

0422

## A Lei nº 9.249/95 e a Provisão para Devedores Duvidosos

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Matéria que não tem merecido análise maior dos especialistas diz respeito à provisão para devedores duvidosos, aceita, nos termos da legislação ordinária, permanentemente, como limitada ao humor do legislador, podendo ser maior ou menor, conforme a conjuntura.

Tem sido sempre discutido o texto ordinário produzido no curso de qualquer alteração do regime jurídico do referido imposto, pouco se refletindo sobre a correção das restrições impostas pelo legislador à formação das provisões dedutíveis<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Escrevi: "São operacionais todas as despesas necessárias à obtenção de um determinado objetivo, mesmo que este não seja atingido pelos mais variados motivos, como compra de mercadorias de fornecedores que vão à falência após a encomenda sem entregar os bens, apesar de terem recebido o preço; estudos de projetos para lançamentos de produtos que se revelam de pequena possibilidade de comercialização e que, por esta razão, terminam por não ser produzidos, publicidade de natureza institucional, sem retorno evidente; formação de pessoal, que deixa a empresa após os cursos por ela proporcionados, etc. Todas as despesas referentes aos exemplos citados são despesas operacionais, mesmo que terminem por não gerar o resultado pretendido, razão pela qual a própria legislação do imposto sobre a renda permite que os prejuízos de uma empresa, num exercício, sejam deduzidos nos próximos quatro exercícios para justificar gastos superiores às receitas, não limitando, em espaço temporal pequeno, sua dedutibilidade. A limitação apenas para o período de 1995 a 30%, sobre ter sido derrubada na justiça, não altera o princípio atrás enunciado. À nitidez, por decorrência, não cabe ao intérprete oficial, isto é, ao agente fiscal, que não é administrador, mas apenas agente, definir o que é necessário para uma empresa e o que não é necessário, se dispêndios foram realizados com a intenção de promover a sociedade. São despesas operacionais aquelas despesas, assim consideradas pelo administrador e que representam efetivo gasto da pessoa jurídica na busca de um objetivo, não podendo, o servidor público encarregado da fiscalização, que não é um técnico em administração de negócios, fazer valer suas preferências pessoais como critério para classificar determinada despesa como operacional ou não.

Tenho para mim que a questão tem sido sempre mal colocada pois não se questiona a legitimidade de tais restrições, à luz do único dispositivo com eficácia de lei complementar que poderia servir de base para interpretar os diversos textos produzidos, que é a definição do fato gerador do imposto de renda constante do artigo 43 do CTN<sup>2</sup>.

E tal reflexão impõe-se, uma vez mais, em face do que dispõe a Lei nº 9.249/95 sobre a provisão para devedores duvidosos, com brutal compactação das hipóteses em que tal provisão é dedutível.

Parece-me que o artigo 13, inciso I, assim redigido:

“Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei 4.506, de 30 de novembro de 1964: I. de qualquer provisão, exceto as constituídas para o pagamento de férias de empregados e de décimo-terceiro salário, a de que trata o art. 43 da Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com as alterações da Lei 9.065, de 20 de junho de 1995, e as provisões técnicas das companhias de seguro e de capitalização, bem como das entidades de previdência privada, cuja constituição é exigida pela legislação especial a elas aplicável”,

no que limitou a dedutibilidade, é inconstitucional por violentar o comando do artigo 43 do CTN, que explicita, como lei com eficácia de complementar que é, a Constituição Federal, nada obstante a preservação das provisões do direito pretérito, que, no que limitava, também era inconstitucional.

Tal visão fiscalista, adotada há alguns anos atrás, foi duramente criticada pela doutrina e repudiada por inúmeros magistrados que não admitiram fossem outorgados, a um mero agente fiscalizador, poderes de discriminação gerencial, que não tinha e que nunca terá” (Aspectos práticos da teoria da imposição tributária, Nova Alvorada Edições, 1996, pp. 97/98).

