

OPINIÃO

Restrição a políticos na lei de repatriação é inconstitucional

22 de junho de 2016, 6h26

Por Hamilton Dias de Souza e Thúlio José Michilini Muniz de Carvalho

Criado pela Lei 13.254/16 para permitir a regularização de ativos remetidos/mantidos no exterior ou repatriados sem a devida comunicação às autoridades públicas, o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) contempla uma série de vantagens. Dentre elas, a anistia dos crimes (artigo 5º, §§ 1º e 2º) e a remissão dos tributos e penalidades (artigo 6º, § 4º) relacionados a tais itens, por si sós, o tornam altamente atrativo.

Não por outra razão, o programa tem suscitado importantíssimas questões. Todavia, muito pouco se tem dito a respeito do art. 11 da referida lei, que assim dispõe: “Os efeitos desta Lei não serão aplicados *aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei*”.

A norma transcrita exclui do âmbito de aplicação do RERCT, e das benesses dele decorrentes, os integrantes da “classe política” e seus familiares. O objetivo, ao que tudo indica, é evitar que *pessoas politicamente expostas* se beneficiem direta ou indiretamente do programa. Isso, a fim de afastar justificáveis suspeitas quanto à sua possível ingerência no processo de edição da Lei 13.254/16 em benefício próprio (e não da sociedade), além de assegurar que *potenciais* implicados em casos de corrupção não sejam agraciados.

Sem dúvida alguma, trata-se de propósito honroso, sobretudo em tempos como os atuais, marcados pela *desconfiança* generalizada nas relações do poder político com o poder econômico. De qualquer forma, o dispositivo citado gera uma série de perplexidades e, por isso, requer um exame mais detido, com o objetivo de determinar *se e em que medida* pode ser considerado legítimo, sob a ótica de nosso ordenamento jurídico.

De maneira geral, a questão se põe em face da *isonomia* (CF/88, artigos 5º, *caput*[i], e 150, II[ii]) e do *devido processo legal* (CF/88, artigo 5º, LIV[iii]). A primeira, ao proibir que a lei institua diferenciações *injustificadas* ou *iníquas*. O segundo, ao exigir que ela proceda ao balanceamento dos valores envolvidos e, com isso, promova a “*compatibilidade justa*” entre os meios escolhidos e os fins almejados, segundo “*padrões de proporcionalidade (lógica interna da estrutura meio-fim) e razoabilidade (bom senso, sentido criterioso...) da lei*”, sem abusos ou excessos[iv], sob pena de controle por parte do Judiciário[v]. É o que se pretende demonstrar a seguir.

À luz dos referidos postulados, o primeiro problema consiste em saber se existe fundamento constitucional para que os ocupantes de posições públicas eletivas ou de chefia (classe política) sejam excluídos do programa de regularização patrimonial de que se cuida, isto é, para que sejam tratados de modo *diferenciado e mais gravoso*, em comparação à generalidade dos casos.

Realmente, uma leitura apressada poderia levar à conclusão de que a norma resvala na *isonomia*, já que: “*a circunstância de o sujeito ocupar cargos públicos... não pressupõe e tampouco acarreta, por si só, a ilicitude dos recursos, bens ou direitos mantidos no exterior a ponto de não permitir a fruição dos benefícios previstos no RERCT*”[vi]. Nessa medida, o dispositivo conteria uma “*discriminação inadequada, inapropriada e ilegítima*”, entre os integrantes da classe política e os ditos cidadãos comuns, como sustentam Guilherme Cardoso Leite e Leonardo Pimentel Bueno[vii], por exemplo.

Embora não seja de todo impertinente, o argumento ignora que, em se tratando de agentes públicos, não se pode pretender que o seu regime jurídico seja absolutamente idêntico ao dos demais cidadãos, principalmente no que se refere à extensão de suas liberdades (propriedade, intimidade, vida privada, honra e imagem etc.). Estas podem sofrer algumas restrições, a bem do interesse público relacionado ao adequado desempenho das atividades estatais que lhes são entregues. O que, diga-se, decorre da CF/88 (artigo 37, *caput*), nos termos da qual os princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade e responsabilidade* devem sempre pautar a conduta da Administração e de seus agentes, daí se desdobrando deveres de transparência por parte destes.

