórios especialistas na Ciência Contábil, resta claro que a classificação de um bem ou direito como *ativo circulante* ou *ativo fixo* é eminente funcional, vale dizer, não leva em conta a natureza jurídica do bem ou direito.

³⁴. *Op. cit.* p. 70.

³⁵. *Op. cit.* p. 203.

³⁶. *Op. cit.* p. 70.

Va- Exemplificando, para melhor esclarecer, os bens imóveis integram, em geral, o *ativo imobilizado* das empresas (constituem, na maioria das vezes, sua sede, escritório ou filial). Tal não se dá, no entanto, com empresas que têm por objeto social a negociação de terrenos, casas ou apartamentos. Nessas empresas, os imóveis (salvo, é claro, se forem suas sedes ou filiais) fazem parte do estoque, destinado à venda, com o fito de angariar-lhes recursos, circunstância que atrai sua classificação para o grupo do *ativo circulante*.

Portanto, dependendo da destinação a ser dada ao bem ou direito, ele integrará o patrimônio da empresa, com *animus permanente (ativo imobilizado)*, ou apenas permanecerá sob a titularidade da sociedade empresária enquanto não for vendido e transformado em *capital de giro (ativo circulante)*.

Vb- Aliás, isso explica as denominações “*circulante*” e “*imobilizado*”, do ativo. O *circulante* é destinado a mudar de titularidade ou, em se preferindo, a *circular* juridicamente, em ordem a gerar capital para a sociedade empresária. Sua natureza jurídica é, pois, de *mercadoria*,³⁷ pelo que as alienações desses bens ou direitos são parte

³⁷. Observamos que, quando a Constituição utilizou o termo *mercadoria*, encampou um conceito que estava perfeitamente desenhado pela lei comercial (lei de caráter nacional).

A ninguém deve causar estranheza que assim seja, pois, como leciona Gian Antonio Micheli - catedrático de Direito Tributário, da Universidade de Roma - o Direito Tributário é um *direito de superposição* e, nessa medida, capta conceitos e assimila institutos, tais como lhe são fornecidos por outros setores do mundo jurídico. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 110, do Código Tributário Nacional.

O conceito de *mercadoria* há de ser entendido como em Direito Comercial. E, *mercadoria*, tornamos a repetir, é o bem móvel, que se submete à mercancia, ou seja, que é colocado no mundo do comércio (*in commercium*), sendo submetido, deste modo, ao regime de direito

indissociável da exploração da atividade econômica desenvolvida pela empresa, constituindo seu *objeto social*.

Vc- Por outro lado, o ativo *imobilizado* integra o patrimônio da sociedade empresária e, nessa medida, lhe agrega valor, já que contribui para a consecução de seu objeto social. Dito de outro modo, está preordenado a permanecer na propriedade da empresa.

A eventual *circulação* de bens ou direitos do *ativo imobilizado* não faz parte das suas atividades sociais típicas. Vai daí que sua venda acarreta para a empresa uma redução patrimonial. **Em suma, os bens do ativo fixo não são mercadorias.**

VI- Em face do exposto, tudo converge no sentido de que não pode prevalecer o entendimento de que a presunção de fraude, a que alude o art. 185 do *CTN*, alcança até mesmo a alienação dos bens do *ativo circulante* da empresa. Do contrário, sua continuidade restará

mercantil, que se caracteriza, como corre magistério, pela autonomia das vontades e pela igualdade das partes contratantes.

Tanto é mercadoria o gênero alimentício exposto à venda num supermercado, como a escultura que uma galeria de arte coloca em comércio, como, ainda, o relógio que está à venda na relojoaria.

Estas ideias encontram-se abonadas por De Plácido e Silva; *verbis*: "MERCADORIA - palavra derivada do latim 'merx', que se formou 'mercari', exprimindo a coisa que serve de objeto à 'operação comercial'. Ou seja, a coisa que constitui objeto de uma venda.

"É especialmente empregado para designar as 'coisas móveis' postas em mercado. Não se refere aos imóveis, embora estes sejam também objeto de venda.

"A rigor, pois, mercadoria é a designação genérica dada a toda coisa móvel, apropriável, que possa ser objeto de comércio" (*Vocabulário Jurídico*, vols. III e IV, Editora Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1991, p. 181).