2 Marilene Talarico Martins Rodrigues lembra que: “Entre várias definições de renda, podemos considerar como renda o acréscimo do valor pecuniário do patrimônio entre dois momentos: é o resultado oriundo da fórmula receita menos despesas, ou seja, o rendimento poupado acrescido da renda consumida menos deduções e abatimentos admitidos em lei” (Estudos sobre o Imposto de Renda, ed. Res. Tributária, julho/1994, p. 233).

O problema que se coloca está na definição do fato gerador do I.Renda<sup>3</sup>.

A “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica”, a que faz menção o artigo 43, não ocorre na inexistência de disponibilidade, isto é, sempre que não tiver, o beneficiário da renda ou provento, disponibilidade que acresça a seu patrimônio, não terá gerado a obrigação de pagar o correspondente imposto<sup>4</sup>.

Ora, na provisão para devedores duvidosos a própria expressão já define que se trata de uma “não disponibilidade”. Em outras palavras, o legislador ordinário quando cuida das provisões para credores duvidosos, com elasticidade maior na lei anterior e menos na atual, cuida de recursos que deveriam compor a “disponibilidade econômica ou jurídica” do contribuinte, mas não a compõem, pois os que prometeram pagar, não pagaram.

À evidência, se a promessa de pagamento não ocorre, tornando “duvidosa” a palavra do devedor e “incerto” o pagamento, a própria “disponibilidade” futura goza da mesma incertitude, razão pela qual deixa de se conformar a hipótese de imposição de imposto sobre a renda, à falta de “aquisição” e de “disponibilidade” econômica ou jurídica.

3 Alcides Jorge Costa ensina: “Antes de se passar aos problemas específicos da legislação brasileira, é interessante fazer um resumo do conceito mais abrangente de renda como acréscimo patrimonial porque é a ele que a nossa lei adere. Seguindo a lição de John F. Due, renda é a soma algébrica do consumo da pessoa durante o período e do acréscimo patrimonial líquido no mesmo período, ambos expressos em dinheiro. Ainda seguindo John F. Due, por outras palavras a renda consiste (1) no montante total recebido de terceiros durante o período, menos as despesas necessárias para a obtenção deste total; (2) no valor do consumo da pessoa, excluído o que for pago com a utilização do montante recebido de terceiros no período. Este valor inclui itens como o valor de uso dos bens duráveis de consumo, como a casa própria, e o valor dos bens ou serviços de produção própria; (3) no acréscimo do valor dos ativos possuídos no período. De modo geral, e por motivos práticos, as legislações interpretam o conceito de renda em relação ao fluxo de riqueza, aos ingressos monetários ou em espécie. Assim, de modo geral, o acréscimo de valor patrimonial só é tributável quando se realiza” (Estudos sobre o Imposto de Renda, ob. cit., p. 23).

4 O artigo 43 do CTN tem a seguinte dicção: “O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica: I. de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II. de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”.

Nas próprias operações financeiras tendo por objeto o desconto de duplicatas, o emitente credor é obrigado a restituir à instituição financeira as importâncias relativas ao desconto de títulos não honrados, no respectivo vencimento - os chamados devedores duvidosos - de maneira que tais operações financeiras sequer podem ser trazidas à baila para efeitos de representarem a garantia de uma disponibilidade atual, decorrente da negociação do título, pois a substituição do título tira da "disponibilidade" futura tal característica pelo "desfazimento" da garantia<sup>5</sup>.

Em outras palavras, o não pagamento tempestivo do título correspondente à obrigação não gera nem "aquisição", nem "disponibilidade", portanto, não pode gerar o imposto sobre renda inexistente.