É nesse exato sentido, aliás, que o Supremo Tribunal Federal afirma tratar-se do “*preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano*” (SS 3902, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 9/6/2011). Ou seja, as restrições que se impõem aos agentes públicos, como a de que se cuida, são garantias em favor do Estado e da sociedade em geral. Daí a Corte Suprema

afirmar: “O homem público deve ser um livro aberto, está na vitrina e não pode, evidentemente, evocar, tendo em conta dispêndio com dinheiro público, a privacidade que é própria do cidadão comum”, dentre outras garantias (MS 28178/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 4/3/2015).

Em vista disso, a exclusão da “classe política” do âmbito de aplicação do RERCT configura opção legislativa legítima, na medida em que a diferenciação dela decorrente é compatível com a ideia de “República enquanto forma de governo”, além de ser coerente com os contornos conferidos pela CF/88 ao regime jurídico que é próprio aos agentes públicos, com direitos (bônus) e deveres (ônus) distintos dos que valem para os demais cidadãos.

Se a exclusão contida no artigo 11, *em si*, reúne o necessário para ser considerada constitucional, o mesmo não pode ser dito quanto aos contornos que o dispositivo lhe confere. Isso porque a restrição alcança apenas aqueles que ocupassem posições públicas de chefia ou eletivas “na data de publicação desta Lei” (13/1/2016), ao passo que a data de corte do RERCT, no que tange aos ativos passíveis de regularização, é 31/12/2014. O desencontro entre essas datas acarreta distorções que confrontam o objetivo pretendido pela norma.

A propósito, imagine-se a seguinte situação hipotética:

Os indivíduos **A**, **B** e **C** ocupam cargos eletivos em 31/12/2014 e, nessa data, possuem ativos de origem lícita passíveis de inclusão no programa. **A** entrega o cargo em 1/1/2015, deixando de exercer qualquer função estatal. O mesmo ocorre com **B** em 12/1/2016. **C** segue ocupando o mesmo cargo eletivo até a presente data.

Na situação descrita, embora os três indivíduos se enquadrassem no perfil que o artigo 11 da Lei 13.254/16 pretendeu excluir do RERCT, somente **C** ficaria impedido de aderir ao programa, enquanto **A** e **B** poderiam fazê-lo, pelo simples fato de não ocuparem posições públicas de chefia ou eletivas em 13/1/2016.

O exemplo dado gera a seguinte perplexidade: *Se a data de corte relativa aos ativos passíveis de regularização é 31/12/2014, qual o sentido de se excluir do programa especial apenas os ocupantes de cargos públicos de chefia ou eletivos em 13/1/2016?* Realmente, a norma não parece razoável, pois, para que fizesse algum sentido, deveriam ser impedidos de aderir ao RERCT os ocupantes de tais posições no momento da remessa do ativo ao exterior, ou, no mínimo, na data limite do programa.

A razão para tanto é que o “*tempo, só por só, é elemento neutro*”, que “*em nada diferencia os seres ou situações*”, razão pela qual “*jamais pode ser tomado como o fator em que se assenta algum tratamento jurídico desuniforme, sob pena de violência à regra da isonomia*”. São “*os fatos ou situações que nele transcorreram e por ele se demarcam*” que “*podem ser erigidos em fatores de discriminação, desde que, sobre diferirem entre si, haja correlação lógica entre o acontecimento, cronologicamente demarcado, e a disparidade de tratamento que em função disto se adota*”[\[viii\]](#).

Dessa maneira, o artigo 11, ao eleger como critério temporal uma data aleatória e indiferente às razões justificantes da exclusão nele contida, cria tratamento distinto para situações rigorosamente idênticas sob a ótica dos potenciais lesivos ao interesse público que se buscou neutralizar. É dizer: o dispositivo adota como fator de distinção *o tempo enquanto tal*, e não enquanto elemento demarcador de situações que efetivamente diferem entre si. Por isso, viola a isonomia, além do devido processo legal, já que torna o meio eleito (exclusão do RERCT) inadequado para a obtenção do fim perseguido, devendo ser declarado inconstitucional.

Outro problema é que o artigo 11 também impede os familiares dos integrantes da classe política de aderir ao programa, a fim de evitar que estes se aproveitem do programa por meio de pessoas próximas. A norma parece supor que essas pessoas gozem de vantagens próprias dos cargos públicos ocupados e, nessa medida, devam ser abrangidas pelas mesmas restrições aplicáveis aos respectivos detentores. O que, em tese, seria compatível com a CF/88, pelos mesmos motivos que levam à constitucionalidade da exclusão “em si”, já referidos.

