O IMPÔSTO DE RENDA E O SEGURO DOTAL

RUBENS GOMES DE SOUSA[1]

Prof. na Fac. de Ciências Econômicas e Administrativas da Univ. de S. Paulo

SUMÁRIO: 1 — *Posição do problema.* 2 — *A definição do contrato de seguro no direito privado.* 3 — *O seguro dotal como modalidade de seguro de vida.* 4 — *Fundamento do tratamento tributário dos prêmios de seguro de vida para efeito do impôsto de renda.* 5 — *Legislação fiscal comparada e brasileira sôbre o assunto.* 6 — *Restrições administrativas ao abatimento dos prêmios de seguros dotais.* 7 — *Restrições impostas por via legislativa.* 8 — *Distinção objetiva entre evasão legítima e fraude fiscal.* 9 — *Aplicação da distinção ao problema do abatimento dos prêmios de seguros dotais.* 10 — *Análise da jurisprudência existente sôbre o assunto.*

1 — Uma das modificações introduzidas no regulamento do impôsto sôbre a renda pela recente lei n.º 1.474, de 26-11-51, visa pôr têrmo à controvérsia, que se vinha avolumando nestes últimos tempos, em tôrno da inclusão dos prêmios de seguro de vida chamado tipo "dotal" ou "misto", entre os abatimentos permitidos para efeito da incidência do impôsto complementar progressivo. O art. 20, alínea *b*, do decreto n.º 24.239, de 22-12-47, permitia abater da renda bruta "os prêmios de seguro de vida pagos a companhias nacionais ou autorizadas a funcionar no país, quando forem indicados o nome da companhia e o número da apólice". Estaria êsse dispositivo sendo utilizado para fins de evasão, ou mesmo de sonegação do impôsto, efetivada mediante o ajuste de seguros dotais, geralmente a prêmio único e prazo curto, ensejando, portanto, o abatimento de importância vultosa, seguindo-se o cancelamento do contrato e a conseqüente restituição do prêmio pago, livre de tributação por fôrça da alínea *c* do § 2.º do art. 11 do decreto n.º 24.239 cit., que dispõe não entrarem no cômputo do rendimento bruto "os prêmios de seguro restituídos em qualquer caso, inclusive nos de renúncia do contrato". Esta manobra se repetiria de ano em ano, agravada, pelo menos em certos casos, pela concessão simultânea

de um empréstimo pela própria emprêsa seguradora ao segurado, mediante caução da apólice, possibilitando assim ao contribuinte gozar do abatimento sem sequer efetuar qualquer desembôlso.

O Tribunal Federal de Recursos, no primeiro caso em que o problema foi levado ao Judiciário, [1] cingiu-se ao exame de apenas alguns aspectos do assunto, focalizando principalmente a questão da liquidez e certeza do direito do contribuinte impetrante a não ter glosado o abatimento feito e a não imposição de penalidades, para afinal concluir contràriamente à concessão do mandado de segurança, por entender ausentes aquêles requisitos constitucionais do seu cabimento (Const. fed., art. 141, § 24). Todavia, encarado em seu mérito o problema é interessante e apresenta várias facetas dignas de estudo, que procuraremos indicar e examinar sumàriamente neste estudo, provocado principalmente pela atualidade do assunto, sem, entretanto, ter a pretensão de aprofundá-lo e muito menos a de o esgotar.

2 — Pertence atualmente à história do direito a resistência da doutrina contra o seguro de vida, que entretanto foi forte bastante para ditar proibições legais absolutas, inspiradas no temor do incitamento ao assassinato e ao suicídio, do desvirtuamento em modalidade macabra de jôgo ou aposta, da possibilidade de fraude à lei na instituição dos beneficiários, [2] ou mais simplesmente na idéia de que a vida humana não pode ser objeto de estipulação financeira. [3]

Superada essa primeira orientação negativa, surgiu entretanto em doutrina uma orientação que pretendia atribuir ao seguro de vida uma natureza jurídica diversa da do seguro de coisas. Na base desta opinião estava a idéia de que o elemento definidor do contrato de seguro é o ressarcimento de um dano possível no futuro, donde a conclusão de que, não sendo a vida humana suscetível de avaliação em dinheiro, não poderia a sua perda configurar prejuízo material.

Se não bastasse para invalidar tôda a teoria o êrro evidente de negar valor patrimonial à vida humana, [4] haveria ainda, para condená-la, o fato de que o elemento definidor do contrato de seguro não é o ressarcimento do dano sofrido pelo segurado, mas o risco assumido pelo segurador: êste, com efeito, é que empresta ao contrato de seguro a sua feição característica e que o individualiza dentro da categoria genérica dos contratos de indenização. [5]

---

1 Recurso de Mandado de Segurança n.º 639, *Diário da Justiça* de 12-9-51, apenso ao n.º 209, ps.2712/14.

2 Todos êsses perigos são entretanto fáceis de afastar mediante disposições legais restritivas da liberdade de contratar: cf. respectivamente os arts. 1436, 1440, parágrafo único, 1472 e 1474 do Cód. Civil.

3 Típico a êste respeito era o art. 686 n.º 2 do Cód. Comercial de 1850, que, proibindo o seguro sôbre a vida "de pessoa livre", implicitamente o admitia sôbre a vida do escravo, considerado como *res*.

4 Êste êrro provém da falta de distinção clara entre o elemento moral e o elemento patrimonial da personalidade humana; o reconhecimento da existência dêste último elemento constitui, ao contrário, a razão de ser do tratamento tributário do prêmio de seguro, como teremos ocasião de demonstrar mais adiante.

5 Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, 3.ª ed., Milão, s/d., vol. IV, § 1858, p. 397 s. Idêntica é a opinião de Bevilaqua, *Cód. Civil Comentado*, 3.ª ed., Rio, 1934,

A conceituação do risco como sendo o elemento essencial e característico do contrato é hoje pacífica na doutrina jurídica do seguro, [6] dando lugar à regra absoluta de que, na ausência de risco, não há possibilidade de configurar-se ou é jurìdicamente inexistente o contrato, embora formalmente perfeito. [7] Em nosso direito positivo, o Código Civil reconhece implìcitamente, em vários dispositivos, [8] que o risco é o elemento essencial do contrato de seguro, e confirma êsse reconhecimento ao atribuir, no art. 1.432, uma definição unitária ao contrato em tôdas as suas modalidades, afastando assim a controvérsia baseada na natureza do risco cuja cobertura constitua o seu objeto, além de admitir expressamente, no art. 1.440, que a vida e as faculdades humanas podem constituir objeto segurável.