Mercadoria, enfim, é a *coisa fungível* (que se pode substituir por outra com as mesmas características e apta a satisfazer as mesmas necessidades) que se destina ao comércio.

inviabilizada, pois ficará impedida de gerar o *capital de giro*, indispensável à manutenção de suas operações.

VII- Este entendimento vale também para as operações de *antecipação de recebíveis*, que as empresas realizam com *FIDC's*.

Isso porque, a operação de antecipação de recebíveis não passa de um processo financeiro no qual a empresa vende, a vista, para terceiro (instituição financeira ou assemelhada), seus direitos sobre valores que deverá receber de clientes.

Trata-se de uma *lídima* alternativa de curto prazo, para que a empresa possa arcar com despesas urgentes, sem ter que se valer de empréstimos bancários, invariavelmente de contratação mais complexa e envolvendo taxas de juro maiores.

Dito de outro modo, a operação traz para o presente, o *capital de giro* que a empresa receberia no futuro (a vista ou em parcelas).

VIIa- Em boa verdade científica, as operações de antecipação de recebíveis são *realidades acessórias* da venda de bens e direitos do *ativo circulante*. A elas estão integradas, ou seja, ligadas inseparavelmente (*inhaerere ad ossa*), pelo que devem receber o mesmo tratamento jurídico das vendas mercantis efetuadas a vista. Esta, diga-se de passagem, é a simples aplicação, ao caso em consulta, da clássica parêmia *accessorium sequitur suum principale*.

Em resumo, tais operações, por se limitarem a



antecipar os valores que a empresa auferiria, com a alienação de suas mercadorias, devem receber o mesmo tratamento jurídico-tributário a ela dispensado.

Logo, as operações de antecipação de recebíveis não podem ser havidas por fraudulentas, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais *da livre iniciativa, da função social e da continuidade da empresa*.

VIIb- Impossível se chegar a outra conclusão, a menos que absurdamente se aceite que **(i)** qualquer empresa supostamente devedora do Fisco³⁸ é obrigada a encerrar suas atividades, por não lhe ser permitido, em razão disso, vender suas mercadorias e, **(ii)** os Fundos de Direitos Creditórios não podem realizar operações de adiantamento de recebíveis, com empresas que supostamente possuem débitos tributários inscritos em dívida ativa, salvo se depositarem em juízo os valores que a esse título vierem a receberem, o que, por óbvio, equivale a inviabilizá-las.

Tamanho despautério, seria o mesmo que compelir uma *factoring* que descontou uma nota promissória de R\$ 100,00, pagando por ela R\$ 90,00, a, após receber seu valor total, depositá-lo em juízo, para garantir o pagamento de dívida do beneficiário original do título. Com isso, este embolsaria os R\$ 90,00, seu credor receberia os R\$ 100,00 e a *factoring* amargaria o prejuízo, ou seja, perderia, na íntegra, os R\$ 90,00 e, ainda por cima, deixaria de receber o correspondente ágio. E nem se diga

³⁸. Escrevemos supostamente, porque, como é de trivial sabença, muitas vezes as execuções fiscais são julgadas improcedentes.



que, no caso, a *factoring* ficaria indene, bastando, para tanto, que viesse a exercer seu direito de regresso contra o beneficiário do título, arcando com todos os ônus que a medida acarreta (custas judiciais, honorários advocatícios etc.) e, pior, sem a certeza de que, a final, seria ressarcida.

VIII- Nesse ponto de nosso raciocínio, é o caso de trazermos à colação os celebérrimos ensinamentos de Carlos Maximiliano; *verbis*:

“Deve o direito ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.³⁹

Ora, por levar a uma conclusão juridicamente inconsistente, há que ser afastado de plano o entendimento de que as vendas de bens do ativo circulante e as respectivas operações de antecipação de recebíveis devem, a teor do art. 185, do *CTN*, ser havidas por fraudulentas, quando realizadas por empresas com débitos inscritos em dívida ativa.

Esta, sem dúvida, a interpretação juridicamente mais adequada do art. 185, do *CTN*, pois é a única que está em sintonia com os já estudados princípios da *livre iniciativa*, da *preservação da empresa* e da *razoabilidade*.

IX- Nossa conclusão mais se robustece em se levando em conta que o art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/1992, que instituiu a medida cautelar fiscal, é expresse ao determinar que a indisponibilidade de

³⁹. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio, 9ª ed., 1980, p. 166 (os negritos são do autor).

bens recairá apenas sobre os bens do *ativo permanente* (*imobilizado*). E isso, justamente para que a empresa devedora continue em atividade.