Ora, a provisão para credores duvidosos, que é imposição da própria lei comercial (a lei das S/As cuida pormenorizadamente da matéria) para efeitos de descaracterização dos lucros, não pode ser tributada por duas razões, resultando, a meu ver, seja no direito anterior, seja no atual, inconstitucionais as limitações propostas pela legislação ordinária<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> José Luiz Bulhões Pedreira ao distinguir "fluxo" de "acréscimo" identifica o "acréscimo" como "acumulação" e não como "entrada". Em verdade, a "acumulação" (visão estática) e a "entrada" (visão dinâmica) representam, sob o aspecto temporal, isto é, no momento de sua ocorrência, um acréscimo, vocábulo inclusive utilizado pelo legislador complementar para definir o suporte fático do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Assim se expressa o eminente jurista: "O sentido vulgar de renda é o produto do capital ou trabalho, e o termo é usado como sinônimo de lucros, juros, aluguéis, proventos ou receitas. A expressão "proventos" é empregada como sinônimo de pensão, crédito, proveito ou lucro. No seu sentido vulgar, tanto a expressão "renda" quanto a "proventos" implica a idéia de fluxo, de alguma coisa que entra, que é recebida. Essa conotação justificaria, por si só, a afirmação de que as concepções doutrinárias de renda pessoal que melhor se ajustam ao nosso sistema constitucional são da renda como fluxo, e não de acréscimo (ou acumulação) de poder econômico ou de patrimônio líquido" (Imposto de Renda, ed. APEC, pp. 2/21).

<sup>6</sup> Hugo de Brito Machado lembra que: "Considerando que a Constituição Federal descreve, ao fazer a partilha das competências tributárias, o âmbito de cada imposto, a liberdade do legislador para definir a hipótese de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza não vai além da liberdade que tem o intérprete para escolher uma das significações razoáveis dessa expressão. Se, no exercício dessa liberdade, o legislador transpõe o quadro, ou moldura, que a Ciência do Direito estabelece, definindo como renda o que renda não é, em qualquer de seus significados aceitáveis, agride a Constituição.

O primeiro aspecto que denota esse vício diz respeito à necessidade de o direito tributário respeitar os institutos de direito privado, princípio exposto nos artigos 109 e 110 do CTN, assim redigidos:

"Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

À evidência, pode o legislador tributário dar efeitos peculiares aos institutos de direito privado, mas não alterar seus conceitos explícitos ou implícitos na Constituição. E não há instituto de direito privado que não esteja implícito ou explícito na Constituição Federal<sup>7</sup>.

Como qualquer lei, também aquela que direta ou indiretamente define o alcance da expressão renda e proventos de qualquer natureza, está sujeita ao controle de constitucionalidade.

Além disto, é importante observar que o Código Tributário Nacional definiu renda como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e proventos de qualquer natureza como os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda. (art. 43, itens I e II). Adotou, portanto, o conceito de renda acréscimo. Sem acréscimo patrimonial não há, segundo o Código, nem renda, nem proventos.

Como se vê, o Código Tributário Nacional estreitou o âmbito de liberdade do legislador ordinário, que não pode definir como renda, ou como proventos, algo que não seja na verdade um acréscimo patrimonial" (Estudos sobre o Imposto de Renda, ob. cit., pp. 45/46).

<sup>7</sup> Tavares Paes lembra que o artigo 109 "é complementado pelo art. 110. Procura o art. 109 estabelecer os lindes entre o direito tributário e o privado e, como o afirma o Prof. Ruy Barbosa Nogueira, "teve dupla finalidade: afastou estes como meio supletivo da integração da lei fiscal e deixou esclarecido o aspecto das relações que o direito tributário mantém com o direito privado, ou seja, quando as categorias de direito privado estejam apenas referidas na lei tributária, o intérprete há de ingressar neste para bem compreendê-las, porque neste caso elas continuam sendo institutos, conceitos e formas de puro direito privado, porque não foram alteradas pelo direito tributário, mas incorporadas e, portanto, vinculantes deste" (Curso, cit., p. 94) (Comentários ao Código Tributário Nacional. 3ª ed., ed. Saraiva, 1986, pp. 121/122).

Ora, se a lei ordinária declara que o que não ingressa, que o que não acresce, o que não é disponibilidade, nem representa qualquer espécie de aquisição, não é lucro, nem é renda, não há como, a legislação específica - que, de resto sequer alicerce tem no CTN -, considerar por "ficção" renda, ingresso, disponibilidade, aquisição, acréscimos, fluxo, a "inadimplência". Em outras palavras, haveria uma mudança do conceito do direito privado do que seja "provisão para devedores duvidosos", transformando a legislação do imposto de renda em "indivisa" o que nitidamente é "duvidoso", em "entrada" o que "entrada" não é, em "disponibilidade" o que é "indisponível" e em "aquisição" o que não se "adquire"<sup>8</sup>.