3 — Mesmo depois de admitido que o contrato de seguro de vida seja contrato de seguro, por se achar presente nêle o elemento essencial do risco (o falecimento do segurado) assumido pelo segurador, subsiste ainda a dúvida sôbre o enquadramento, na figura jurídica do seguro de vida, do chamado "seguro dotal". Seguro dotal "puro" ou "de capital diferido" é aquêle cujo vencimento é estipulado para data certa, ou para a data em que se verificar determinado fato, sob a condição do beneficiário estar vivo no momento do vencimento: por isso o nome "seguro dotal", visto que normalmente a finalidade visada pelo tomador da apólice é a constituição de um pecúlio ou dote em favor do beneficiário (que pode ser o próprio tomador), a lhe ser pago ao atingir certa idade, ou a maioridade, ou ao verificar-se determinado evento futuro, como a formatura ou o casamento. Mais comumente, o seguro dotal é contratado pela forma chamada "mista", isto é, prevendo o pagamento do capital segurado ao beneficiário, se estiver vivo na data fixada na apólice, ou aos seus herdeiros ou a outro beneficiário designado, se o primeiro falecer antes daquela data. [9]

A resistência de uma parte da doutrina a reconhecer a estas modalidades específicas a natureza jurídica do seguro parece decorrer de uma sobrevivência da idéia de que o elemento definidor do contrato seja o ressarcimento do dano decorrente, para o tomador da apólice, da verificação do risco segurado: a ser exata essa idéia, com efeito, evidentemente não seria contrato de seguro aquêle em que o risco segu-

---

vol. V, p. 191: o fato dêste autor dizer (p. 196) que o objeto do contrato seja o ressarcimento do dano não invalida a opinião, porque o *objeto* de um contrato não é *elemento* dêste, senão causa, ou conseqüência.

6 Picard & Besson, *Traité Général des Assurances Terrestres en Droit Français*, Paris, 1938, vol. I, § 7, ps. 19 s.; Id., *Les Assurances Terrestres en Droit Français*, Paris, 1950, § 22, p. 35; Sumien, *Traité Théorique et Pratique des Assurances Terrestres et des Opérations de Capitalisation et d'Epargne*, 6.ª ed., Paris, 1948, §§ 74 ss.; Monette, de Villé & André, *Traité des Assurances Terrestres*, Bruxelas, 1949, vol. I, §§ 25 e 26, ps. 41 a 46; Halperin, *El Contrato de Seguro*, Buenos Aires, 1946, § 22, p. 28; Vance, *Handbook on the Law of Insurance*, 2.ª ed., St. Paulo (Minn.), §§ 23 a 25, ps. 57 ss.

7 Sumien, p. 52; Monette, de Villé & André, § 100, p. 142.

8 Cf. Cód. Civil, arts. 1434, 1436, 1439, 1444, 1446.

9 Sumien, § 159, p. 120.

rado não constitua objetivamente um evento danoso, ou não seja suscetível de acarretar prejuízo para o tomador da apólice. Mas, desde que se considere o risco, e não o dano ou prejuízo dêle porventura decorrentes como sendo o elemento definidor do contrato de seguro, desaparece qualquer fundamento para a dúvida: se, com efeito, o risco é definido como sendo o evento futuro e independente da vontade das partes, [10] é evidente que tanto o fato do beneficiário estar vivo em data determinada, como o fato do seu falecimento em qualquer data constituem, sob o ponto de vista do segurador, riscos de idêntica natureza.

Por outro lado, se se objetasse que o ressarcimento de um dano, embora não constitua *elemento* do contrato de seguro, constitui entretanto o seu *objeto*, caberia responder que no seguro de vida em tôdas as suas modalidades, e não apenas no seguro dotal, o conceito de dano é inteiramente ausente. No seguro de vida, a obrigação do segurador é expressa pela quantia designada na apólice, a qual deve ser paga em sua totalidade desde que se verifique o risco segurado, quer se trate da morte do beneficiário ou da sua sobrevivência, independentemente de qualquer indagação quanto à existência ou ao montante de qualquer dano ou prejuízo, ao contrário do que sucede no seguro de coisas. [11]

Afastada assim a atribuição de qualquer significado aos elementos "dano" e "ressarcimento" na caracterização do seguro de vida, e tendo-se em vista o fato evidente de que o limite de duração da vida humana constitui evento futuro, incerto e independente da vontade das partes, [12] correspondendo, portanto, à definição de risco para os efeitos do direito securatório, não há possibilidade de negar ao seguro dotal ou misto o caráter de seguro de vida, e portanto, ao respectivo contrato, o caráter de um contrato de seguro. Em nosso direito positivo, a controvérsia está, aliás, afastada pela disposição expressa do art. 1.471 do Cód. Civil, que o art. 1.476 ainda repete. [13]

4 — Passando agora a examinar o seguro de vida sob o ponto de vista do seu tratamento tributário, interessa analisar o fundamento da dedutibilidade dos prêmios pagos, para efeito do cálculo do rendimento tributável com impôsto de renda.

---

10 Picard & Besson, *Les Assurances Terrestres*, cit., §§ 23 e 24, ps. 35 a 39; Monette, de Villé & André, §§ 69 a 72, ps. 110 e 111.

11 Picard & Besson, *Les Assurances Terrestres*, cit., § 392, p. 568; Halperin, § 39, p. 40; Vance, ps. 80 e 121 a 123. Exatamente por essa razão é que o Cód. Civil, no art. 1441, abre exceção à regra geral dos arts. 1437 a 1439, admitindo, quanto ao seguro de vida, a livre fixação pelas partes do montante da obrigação do segurador, bem como a realização simultânea de mais de um seguro sôbre o mesmo risco.