X- Sempre a propósito, Hugo de Brito Machado Segundo foi, a respeito, límpido e terminante; *verbis*:

*“A indisponibilidade dos bens do requerido, no caso de pessoa jurídica, recairá somente sobre os bens do ativo permanente (v.g. o imóvel onde funciona a sociedade), o que significa que não poderão ser tornados indisponíveis bens do ativo circulante, tais como mercadorias em estoque, por exemplo”.*⁴⁰

O conceituado jurista não poderia dizer mais, nem melhor.

Logo, as decisões judiciais que declaram haver fraude nas operações de cessão de recebíveis, fundadas no argumento de que o *STJ* entende que o art. 185, do *CTN*, veicula uma presunção *jure et de jure*, não estão, *concessa venia*, aplicando adequadamente tal precedente.

Com efeito, o que restou decidido pelo Tribunal da Cidadania foi simplesmente que o art. 185, do *CTN*, encerra uma presunção absoluta de fraude, em havendo alienação de bem do “*sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa*”. Em momento algum definiu que tal presunção alcança também os bens do ativo circulante, que são justamente aqueles que permitem que a empresa continue a perseguir seu

⁴⁰. *Processo Tributário*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 292.

objeto social.

Não bastasse isso, eventualmente a pretensão fazendária pode, ao cabo do processo de execução, ser julgada improcedente, em razão da nulidade absoluta da certidão da dívida ativa, da decadência, da prescrição, da inexistência do débito fiscal etc. Nesse caso, é teratológico condenar à extinção, empresa que nada devia ao Fisco, como a final restou decidido.

7. Considerações finais

I- Ao cabo de tudo o que expusemos, devemos ter presente que interpretar um texto legislativo, mais do que simplesmente entender as palavras que o compõem, é captar seu conteúdo e suas implicações práticas.

De fato, as disposições legais não devem ser interpretadas, ou seja, compreendidas em seu alcance e significado, apenas no estrito e exclusivo entendimento gramatical de seus termos. Fosse assim, e talvez o ensino da Ciência Jurídica pudesse ser desnecessário, posto que a mera alfabetização seria suficiente para converter qualquer cidadão em verdadeiro *expert* na arte de interpretar as leis. Então, a palavra “*exege*se” poderia ser substituída por “*leitura*”, e o termo “*hermenêutica*” deixaria de identificar uma Ciência própria, para se tornar sinônimo de “*gramática*”.

Ia- Julgamos oportuno citar, neste lanço, a sem-

pre atual lição de Carlos Maximiliano que, abeberando-se nos ensinamentos de Jellinek, Salomon, Dernburg, Ferrara e Alves Moreira, bem sintetizou clássica premissa, que alicerça todo o pensamento da moderna Ciência do Direito; *verbis*:

*“A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto”.*⁴¹

Tais ideias ressaltam a importância da *interpretação sistemática*, que, em busca da *mens legis*, exige uma visão global do ordenamento jurídico.

Ib- O jurista investiga, pois, a *ratio legis*, olhos voltados para o conjunto da legislação. É por isto que o jusfilósofo Stammler significativamente asseverava: *“Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código”*.⁴² Este asserto, que poderia merecer de alguns a coima de exagerado, não pode ser esquecido, ainda mais nesta época, em que grassam leis desencontradas e absurdas.

Realmente, a procura pela verdade jurídica não pode terminar na simples leitura de um texto legislativo.

⁴¹. Op. cit., p. 36.

⁴². Apud Karl Engisch, op. cit., p. 118.

Ic- Melhor, pois, é entender e aplicar o preceito do art. 185, do *CTN*, de modo razoável, segundo, diga-se de passagem, a exortação de Goffredo da Silva Telles Júnior: “*Na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional, é o entendimento razoável dos preceitos (...)*”.⁴³

Id- Muito bem, a posição que estamos a defender afina-se com o pensamento deste consagrado Mestre. Qualquer outra, *venia concessa*, afasta-se da *lógica da prudência (jurisprudência)*, conatural à Ciência do Direito.

II- E nem se diga que, no caso concreto, estamos acrescentando palavras ao disposto no art. 185, do *CTN*. Pelo contrário, estamos, tão-somente, levando sua aplicação até os limites da *mens legis*, até porque, quando se está, como no caso em consulta, diante de princípios constitucionais (como os *da livre iniciativa e da continuidade da empresa*) há de sempre prevalecer a regra *in dubiis contra fiscum*.