O segundo aspecto a que me referi atrás, é, pois, decorrencial. A "ficção" não é fato gerador do imposto sobre a renda. Não pode a legislação tributária criar hipóteses de incidência contra a Constituição e a lei complementar. Não há imposição sobre operações inexistentes ou sobre base econômica nenhuma.

Já o IX Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária, com a participação de mais de 200 especialistas de todo o Brasil integrantes dos quadros da magistratura, das Fazendas Públicas federal, Estaduais e Municipais, do Ministério Público, advogados, professores de direito tributário, decidiu que:

"Na ficção, a lei atribui a determinado fato, coisa, pessoa ou situação característica ou natureza que, no mundo real, não existem nem podem existir.

Os lançamentos de tributos com base em presunções 'hominis' ou indícios (ressalvados os indícios veementes quando proporcionam certeza quanto aos fatos), sempre

<sup>8</sup> O artigo 183 incisos I e IV da lei 6.404/76 tem a seguinte dicção: "Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios: I. os direitos e títulos de crédito, e quaisquer valores mobiliários não classificados como investimentos, pelo custo de aquisição ou pelo valor de mercado, se este for menor; serão excluídos os já prescritos e feitas as provisões adequadas para ajustá-lo ao valor provável de realização, e será admitido o aumento do custo de aquisição, até o limite do valor de mercado, para registro de correção monetária, variação cambial ou juros acrescidos;

...  
IV. os demais investimentos, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para atender às perdas prováveis na realização do seu valor, ou para redução do custo de aquisição ao valor de mercado, quando este for inferior".

que ocorrer incerteza quanto aos fatos, não se compatibilizam com os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. As presunções legais relativas podem ser adotadas pelo legislador desde que sejam estabelecidas no âmbito da competência tributária respectiva.

Por ficção não se pode considerar ocorrido o aspecto material do fato imponible, pois ou se estará exigindo tributo sem fato gerador ou haverá instituição de tributo fora da competência outorgada pela Constituição. O mesmo se aplica à instituição da presunção absoluta pois, de sua aplicação, poderá resultar exigência de tributo sem fato gerador (unânime)<sup>9</sup>.

Se se admitisse que a lei ordinária pudesse criar "ficções jurídicas" para definir hipóteses de imposição, à evidência, estaríamos perante a anulação absoluta das garantias constitucionais e do elenco fechado de tributos e impostos expostos no texto supremo. Qualquer legislador poderia criar fatos geradores tirados da sua imaginação. Poderia considerar "renda" o olhar apaixonado de uma noiva para o noivo, pois, para ele, tal olhar valeria mais do que qualquer riqueza material. E o céu do surrealismo tributário, a lembrar Dali, Magritte, Delvaux ou Max Ernst, não teria limite<sup>10</sup>.

À evidência, pelos princípios da estrita legalidade, tipicidade

<sup>9</sup> Cadernos de Pesquisas Tributárias nº 10, 2ª edição, Co-edição CEEU/ed. Resenha Tributária, 1991, pp. 353/354.

<sup>10</sup> Gilberto de Ulhôa Canto esclarece: "É, pois, evidente que o legislador não pode, através de ficções, elaborar regras que ele não poderia expedir de forma direta, porque em desacordo com as disposições constitucionais e, no caso do Brasil, também com as leis complementares elaboradas nos termos e para os fins prescritos no § 1º do art. 18 da Constituição Federal.

O CTN cuidou de fixar de modo expresso a proibição referida no item que precede, e fê-lo de modo abrangente de todas as possíveis modalidades em virtude das quais as normas fictas ou baseadas em presunções pudessem ser elaboradas: "Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, para definir competências tributárias".