12 Excluída, como é lógico, a hipótese do evento, que determine a exigibilidade do seguro, ser provocado por ato ilícito do próprio segurado ou do beneficiário: é o caso do suicídio ou do assassinato, mas essa hipótese especial, prevista pelo Cód. Civil no art. 1440, confunde-se com a regra geral da licitude do risco segurado como condição da validade do contrato, firmada pelo mesmo Código no art. 1436.

13 Bevilaqua, op. cit., p. 231, consigna como modalidades do seguro de vida tanto o que é estipulado para o caso de falecimento do segurado como o que é estipulado para o caso da sua sobrevivência, sem fazer qualquer ressalva de supostas diferenças jurídicas entre uma e outra modalidade.

Em princípio, a dedutibilidade de quaisquer verbas para efeito da incidência do impôsto de renda baseia-se na distinção entre as verbas que constituem encargos da renda e aquelas que constituem emprêgo, aplicação ou utilização da renda pelo seu titular. Esta distinção, por sua vez, repousa essencialmente sôbre o princípio de que não se pode admitir que o elemento subjetivo da vontade do titular da renda, ao atribuir a esta uma determinada aplicação, possa ter qualquer influência sôbre a sua definição como renda tributável ou não tributável. O impôsto incide sôbre a renda no momento da sua realização, e não no momento ulterior da sua utilização ou emprêgo, que configura ao contrário o fato gerador de outros impostos, p. ex., o de consumo: assim sendo, é claro que a vontade do titular da renda é sem efeito sôbre a sua tributabilidade;[14] a não ser assim, aliás, a tributação da renda ficaria sujeita ao critério exclusivo do próprio devedor do tributo, o que é evidentemente inadmissível.

Assentado êste ponto de partida, ressalta porém evidente a necessidade de distinguir, entre as despesas pessoais do contribuinte, as que constituem encargos e as que constituem aplicações da renda, para o efeito de conceituar como dedutíveis as primeiras, e como não dedutíveis as segundas. Como encargos da renda definem-se, em primeiro lugar e evidentemente, as despesas necessárias à própria percepção daquela: comissões e corretagens, salários de empregados, aluguel dos locais de trabalho, e semelhante. Mas não só essas: importa considerar também como encargos da renda as despesas necessárias à manutenção da integridade do capital, entre as quais se incluem, embora não constituam necessàriamente despesas no sentido de desembolsos não diretamente recuperáveis, as verbas separadas do rendimento para assegurar a amortização do capital produtor da renda, ou a sua recomposição.

Esta conceituação é importante porque, não sendo preservada a integridade do capital produtor da renda, esta mesma será, em última análise, diminuída de importância igual à parcela do capital, que tiver sido consumida para a sua produção sem possibilidade de recuperação ou de recomposição. Renda, com efeito, e tão sòmente aquilo que acresce ao patrimônio do seu titular, num determinado período de tempo, em excesso do capital empregado e das despesas necessárias à sua produção.[15] Portanto, se uma parcela, por pequena que seja, do capital ou dos encargos da renda é consumida na produção desta sem possibilidade de recuperação ou de recomposição, êsse consumo afeta diretamente a própria renda, que fica reduzida de importância equivalente em seu montante líquido. A não incidência do impôsto, quer sôbre as despesas necessárias à produção da renda, quer sôbre as despe-

---

14 Allix & Lecerclé, *L'Impôt sur le Revenu*, Paris, 1926, vol. I, ps. 173 ss.; Gomes de Sousa, *L'Evolution de la notion de revenu imposable*, em *Archivio Finanziario*, vol. II, Pádua, 1951, ps. 119 ss.

15 Seligman, *L'Impôt sur le Revenu*, trad. frac., Paris, 1913, § 5, ps. 19 ss.: Id., vb. *Income Tax*, na *Encyclopaedia of the Social Sciences*, N. York, 1937, vol. VII, ps. 626 ss.; Allix & Lecerclé, p. 171.

sas (ou sôbre as reservas, ainda que não sejam rigorosamente despesas) necessárias à manutenção da integridade do capital, é portanto essencial em todo sistema de impôsto de renda que vise tributar efetivamente a renda, sem extravazar do seu alcance próprio para atingir também o capital.

Estas observações são especialmente claras em relação às pessoas jurídicas, devido ao fato da contabilidade demonstrar separadamente o lucro e o capital que o produziu; mas é suficiente em esfôrço mínimo de análise para comprovar a sua aplicabilidade também às pessoas físicas. A lei do impôsto de renda, ao definir como rendimento o produto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, [16] equipara o trabalho, para efeitos fiscais, ao capital. Essa equiparação é rigorosamente exata, porquanto o elemento da atividade pessoal está sempre presente em tôdas as modalidades de renda, desde o caso mais evidente dos chamados "rendimentos de puro trabalho" (salários, vencimentos, honorários), passando pelo caso intermédio dos rendimentos ditos "mistos de capital e trabalho" (lucros de operações mercantis ocasionais) em que a importância do elemento pessoal é minorada pela capacidade produtiva própria do capital associado ao trabalho, até o caso extremo dos "rendimentos puros de capital", como os juros. Nem mesmo quanto a êstes, com efeito, se pode excluir totalmente o elemento do trabalho pessoal do seu titular; não se tratará de trabalho material no sentido de esfôrço físico, mas a influência da atividade intelectual, traduzida na escolha das inversões de capital, na observação do mercado financeiro, na determinação das providências a tomar para enfrentar situações constantemente mutáveis, estará sempre presente, ligando indissolùvelmente as capacidades individuais do titular da renda à sua produção. Basta lembrar que um mesmo investimento de capital pode ser mais ou menos produtivo, ou mesmo improdutivo ou até ruinoso, conforme seja bem ou mal administrado, para verificar a importância do elemento humano em tôdas as atividades produtoras de riqueza.