Se não, vejamos.

III- O Direito exige que o intérprete ou o aplicador *(i)* adote critérios exegéticos imparciais, independentes do objeto que analisa e os aplique de modo isonômico às matérias que tratem de situações fáticas equivalentes,⁴⁴ *(ii)* supere a equivocidade e a ambiguidade próprias

⁴³. “O Chamado Direito Alternativo - Interpretação Razoável”, *in* *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n.º 94/79, São Paulo, 1999 (os negritos estão no original).

⁴⁴. Cf. Gerald J. Postema, *Objectivity fit for law*, *in* *Objectivity in Law and Morals - Cambridge Studies in Philosophy and Law*, Brian

da linguagem natural, que formam os textos jurídicos,⁴⁵ (iii) reconheça que a constante replicação das palavras nas leis, nos decretos, nas portarias, nos atos administrativos etc., faz com que elas acabem por ter um sentido jurídico comum,⁴⁶ e, (iv) leve em conta que, frequentemente, um único dispositivo abriga uma pluralidade de normas jurídicas, e vice-versa.⁴⁷

Logo, para se captar o verdadeiro sentido dos textos normativos é imperioso tomá-los no *cotexto*⁴⁸ em que se inserem, olhos fitos na Constituição e nos grandes princípios que ela alberga. Bem por isso, o intérprete, com frequência, vai além da letra da lei.

IIIa- Com efeito, a partir dos enunciados do direito positivo o exegeta constrói as normas jurídicas. Não se nega que estas tomam como ponto de partida os textos do direito positivo; seu conteúdo, porém, vem discernido pelo intérprete.

Daí nos sentirmos autorizados a afirmar que as normas jurídicas não defluem da literalidade de seus suportes físicos, ou seja, dos textos em que se encontram positivadas (v.g., no art. 185, do

Letter (Ed.), Cambridge, UK, 2001, pp. 105-109.

⁴⁵. Cf. Michele Taruffo, *Simply the Truth - El juez y la construcción de los hechos*, tradução de Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 79.

⁴⁶. Cf. Francisco J. Laporta, *El império de la ley: una visión actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 179.

⁴⁷. Cf. Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 25 e ss.

⁴⁸. No campo da linguística, *cotexto* indica os elementos que precedem ou seguem um termo ou uma frase, determinando seu significado ou sua adequada interpretação.

CTN), mas, sim, da adequada interpretação que o operador do Direito deles faz. Devem ser entendidas, em suma, como as significações construídas pelo intérprete, a partir das palavras e frases contidas nos documentos produzidos pelos órgãos de criação do Direito.

Desse modo, o significado de qualquer texto normativo não pode ser determinado exclusivamente pelo sentido das palavras que o compõem, tal como consta dos dicionários.⁴⁹ Para encontrá-lo, é preciso render homenagens a elementos de *cotexto*.⁵⁰

IIIb- Enfim, a interpretação de qualquer ato normativo, mormente quando veicula um privilégio fiscal – caso da presunção de fraude, contida no art. 185, do *CTN* –, deve levar em conta, não a literalidade do texto normativo, mas o sistema jurídico como um todo considerado.

⁴⁹. Seguindo essa linha de pensamento, Tecla Mazzaresse, alude ao *princípio da relatividade do significado literal*, a ser levado em conta, mesmo nas construções textuais simples (*Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 23, 2000, pp. 604 a 607).

⁵⁰. A diretriz foi aplicada nos *EUA*, no famoso caso *Nix v. Hedden*, em que se discutiu se o importador de tomates devia ser alcançado pelo imposto sobre a importação de vegetais. Em 1893, a Suprema Corte Norte-Americana, ao depois de considerar que o tomate é um “*fruto*” para a Botânica, mas, no cotidiano da maioria das pessoas e na própria prática comercial, é um “*vegetal*”, decidiu, como pretendia o Fisco, que a exação era devida.

Afastou-se, portanto, da acepção científica da palavra “*tomate*”, para dar guarida ao seu sentido usual e comercial e, com isso, conforme consta do voto, proteger o mercado interno (*EUA*, Suprema Corte. *Nix v. Hedden*, 149, U.S. 304 – 1893).