Pelo dispositivo acima transcrito as ficções e as presunções que impliquem em modificar a competência impositiva são proibidas. Por exemplo, não poderia prevalecer lei estadual que, para efeitos pragmáticos de incidência do imposto sobre a transmissão de bens e

fechada e reserva absoluta da lei formal, o princípio da legalidade pressupõe absoluta conformação da lei ordinária ao tipo da lei complementar e esta, aquele exposto como princípio na lei suprema<sup>11</sup>.

Ora, a Lei 9.249/95, no seu artigo 13, ao limitar a dedutibilidade da provisão para devedores duvidosos, tratou como "ficção jurídica" a "vedação", para considerar que as provisões estariam sujeitas à tributação do imposto sobre a renda, o que vale dizer, con-

direitos imobiliários, definisse as embarcações como imóveis, porque ela estaria instituindo regra baseada na ficção de que é imóvel um bem que na realidade material é móvel, realidade esta que a Constituição Federal pressupõe ao atribuir aos Estados competência para o referido imposto" (Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 9, Presunções no Direito Tributário, Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária, 1991, 2ª tiragem, pp. 8/9).

<sup>11</sup> Escrevi: "Com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito penal, seja no direito tributário.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (Hacienda y derecho, Madrid, 1963, vol. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento, a administração, mas - e principalmente - o próprio critério da decisão no caso concreto.

É exigência da "lex scripta", peculiar à reserva formal da lei, acresce-se da "lex stricta", própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (ob. cit., p. 39): E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao contrário do que sucede nas normas de ação (handlungsnormen), não se limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente, um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo de seu comportamento (os grifos são nossos).

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (Legislação tributária, tipo legal tributário, in Comentários ao CTN, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (Direito Tributário, Bushatsky, 1973, vol. 2) e Gerd W. Rothmann (O princípio da legalidade tributária, in Direito Tributário, 5ª Coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário conseqüente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou da penalidade; pelo princípio do "numerus clausus" veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas (Res. Tributária, 154:779-82, Sec. 2.1, 1980)" (Curso de Direito Tributário, ed. Saraiva, 1982, pp. 57/58).

siderou que a "inadimplência" é "adimplência", que a "indisponibilidade" é "disponibilidade", que "a não aquisição" é "aquisição".

Parece-me, pois, rigorosamente inconstitucional o artigo 13, inciso I, da Lei 9.249/95, na parte que restringiu a provisão para devedores duvidosos, pois violentando de forma inequívoca e cristalina o disposto no artigo 43 do CTN.

A Lei nº 9.249/95 e a Provisão para  
Devedores Duvidosos

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

*Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi  
Titular de Direito Constitucional e Econômico.*



013/96  
anti 88

# IMPOSTO DE RENDA

## ALTERAÇÕES FUNDAMENTAIS

### Coordenador

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

### Autores

ALCIDES JORGE COSTA  
ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE  
ANGELA MARIA DA MOTTA PACHECO  
DIRCEU ANTONIO PASTORELLO  
HUGO DE BRITO MACHADO  
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
JOÃO DÁCIO ROLIM  
JOÃO FRANCISCO BIANCO  
LUÍS EDUARDO SCHOUERI  
NATANAEL MARTINS  
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA  
RUTNÉA NAVARRO GUERREIRO

ALCIDES JORGE COSTA  
Professor Titular da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

ANDRÉ MARTINS DE ANDRADE  
Advogado Especializado nas Áreas Tributária  
e Societária. Mestre em Direito pela  
Universidade de São Paulo

ANGELA MARIA DA MOTTA PACHECO  
Advogada. Mestranda em Direito  
Tributário pela Pontifícia Universidade  
Católica de São Paulo

DIRCEU ANTONIO PASTORELLO  
Advogado

HUGO DE BRITO MACHADO  
Juiz do Tribunal Federal da 5ª Região.  
Professor Titular de Direito Tributário da  
Universidade Federal do Ceará

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
Professor Emérito da Universidade  
Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito  
foi Titular de Direito Econômico e de  
Direito Constitucional

DIALÉTICA