Ora, o seguro de vida destina-se justamente a assegurar a permanência, no patrimônio produtor da riqueza (quer êste patrimônio permaneça em mãos do seu titular originário, quer seja transmitido aos seus herdeiros), de um valor monetário correspondente a êsse elemento humano essencial à produção da própria riqueza. Quando se trate de seguro contratado para o caso de morte do segurado, a finalidade visada é a mais típica, ou seja, é a substituição direta do elemento humano produtor de riqueza por um elemento patrimonial reputado equivalente, ou quando menos pelo elemento patrimonial cuja constituição seja compatível com as possibilidades financeiras do seu titular. No caso do seguro contratado para a hipótese de sobrevivência do segurado, a finalidade da recomposição patrimonial, se bem que

16 Dec., 24.239 cit., art. 11: êste dispositivo, embora referente ao rendimento cedular, aplica-se igualmente à renda global sujeita ao impôsto complementar, de vez que esta é a soma dos rendimentos cedulares (art. 19).

menos evidente ao primeiro exame, nem por isso deixa de ser exata e presente: trata-se, com efeito, de assegurar um complemento de patrimônio suscetível de produzir renda, que venha compensar as capacidades pessoais de trabalho físico ou intelectual, cuja diminuição natural é lícito presumir com o passar do tempo. Mesmo na hipótese do recebimento do seguro dotal em vida do segurado apenas possibilitar uma redução voluntária do trabalho pessoal, a finalidade precípua de manutenção da integridade do capital produtor da renda, traduzida pela preservação da constância do nível desta, não terá desaparecido ou sido desvirtuada. [17]

5 — A conclusão exposta quanto ao fundamento da dedutibilidade dos prêmios de seguros de vida, inclusive os do tipo dotal ou misto, para efeito do impôsto de renda é confirmada pela legislação comparada.

Especialmente interessante, a êste respeito, é a evolução verificada na prática administrativa, na jurisprudência e na legislação francesas. A orientação do fisco francês foi a princípio no sentido de excluir em absoluto o abatimento dos prêmios de seguro de vida de qualquer tipo, sob o fundamento de que o seguro de vida seria uma simples operação financeira visando a constituição de um capital ou elemento patrimonial novo, representando portanto um emprêgo da renda e não um encargo da sua percepção. [18] Posteriormente, entretanto, essa orientação administrativa foi modificada para o efeito de admitir o abatimento dos prêmios pagos para constituição de um seguro de pensão ou renda vitalícia, [19] embora o fisco insistisse em negar a dedução quando o capital segurado fôsse pago de uma só vez. [20] Nessas condições, o fisco francês, não obstante a ressalva indicada, efetivamente abandonou a sua tese primitiva de que o seguro de vida não é contrato de seguro mas de capitalização, de vez que passou a

17 Cumpre acentuar que o aspecto do assunto, que acabamos de examinar, refere-se exclusivamente à fundamentação da dedutibilidade dos prêmios de seguro de vida, inclusive os dotais, para efeito do impôsto de renda, sendo portanto independente do aspecto, anteriormente examinado, da própria conceituação do seguro dotal como seguro de vida. Quanto a esta, com efeito, a intenção do segurado ao constituir o seguro é sem influência: sendo elemento essencial à definição do contrato de seguro o risco e não o ressarcimento, aquêle se concretiza na pessoa do segurador, sendo portanto a definição e a validade do contrato independente da finalidade visada pelo segurado ao constituí-lo, no pressuposto apenas de que esta seja lícita, o que de resto já está implícito na assecurabilidade legal do risco. Nessas condições, não se poderia dizer sequer que o seguro dotal, como seguro de vida, estaria desfigurado ou descaracterizado pela circunstância do segurado, ao constituí-lo, ter a intenção de garantir, para si ou para outrem, pecúlio, aposentadoria, pensão ou renda vitalícia.

18 Esta orientação acha-se evidenciada em declarações feitas pelo Ministro das Finanças da França em 1917 e em 1925, em resposta a interpelações da Câmara dos Deputados, referidas em Bocquet, *L'Impôt sur le revenu cédulaire et général*, 3.ª ed., Paris, 1926, p. 488, nota 2 e ps. 790/91, nota 4.

19 Declaração ministerial em 1933 à Câmara dos Deputados, referida em Bocquet, 4.ª ed., Paris, 1933, vol. V, ps. 618/19 e nota 1 à p. 619.

20 Bocquet, 4.ª ed., suplemento ao vol. V, Paris, 1936, p. 60 e notas 2 e 3.

admitir a dedução do seguro de renda vitalícia, que não é mais que uma modalidade do seguro dotal.[21] Posteriormente, essa brecha na tese fiscal primitiva foi consagrada em lei que permitiu expressamente a dedução, na cédula relativa aos salários e vencimentos, correspondente à nossa cédula "C", dos prêmios de seguro de constituição de renda, até o limite de 6% do rendimento cedular, ou de 10.000 francos.[22] Com fundamento nessa lei, a jurisprudência alargou a brecha, admitindo a dedução, nos casos de seguro dotal de tipo misto, da parcela do prêmio correspondente à constituição de renda para a hipótese de sobrevivência do beneficiário.[23]

Nos Estados Unidos, um conhecido professor de direito securitário, em livro didático sôbre a matéria, reproduz uma decisão judiciária em que o tribunal, depois de observar que as companhias de seguros daquele país vêm demonstrando uma tendência cada vez maior para invadir o campo do investimento através da inclusão nas apólices de cláusulas que representam tìpicamente operações financeiras, emite a opinião categórica de que a adição de tais cláusulas é jurìdicamente sem efeito para descaracterizar um contrato que seja efetivamente caracterizado como contrato de seguro pela presença de um risco assumido pelo segurador, bem como, inversamente, para atribuir tal caráter a um contrato a que falte aquêle elemento definidor do contrato de seguro.[24] Comentando aprobatòriamente essa decisão, o autor já referido observa que o problema da pretendida descaracterização do contrato de seguro pela adição de cláusulas financeiras tem dado motivo principalmente a litígios de natureza fiscal, mencionando como ilustração um caso em que fôra contratado um seguro dotal de prêmio único no valor de 42.000 dólares, estipulando-se o pagamento da soma de 40.000 dólares ao próprio segurado ou seus herdeiros, além de um juro anual de 3½ por cento sôbre o capital segurado, até seu efetivo pagamento pelo segurador; pago o capital segurado ao espólio do tomador da apólice, foi negada aos herdeiros a sua dedução para efeito do impôsto de sucessões, por não reconhecer o tribunal, ao contrato acima descrito, o caráter de contrato de seguro, mas de investimento.[25] O autor citado critica essa decisão, referindo outra em hipótese exatamente idêntica, em que o tribunal chegou à conclusão oposta por considerar suficientemente caracterizado o contrato de seguro pela