RESPOSTAS AOS QUESITOS

Diante do exposto, só nos resta responder objetivamente aos quesitos que nos foram formulados.⁵¹ Para maior clareza, vamos reproduzi-los:

1º) A presunção de fraude prevista no art. 185, do CTN, deve se restringir à alienação de bens do ativo não-circulante, que não estejam relacionados à atividade-fim do devedor?

Resposta: Sim. A presunção de fraude prevista no art. 185 do CTN – mesmo que, na esteira de precedente do *STJ*, for havida por absoluta – deve se restringir à alienação de bens do ativo não-circulante (ativo fixo), ou seja, que não se relaciona à atividade-fim do devedor.

Melhor explicitando:

I- Dependendo da destinação a ser dada ao bem ou direito, ele integrará o patrimônio da empresa, com *animus permanente (ativo imobilizado)*, ou

⁵¹. Evidentemente, *assuntos correlatos* e a própria *fundamentação* da resposta encontram-se no corpo do parecer jurídico.



apenas permanecerá sob a titularidade da sociedade empresária enquanto não for vendido e transformado em *capital de giro (ativo circulante)*.

Ia- Isso, por sinal, explica as denominações “*circulante*” e “*imobilizado*”, do ativo.

Ib- O *circulante* é destinado a mudar de titularidade ou, em se preferindo, a *circular* juridicamente, em ordem a gerar capital para a sociedade empresária. Sua natureza jurídica é, pois, de *mercadoria*,⁵² pelo que as alienações desses bens ou direitos são parte indissociável da exploração da

⁵². Observamos que, quando a Constituição utilizou o termo *mercadoria*, encampou um conceito que estava perfeitamente desenhado pela lei comercial (lei de caráter nacional).

A ninguém deve causar estranheza que assim seja, pois, como leciona Gian Antonio Micheli - catedrático de Direito Tributário, da Universidade de Roma - o Direito Tributário é um *direito de superposição* e, nessa medida, capta conceitos e assimila institutos, tais como lhe são fornecidos por outros setores do mundo jurídico. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 110, do Código Tributário Nacional.

O conceito de mercadoria há de ser entendido como em Direito Comercial. E, mercadoria, tornamos a repetir, é o bem móvel, que se submete à mercancia, ou seja, que é colocado no mundo do comércio (*in commercium*), sendo submetido, deste modo, ao regime de direito mercantil, que se caracteriza, como corre magistério, pela autonomia das vontades e pela igualdade das partes contratantes.

Tanto é mercadoria o gênero alimentício exposto à venda num supermercado, como a escultura que uma galeria de arte coloca em comércio, como, ainda, o relógio que está à venda na relojoaria.

Estas ideias encontram-se abonadas por De Plácido e Silva; *verbis*: “MERCADORIA - palavra derivada do latim ‘merx’, que se formou ‘mercari’, exprimindo a coisa que serve de objeto à ‘operação comercial’. Ou seja, a coisa que constitui objeto de uma venda.

“É especialmente empregado para designar as ‘coisas móveis’ postas em mercado. Não se refere aos imóveis, embora estes sejam também objeto de venda.

“A rigor, pois, mercadoria é a designação genérica dada a toda coisa móvel, apropriável, que possa ser objeto de comércio” (Vocabulário Jurídico, vols. III e IV, Editora Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1991, p. 181).

Mercadoria, enfim, é a *coisa fungível* (que se pode substituir por outra com as mesmas características e apta a satisfazer as mesmas necessidades) que se destina ao comércio.

atividade econômica desenvolvida pela empresa, constituindo seu *objeto social*.

II- Por outro lado, o ativo *imobilizado* integra o patrimônio da sociedade empresária e, nessa medida, lhe agrega valor, já que contribui para a consecução de seu objeto social.

IIa- Dito de outro modo, está preordenado a permanecer na propriedade da empresa.

III- A venda dos bens e/ou direitos do ativo circulante, ainda que de longo prazo, é, na atividade empresarial, não apenas corriqueira, mas necessária à sua continuidade operacional; não acarreta redução patrimonial da pessoa jurídica, mas, garante sua sobrevivência.

IIIa- A eventual *circulação* de bens ou direitos do *ativo imobilizado* não faz parte das suas atividades sociais típicas.