Entretanto, para que seja válida a suposição, é necessário existir um *vínculo, liame* ou, mais precisamente, nexo de *causalidade* entre a vantagem que se presume e o cargo público do qual ela é reputada decorrente. Afinal, o exercício do poder de legislar não pode ser desmedido. E, do contrário, a norma implicaria não uma simples presunção legal, mas uma ficção jurídica absurda e inadmissível, a teor de antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [\[ix\]](#).

A conclusão é imperiosa, sobretudo quando a norma em questão recai sobre as liberdades individuais de seus destinatários para o fim de restringi-las, como no caso examinado, em que se impede a *regularização de patrimônio lícito existente no exterior*, intimamente ligada ao direito de propriedade, protegido com todas as cautelas pela CF/88. Restrições desse tipo cabem apenas em caráter excepcional, nunca como regra.

Sob o enfoque dessas premissas, a aplicação *acrítica* do artigo 11 leva a situações absurdas, como, por exemplo, as seguintes:

A) Impedir que o *cônjuge* de político submeta seus ativos ao RERCT, mesmo quando os detenha em *regime de separação total de bens e incomunicabilidade absoluta*, hipótese em que inexiste qualquer “confusão patrimonial” que justifique estender-lhe o impedimento que vale para o seu parceiro detentor de cargo público;

B) Impedir que o *irmão* de político submeta seus ativos ao RERCT, mesmo nos casos em que não decorram de *origens comuns* (por exemplo, herança, negócios mantidos em sociedade etc.), hipótese em que não pode haver *interesse comum* entre ambos a justificar o tratamento restritivo; e

C) Impedir que o *avô* de político submeta seus ativos ao RERCT, mesmo nos casos em que inexista qualquer relação entre a fortuna do primeiro e o patrimônio de seu familiar detentor de cargo público, hipóteses em que também não há *interesse comum possível* a justificar o tratamento gravoso.

As incongruências apontadas são todas decorrentes da ausência de interesse comum que justifique a aplicação do artigo 11 às situações aventadas, evidenciando que a restrição nele contida pode, conforme o caso, atentar contra o devido processo legal. Isso porque o meio eleito (exclusão do “familiar” do âmbito de aplicação do RERCT), se bem que *em tese* adequado para a proteção dos interesses subjacentes à norma, tende a ser excessivo em diversas situações, o que é inaceitável.

Por essa razão, o dispositivo pode e deve ser interpretado pela Receita Federal do Brasil no sentido de que se aplica apenas nos casos de *interesse comum* entre o titular do ativo no exterior e o respectivo familiar ocupante de posição pública, sob pena de o tema ser levado ao Poder Judiciário e, nessa instância, se concluir pela inconstitucionalidade absoluta da regra.

Note-se, a propósito, que melhor seria se o próprio legislador tivesse redigido o dispositivo examinado de modo que situações absurdas fossem expressamente excepcionadas, sem a necessidade de esforço interpretativo para sanar excessos.

De qualquer forma, tratando-se de programa de *regularização patrimonial*, em que são mitigados os rigores da legalidade tributária, é plenamente lícito à RFB formalizar entendimento em linha com o acima exposto, a fim de atribuir ao dispositivo interpretação que seja conforme à CF/88.

Somente assim é que, de um lado, se evitará a desnecessária e até perniciosa judicialização do tema, e, de outro, se garantirá a máxima eficácia do RERCT, mediante ampla adesão, atendido o requisito primordial de prova da origem lícita dos recursos submetidos à regularização.

i “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

ii “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)
II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”

iii “Art. 5º (...)”

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

iv Ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. *Do amálgama entre razoabilidade e proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência brasileiras e seu fundamento no devido processo legal substantivo*. Barueri, SP: Manole, 2007.

v Ver ADI-MC 1910, ADI-MC 2551, ADI-MC 2667, dentre inúmeros outros precedentes do STF.

vi Ver LEITE, Guilherme Cardoso & BUENO, Leonardo Pimentel. Lei de regularização cambial e tributária viola princípio da isonomia. Revista CONJUR, 15/04/2016. In: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-15/lei-regularizacao-cambial-tributaria-violou-principio-isonomia>

vii *Id. ibid.*

viii Ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. *Isonomia e fator de discriminação*. São Paulo: Malheiros, 1998.

ix Ver RE 158834, dentre inúmeros outros precedentes do STF.

Hamilton Dias de Souza sócio fundador da Dias de Souza Advogados Associados, é mestre e especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Thúlio José Michilini Muniz de Carvalho é advogado no escritório Dias de Souza Advogados Associados, mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

Revista **Consultor Jurídico**, 22 de junho de 2016, 6h26