---

21 Picard & Besson, *Les Assurances Terrestres* cit., § 405, p. 590.

22 Dec.-lei francês de 20-7-34, em Sumien, § 168 bis, p. 126.

23 Decisão do Conselho de Estado da França em 26-4-37, em Sumien, loc. cit., nota 7.

24 O julgamento em questão considerou improcedente uma ação proposta por uma companhia de seguros contra o fisco estadual para eximir-se de pagar um impôsto sôbre os prêmios de seguro recebidos, alegando que o seguro dotal de constituição de renda não é contrato de seguro mas de investimento: *Life Insurance Co. of Virginia v. Daniel*, Court of Civil Appeals of Texas, 102 SW 2nd. 256 (1937), em Vance, *Cases on the Law of Insurance*, 3.ª ed., St. Paul (Minn.), 1940, ps. 48 ss.

25 *Old Colony Trust Co. v. Comissionar of Internal Revenue*, 102 F. 2nd 380 (1939), em Vance, loc. cit.

presença do elemento do risco assumido pelo segurador, [26] e indica dois comentários onde a mesma conclusão é definida. [27]

Na Inglaterra, é dedutível para efeito do impôsto de renda o prêmio do seguro sôbre a vida do próprio contribuinte ou de seu cônjuge quer se trate de seguro contratado para o caso de morte, quer se trate de seguro dotal, mas neste caso sòmente se o seguro dotal fôr do tipo misto, exceto se o capital segurado deva ser pago sob forma de renda vitalícia, hipótese em que não é exigida a combinação do seguro dotal com o seguro por morte; existe, todavia, um limite ao montante do prêmio dedutível, que não poderá exceder de 1/6 da renda anual tributável do contribuinte, nem de 7% do capital segurado. [28]

Na Itália, o prêmio é dedutível quando se trate de seguro sôbre a vida do próprio contribuinte ou de pessoa de sua família que viva em sua companhia e a cujo sustento seja obrigado por lei, [29] ou ainda de seguro dotal de renda destinado a prover pensão vitalícia a empregados ou dependentes. [30]

Por sua vez, a lei brasileira sempre admitiu o abatimento dos prêmios de seguros de vida para efeito do cômputo da renda líquida sujeita ao impôsto complementar progressivo. A faculdade dêsse abatimento sòmente não aparece na lei n.º 4.625, de 31-12-22, que em um único artigo instituiu o impôsto de renda e fixou-lhe as bases essenciais, e na lei n.º 4.783, de 31-12-23, que também dedicou um só artigo à introdução de modificações na lei anterior. Já a lei seguinte a tratar do assunto, a de n.º 4.984, de 31-12-25, admitiu, na alínea *c* do § 5.º do seu art. 18, a dedução dos prêmios de seguros de vida", sem qualquer qualificação, para efeito do cálculo da renda global líquida sujeita às taxas complementares. A partir dêsse dispositivo, a dedução ou abatimento dos prêmios de seguro de vida não mais deixou de figurar nos sucessivos regulamentos do impôsto de renda: decreto n.º 17.390, de 26-7-26, art. 40, letra *c*; regulamento consolidado publicado no *Diário Oficial* de 4-7-32, art. 40, letra *c*; decreto-lei n.º 4.178, de 13-3-42, art. 20, letra *b*; decreto-lei n.º 5.844, de 23-9-43, art. 20, letra *b*; decreto n.º 24.239, de 22-12-47, art. 20, letra *b*. Mantida constante a colocação do abatimento entre os admitidos da renda bruta para efeito da incidência do impôsto complementar progressivo — o que se justifica pelo fato do complementar ser um impôsto de natureza pessoal, condicionado às circunstâncias individuais do contribuinte, ao contrário dos impostos cedulares que, condicionados à natureza do rendimento, têm antes caráter real — sòmente a partir do dec.-lei n.º 4.178 é que a lei brasileira impôs determinados limites à sua concessão. Êsses limites,

---

26 *Bowman v. Tax Commission of Ohio*, 135 Ohio St. 295 (1939), em Vance, loc. cit.

27 *Harvard Law Review*, vol. 52, p. 1180, e *Yale Law Journal*, vol. 49, p. 946, *apud* Vance, loc. cit., e nota 23.

28 Konstam, *The Law of Income Tax*, 10.ª ed., Londres, 1946, ps. 16 a 18; Spicer & Pegler, *Income Tax and Profits Tax*, 18.ª ed., Londres, 1948, § 17, ps. 29 ss.

29 Giannini, *Istituzioni di Diritto Tributario*, 5.ª ed., Milão, 1951, p. 379.

30 D'Angelillo, *Trattato della Imposta di Ricchezza Mobile*, Bolonha, 1936, vol. III, § 69, p. 81.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

igualmente mantidos constantes até o advento da lei n.º 1.474, de 26-11-51, eram, ao tempo da decisão em princípio referida, a circunscrição do abatimento aos prêmios pagos a companhias nacionais ou autorizadas a funcionar no país, e a exigência de indicação do nome da companhia e do número da apólice. A primeira restrição coaduna-se com o disposto no art. 186 do decreto-lei n.º 2.063, de 7-3-40, que proibe realizar no estrangeiro seguro sôbre a vida de pessoa residente no Brasil; as duas outras referem-se à fiscalização do abatimento, e sôbre elas teremos de voltar em nossa análise do acórdão em princípio referido.