IIIb- Vai daí que sua venda acarreta para a empresa uma redução patrimonial. **Em suma, os bens do ativo fixo não são mercadorias.**

IV- Diante do exposto, tudo converge no sentido de que não pode prevalecer o entendimento de que a presunção de fraude, a que alude o art. 185 do *CTN*, alcança até mesmo a alienação dos bens do *ativo circulante* da empresa.

IVa- Do contrário, sua continuidade restará inviabilizada, pois ficará impedida de gerar o *capital de giro*, indispensável à manutenção de suas operações.

2º) As operações de cessão de recebíveis, praticadas entre o devedor fazendário e os FIDC's, podem ser enquadradas na definição de “alienação ou oneração de bens ou rendas”, prevista no art. 185, do CTN?

Resposta: Não. As operações de cessão de recebíveis, praticadas entre o devedor fazendário e os FIDC's, de modo algum podem ser enquadradas na definição de “alienação ou oneração de bens ou rendas”, a que alude o art. 185, do CTN.

Melhor explicitando:

I- A operação de antecipação de recebíveis não passa de um processo financeiro no qual a empresa vende, a vista, para terceiro (instituição financeira ou assemelhada), seus direitos sobre valores que deverá receber de clientes.

Ia- Trata-se de uma lídima alternativa de curto prazo, para que a empresa possa arcar com despesas urgentes, sem ter que se valer de empréstimos bancários, invariavelmente de contratação mais complexa e envolvendo taxas de juro maiores.

Ib- Dito de outro modo, a operação traz para o presente, o *capital de giro* que a empresa receberia no futuro (a vista ou em parcelas).

II- Em boa verdade científica, as operações de antecipação de recebíveis são *realidades acessórias* da venda de bens e direitos do *ativo circulante*.

IIa- A elas estão integradas, ou seja, ligadas inseparavelmente (*inhaerere*

ad ossa), pelo que devem receber o mesmo tratamento jurídico das vendas mercantis efetuadas a vista.

Iib-**** Esta, diga-se de passagem, é a simples aplicação, ao caso em consulta, da clássica parêmia *accessorium sequitur suum principale*.

Iic-**** Em resumo, tais operações, por se limitarem a antecipar os valores que a empresa auferiria, com a alienação de suas mercadorias, devem receber o mesmo tratamento jurídico-tributário a ela dispensado.

III- Por outro lado, não pode prevalecer o entendimento de que a presunção de fraude, a que alude o art. 185 do *CTN*, alcança até mesmo a alienação dos bens do *ativo circulante* da empresa.⁵³ Do contrário, sua continuidade restará inviabilizada, pois ficará impedida de gerar o *capital de giro*, indispensável à manutenção de suas operações.

IIIa- Logo, da mesma forma que deve ocorrer com as alienações de bens do ativo circulante, as operações de antecipação de recebíveis não podem ser havidas por fraudulentas, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais *da livre iniciativa, da função social e da continuidade da empresa*.

IV- Impossível se chegar a outra conclusão, a menos que absurdamente se aceite que **(i)** qualquer empresa supostamente devedora do Fisco⁵⁴ é obrigada a encerrar suas atividades, por não lhe ser permitido, em razão

⁵³. A respeito, v. a resposta ao 1º quesito.

⁵⁴. Escrevemos supostamente, porque, como é de trivial sabença, muitas vezes as execuções fiscais são julgadas improcedentes.

disso, vender suas mercadorias e, **(ii)** os Fundos de Direitos Creditórios não podem realizar operações de adiantamento de recebíveis, com empresas que supostamente possuem débitos tributários inscritos em dívida ativa, salvo se depositarem em juízo os valores que a esse título vierem a receberem, o que, por óbvio, equivale a inviabilizá-las.

IVa- Tamanho despautério, seria o mesmo que compelir uma *factoring* que descontou uma nota promissória de R\$ 100,00, pagando por ela R\$ 90,00, a, uma vez recebido seu valor total, depositá-lo em juízo, para garantir o pagamento de dívida do beneficiário original do título. Com isso, este embolsaria os R\$ 90,00, seu credor receberia os R\$ 100,00 e a *factoring* amargaria o prejuízo, ou seja, perderia, na íntegra, os R\$ 90,00 e, ainda por cima, deixaria de receber o correspondente ágio. E nem se alegue que, no caso, a *factoring* ficaria indene, bastando, para tanto, que viesse a exercer seu direito de regresso contra o beneficiário do título, arcando com todos os ônus que a medida acarreta (custas judiciais, honorários advocatícios etc.) e, pior, sem a certeza de que, a final, seria ressarcida.

IVb- Ora, por levar a uma conclusão juridicamente inconsistente, há que ser afastado de plano o entendimento de que as vendas de bens do ativo circulante e as respectivas operações de antecipação de recebíveis devem, a teor do art. 185, do *CTN*, ser havidas por fraudulentas, quando realizadas por empresas com débitos inscritos em dívida ativa.

IVc- Esta, sem dúvida, a interpretação juridicamente mais adequada do art. 185, do *CTN*, pois é a única que está em sintonia com os princípios da *livre iniciativa*, da *preservação da empresa* e da *razoabilidade*.

3º) O art. 185, do CTN, interage de alguma forma com outras normas tributárias relacionadas à alienação ou oneração de bens por devedores? A decisão judicial que reconheceu a existência de fraude na cessão de recebíveis entrou em conflito com outras disposições legais?

Resposta: I- Sim. O art. 185, do CTN, deve ser interpretado e aplicado, não em estado de isolamento, mas em sintonia com o sistema jurídico no qual se encontra inserido. Em outras palavras, interage com outras regras tributárias que tratam da alienação ou oneração de bens pelo devedor.

Isso porque, interpretar um texto legislativo, mais do que simplesmente entender as palavras que o compõem, é captar seu conteúdo e suas implicações práticas. Daí a importância da *interpretação sistemática*, que, em busca da *mens legis*, exige uma visão global do ordenamento jurídico.

Não por outra razão, o jusfilósofo Stammler asseverava: “*Quando alguém aplica um artigo do Código, aplica todo o Código*”.⁵⁵

Em suma, a interpretação de qualquer ato normativo, mormente quando veicula um privilégio fiscal – caso da presunção de fraude, contida no art. 185, do CTN –, deve levar em conta, não a literalidade do texto normativo, mas o sistema jurídico como um todo considerado.

II- Por conseguinte, a presunção de fraude, contida no art. 185, do CTN, ainda que absoluta, está limitada pelos princípios constitucionais, que

⁵⁵. Apud Karl Engisch, op. cit., p. 118.

garantem a propriedade privada, a livre iniciativa e a continuidade da empresa.

Destarte, como já vimos nas respostas aos quesitos anteriores, só pode ser considerada fraudulenta, a teor do art. 185, do *CTN*, a alienação ou o seu começo de **bens do ativo fixo** da pessoa jurídica em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Com efeito, é essa operação que, reduzindo o patrimônio do devedor, tem o potencial de prejudicar o interesse creditório do Fisco.

De revés, as alienações de bens do ativo circulante não podem ser havidas por fraudulentas, porque são justamente elas que permitem que a empresa devedora do Fisco continue em atividade.

III- Nossa conclusão mais se robustece em se levando em conta que o art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.397/1992, que instituiu a medida cautelar fiscal, é expresso ao determinar que a indisponibilidade de bens recairá apenas sobre os bens do **ativo permanente** (*imobilizado*).

IV- Em face do exposto, mostra-se equivocada, *data venia*, a decisão judicial que, fundada no argumento de que o *STJ* entende que o art. 185, do *CTN*, veicula uma presunção *jure et de jure*, reconheceu a existência de fraude, nas operações de cessão de recebíveis.


Com efeito, o que restou decidido pelo Tribunal da Cidadania foi simplesmente que o art. 185, do *CTN*, encerra uma presunção absoluta de fraude, em havendo alienação de bem do “*sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa*”. Em momento algum definiu que tal presunção alcança

também os bens do ativo circulante, que – não custa repetir – são justamente aqueles que permitem que a empresa continue a perseguir seu objeto social.

Ademais, não se deve perder de vista que, eventualmente, a pretensão fazendária pode, ao cabo do processo de execução, ser julgada improcedente, em razão da nulidade absoluta da certidão da dívida ativa, da decadência, da prescrição, da inexistência do débito fiscal etc. Nesse caso, é teratológico condenar à extinção, empresa que nada devia ao Fisco, como a final restou decidido.

Este é o nosso parecer, *s.m.j.*

São Paulo (SP), 16 de fevereiro de 2024.



Roque Antonio Carrazza

Professor Emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Titular da Cadeira de Direito Tributário da sua Faculdade de Direito
Consultor e Advogado - (OAB/SP nº 140.204)