6 — Ùltimamente, a introdução de novas restrições ao abatimento previsto na alínea *b* do art. 20 do decreto n.º 24.239 foi procurada através de medidas administrativas que, pela sua reiteração e energia, ainda que nem sempre inteiramente amparadas por uma estrita legalidade, demonstravam o grau de preocupação das autoridades fiscais a respeito do problema. Essa tendência restritiva das autoridades fazendárias, transferida para o plano legislativo, culminou afinal na emenda ao dispositivo citado pela lei n.º 1.474, a que de início fizemos referência.

As medidas de caráter administrativo iniciaram-se com a Ordem de Serviço n.º 2, de 27-1-49, da Divisão do Impôsto de Renda,[31] determinando às autoridades fiscalizadoras a glosa, mediante processo de lançamento *ex-officio*, com aplicação das multas de 10% ou de 300% cominadas nas alíneas *b* e *e* do art. 145 do decreto n.º 24.239 cit., dos abatimentos de prêmios de seguros "que não se compreendam estritamente na letra *b* do art. 20" do referido decreto. Embora não fizesse referência expressa, em sua parte dispositiva, ao seguro dotal, aquela Ordem de Serviço deixava claro que visava essa modalidade, porquanto, em suas considerações iniciais, referia-se à evasão do impôsto que se estaria verificando através do seguro dotal, ao qual negava o caráter de contrato de seguro, com base na Portaria n.º 2 do Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização, sob o fundamento de que nesse tipo de seguro, quando a prêmio único e prazo curto, o segurado "não tem em mira a cobertura de um risco, mas sim uma operação financeira, pois os prêmios lhe são restituídos findo o prazo estabelecido, acrescidos de um juro módico". Por sua vez, a citada Portaria n.º 2, de 13-1-49, do D.N.S.P.C., proibia a realização de seguros dotais a prêmio único por prazo inferior a cinco anos ou, em qualquer caso, com retroatividade superior a seis meses.[32]

Posteriormente, em solução a uma consulta de contribuinte, a D.I.R., invocando e transcrevendo a Portaria n.º 2 do D.N.S.P.C.,

---

31 *Diário Oficial* de 2-2-49; *Revista Fiscal e de Legislação de Fazenda*, seção de imp. de renda, 1949, n.º 105.

32 Essa Portaria (*Diário Oficial* de 21-1-49, p. 1038), expedida pelo D.N.S.P.C. no exercício da atribuição conferida pelo art. 87 do dec.-lei n.º 2.063 de 7-3-40, resultou aliás de entendimento entre aquêle órgão e a Divisão do Impôsto de Renda, segundo declarou expressamente o Ministério da Fazenda na Exposição de Motivos n.º 1.157, a que voltaremos a fazer referência.

afirmou que, sòmente podendo as companhias de seguro de vida operar em planos aprovados pelo citado Departamento (dec.-lei n.º 2.063 cit., art. 87), "as operações porventura realizadas sem observância das normas fixadas pela autoridade competente transfiguram a natureza do respectivo contrato, o qual, para os efeitos legais, não pode ser considerado como de seguro de vida, inclusive perante o impôsto de renda". [33]

Finalmente, em exposição mais completa do assunto, e considerando que os contratos de seguro sòmente são válidos quando obedeçam a planos aprovados pelo D.N.S.P.C.; que, em se tratando de seguros dotais, sòmente estão nessas condições os de prazo superior a 5 anos; que os que não observem êsse prazo envolvem operação especulativa de crédito e não a cobertura de um risco; que na celebração de seguros dotais teria havido intuito de evasão ou sonegação do impôsto de renda, evidenciado pela divulgação, feita pelas companhias seguradoras através de seus corretores, de planos e tabelas de evasão do impôsto, combinada com a proposta de concessão de empréstimos aos segurados mediante caução da apólice, promovendo-se em seguida o respectivo cancelamento; que o cancelamento (*sic*) do contrato de seguro sòmente ocorre legalmente com a expiração do seu prazo de vigência ou com a verificação do risco segurado; e que o cancelamento antecipado do seguro não comporta a dedução dos prêmios pagos, para efeito do impôsto de renda, por se desvirtuar a finalidade social que a fundamenta, a D.I.R., em novo ato normativo, e com fundamento nas atribuições a ela conferidas pelo art. 23, n.º 1, do regulamento aprovado pelo decreto n.º 9.423, de 20-5-42, reiterou as determinações constantes de sua anterior Ordem de Serviço n.º 2, isto é, a instauração de processos de lançamento *ex-officio* para glosa dos abatimentos reputados incabíveis e aplicação das multas de 10% ou de 300%, além de ordenar a revisão das declarações das próprias companhias seguradoras. [34]

Uma análise dêsses pronunciamentos da D.I.R. exige que se examine primeiramente, embora com caráter sumário, o aspecto da sua própria eficácia como atos normativos. Se a natureza jurídica dos atos administrativos de caráter normativo é bastante claramente definida em doutrina, a natureza jurídica dos seus efeitos é, ao contrário, controvertida. Em regra, constituem normas internas, que se destinam à orientação dos funcionários no exercício de suas atribuições e no entendimento das leis e regulamentos, e que por isso mesmo são de observância obrigatória por parte das autoridades subordinadas, [35] constituindo a sua inobservância falta funcional. [36] Todavia, quanto

33 Processo n.º 247.368/49 de Lafaiete Miranda Valverde, *Diário Oficial* de 3-1-50 e *Rev. Fiscal* cit., 1950, n.º 22, ou *Revista de Direito Administrativo*, vol. 20, p. 173.

34 Portaria n.º 252 da D.I.R., *Diário Oficial* de 24-3-51, reprod. a 7-4-51; *Rev. Fiscal* cit., 1951, n.º 41.

35 Bielsa, *Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Buenos Aires s/d., vol. I, § 184, p. 516; Temístocles Cavalcânti, *Trat. de Dir. Administrativo*, Rio, 1942, vol. I, p. 319.

36 Decisão da Diretoria Geral da Fazenda Nacional, *Diário Oficial* de 20-12-49 e *Rev. de Estudos Fiscais*, S. Paulo, 1950, p. 18.

à obrigatoriedade da sua observância por parte dos administrados, surgem as controvérsias: negou-a o Supremo Tribunal, [37] e essa é a opinião corrente entre os administrativistas; entretanto, não parece possível aceitá-la em caráter absoluto, porque é forçoso reconhecer que as normas internas da administração, ainda quando não obriguem diretamente, aos particulares, a êles se aplicam indiretamente, através da orientação que imprimem à atuação das autoridades, [38] podendo, portanto, ser invocadas pelos administrados, pelo menos como matéria de defesa, naquilo em que lhes aproveitem. Nessas condições, parece exato admitir que o problema dos efeitos jurídicos dos atos administrativos de caráter normativo, quer dentro quer fora do âmbito da administração, deva ser resolvido em função do conceito da graduação hierárquica dos atos normativos em geral, [39] o que implica em colocá-los no último grau da escala, onde assumiriam o caráter de uma modalidade de exercício de poder regulamentar, [40] permanecendo, entretanto, subordinados em sua eficácia, e delimitados em seu alcance, pelos atos de idêntica natureza e de categoria superior. Esta conceituação não é incompatível com a jurisprudência do Supremo Tribunal, que reconhece eficácia normativa aos atos de administração, dentro dos limites da lei a cuja interpretação e aplicação se refiram. [41]

Colocada assim a questão, é entretanto impossível negar que os atos expedidos pela D.I.R. excederam bastante os limites da sua subordinação hierárquica à lei do impôsto de renda, bem como o alcance do pronunciamento normativo do D.N.S.P.C. em que se apoiavam, mesmo atribuindo-se a êste validade irrestrita face aos têrmos amplos da faculdade regulamentar atribuída àquele órgão pelo art. 87 do dec.-lei 2.063 já citado. Na primitiva Ordem de Serviço n.º 2, de 1949, com efeito, a D.I.R., ao ordenar genèricamente a glosa do abatimento de quaisquer prêmios de seguros que não se compreendessem estritamente na letra *b* do art. 20 do regulamento do impôsto de renda, e ao indicar expressamente, mas sem qualquer ressalva, o seguro dotal em seus considerandos, parece ter determinado a glosa de quaisquer seguros daquele tipo, sem outras especificações: nesses têrmos, a referida Ordem de Serviço evidentemente não poderia prevalecer, quer em face da letra da lei do impôsto de renda, que se referia genèricamente a "seguros" sem excluir o dotal, quer em face da Portaria do D.N.S.P.C., que sòmente vedava o seguro dotal em determinadas condições. E' certo que na decisão do processo número 247.368-49 (que aliás não é ato normativo), a D.I.R. restringiu seu

37 *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 7, p. 120; *Rev. Forense*, vol. 107, p. 277; *Direito*, vol. 40, p. 211.

38 Gerbino, *L'Attività dell'Amministrazione Finanziaria*, em Orlando, *Trattato di Dir. Amministr.*, Milão, 1902, vol. IX, p. 171.

39 Temístocles Cavalcânti, op. e loc. cits.

40 Gerbino, op. e loc. cits.

41 Cf., dentre as decisões proferidas especìficamente em matéria tributária, *Rev. de Dir. Administrativo*, vol. 2, p. 743; *Arquivo Judiciário*, vol. 80, p. 27; *Rev. Forense*, vol. 103, p. 275.

entendimento aos casos de seguros contratados em desacôrdo com a Portaria do D.N.S.P.C.; mas já na Portaria n.º 252 (ato normativo), voltou a ampliar suas determinações além do alcance da lei do impôsto de renda e do citado ato do D.N.S.P.C., de vez que se referiu ao cancelamento antecipado do seguro, aspecto não contemplado quer por aquela quer por êste. Aliás, nesse particular a Portaria n.º 252 contém a afirmativa categórica de que o cancelamento do contrato de seguro só pode ocorrer pela expiração do respectivo prazo ou pela verificação do risco: abstraindo da sua evidente inexatidão terminológica (de vez que as hipóteses referidas configuram, não o *cancelamento* do contrato mas o seu *vencimento*, a afirmativa parece improcedente, uma vez que, na ausência de disposição em contrário, quer no Código Civil, quer no dec.-lei n.º 2.063 cit., é de se aplicar ao contrato de seguro a regra geral de que os contratos consensuais podem ser cancelados por acôrdo das partes. [42]

O cancelamento antecipado constitui aliás o aspecto fundamental do problema: é êle a mola mestra do mecanismo da evasão, como voltaremos a referir. Nessas condições, a outra afirmativa dos pronunciamentos da D.I.R., aliás baseada no que já dissera o D.N.S.P.C., no sentido de que o contrato de seguro se descaracteriza pela adição de cláusulas suscetíveis de representar para o segurado um interêsse financeiro, seria desnecessária à solução do problema e poderia portanto ser desprezada, se não configurasse ainda um vício de legalidade dos referidos pronunciamentos, por ampliar-lhes o alcance além do âmbito da lei a que estavam subordinados. Admitindo a lei vigente ao tempo o abatimento do prêmio de seguro, sem outras qualificações, o conceito de seguro para efeitos fiscais teria de ser o elaborado pelo direito privado aplicável, e êste, como já vimos, fica satisfeito pela presença de um risco assumido pelo segurador, não sendo afetado pela eventual presença de outras estipulações, desde que não o anulem. O fato de ser mais ou menos curto o prazo do contrato, isto é, o tempo durante o qual o risco permanece em aberto para o segurador, evidentemente não elimina a presença do próprio risco nem lhe diminui a intensidade, importando, por conseguinte, apenas, para efeito do cálculo da contraprestação respectiva, ou seja, para a agravação do prêmio. Esta circunstância é, todavia, estranha ao aspecto jurídico do problema, afetando tão sòmente o seu aspecto matemático ou atuarial, de resto previsto na Portaria n.º 2, do D.N.S.P.C. em bases que se devem reputar exatas, por provirem do órgão tècnicamente competente para fixá-las.

---

42 Cód. Civil, art. 1093; Bevilaqua, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Rio, 1936, § 48, p. 141. A aplicabilidade dessa regra geral ao contrato de seguro é aliás reconhecida expressamente pela doutrina especializada (Monette, de Villé & André, op. cit., vol. I, §§ 365 ss., ps. 513 ss.), e implìcitamente pela própria lei do impôsto de renda, que regula os efeitos tributários da sua renúncia, que evidentemente não é outra coisa que o seu cancelamento antecipado (dec. 24.239 cit., art. 11, § 2.º, letra "c").

7 — Transportado para o plano legislativo, o problema deu lugar a um projeto de lei de iniciativa governamental,[43] apoiado em considerações que, depois de reconhecerem a impossibilidade de negar ao seguro dotal o caráter de seguro de vida, e de recusar o abatimento de seus prêmios face à letra do art. 20, alínea *b*, do decreto número 24.239 cit., insinuavam que à sombra de tal abatimento se acobertava uma evasão do impôsto, ao dizerem que "o impôsto poupado em virtude do abatimento do respectivo prêmio é em regra superior às importâncias efetivamente dispendidas, uma vez que, verificando-se ou não o evento da morte, o prêmio reverte ao patrimônio do segurado, ou do seu beneficiário, ligeiramente reduzido".

Não obstante essa referência, implícita, porém clara, ao cancelamento antecipado do contrato como elemento essencial do mecanismo da evasão, o projeto não enfrentava diretamente o problema, porquanto apenas propunha a imposição de limites ao abatimento, que não poderia exceder de Cr$ 200.000,00 ou de 1/6 da renda bruta declarada, aplicando-se, entretanto, êstes limites aos prêmios de seguro de vida em geral e não apenas aos do tipo dotal.

A solução proposta, evidentemente inspirada na lei inglesa, não seria entretanto apropriada à finalidade visada, por não prever a hipótese do cancelamento antecipado, além de exceder os limites necessários à defesa dos interêsses do fisco, reduzindo também as possibilidades de abatimento de prêmios de seguros não dotais. Era mais exato, sob o primeiro aspecto, um outro projeto surgido posteriormente na Câmara e afinal rejeitado,[44] porquanto visava excluir do abatimento os prêmios que fôssem ulteriormente restituídos, mediante a revisão das declarações relativas aos exercícios em que tivessem sido abatidos. O inconveniente prático dêste segundo projeto era evidentemente o de necessitar a revisão de declarações de exercícios anteriores; uma alternativa não examinada, que eliminaria êsse inconveniente administrativo, seria a de declarar tributáveis as restituições de prêmios anteriormente abatidos, revogando a alínea *c* do § 2.º do art. 11 do decreto n.º 24.239 cit.: mas essa alternativa teria inconvenientes ainda maiores, porque não seria compatível com o sistema da lei de não considerar como rendimento tributável as restituições de capital ou de despesas, e porque oneraria, no exercício em que ocorresse a restituição, o impôsto complementar pela tributação de uma verba correspondente a mais de um exercício.

Seja como fôr, o dispositivo proposto na mensagem governamental, incluído no projeto consolidado que teve na Câmara o n.º 364-51 e no Senado o n.º 168-51, converteu-se afinal na emenda C, aprovada pelo art. 1.º da lei n.º 1.474, de 26-11-51 ao art. 20, alínea *b*, do de-

43 Projeto de lei n.º 926/50 da Câmara dos Deputados, oriundo da Mensagem presidencial n.º 406/50, acompanhada da Exposição de Motivos n.º 1.157 do Ministério da Fazenda; *Diário do Congresso Nacional*, 15-11-50, p. 8007.

44 Projeto n.º 373/51 do dep. Orlando Dantas; *Diário do Congresso Nacional*, 15-5-51, p. 2832.

creto n.º 24.239 cit. No debate parlamentar, entretanto, o texto proposto pelo Executivo foi alterado para o efeito de reduzir para Cr$ 100.000,00 o montante absoluto permitido em cada ano (conservado em 1/6 da renda bruta o montante relativo), e para o efeito de excluir totalmente a dedução (*rectius*: o abatimento) quando se tratar de seguro dotal de prêmio único. Esta última limitação introduzida pelo Congresso, combinada com as que haviam sido solicitadas pelo Executivo, das quais a referente ao limite absoluto do abatimento foi ainda reduzida de 200 para 100 mil cruzeiros anuais, evidencia o objetivo de combate à evasão, mas não exclui certas dúvidas quanto à eficácia das medidas adotadas com êsse objetivo. Em primeiro lugar, com efeito, subsiste o problema do cancelamento do contrato, que é, como vimos, o ponto nevrálgico da questão, sem embargo das dificuldades que a sua solução apresenta. Em segundo lugar, a exclusão do seguro dotal apenas quando seja contratado a prêmio único, se bem que inspirada evidentemente pela idéia de que a evasão sòmente seria interessante nessa hipótese, dada a maior importância monetária do prêmio, entretanto não excluiria, por si só, a possibilidade de seguros dotais a prêmios elevados, ainda que múltiplos; esta última hipótese, aliás, poder-se-ia verificar até mesmo em relação a seguros de vida comuns, isto é, não dotais, não sendo evidentemente a possibilidade de evasão limitada aos seguros do tipo dotal. Por tôdas estas razões, parece que, na prática, a eficácia das novas disposições introduzidas na lei cifra-se na limitação da possibilidade de evasão, mediante o cancelamento do seguro, a Cr$ 100.000,00 anuais, ou a 1/6 da renda bruta, se êste último limite fôr inferior ao primeiro. Mesmo entendida nestes têrmos, entretanto, a nova disposição legal será provàvelmente eficaz, porque a evasão limitada àquele montante se terá tornado desinteressante; o que todavia não exclui a observação de que o resultado visado terá sido atingido indiretamente, através da circunscrição dos seus efeitos econômicos, deixando entretanto subsistir em tese a possibilidade da evasão em seu aspecto estritamente jurídico.

8 — E' aliás sob o ponto de vista estritamente jurídico, e especìficamente jurídico tributário, que se situa, a nosso ver, o aspecto mais interessante do problema estudado: tem sido dito e repetido, pelo fisco em seus pronunciamentos administrativos e pelo legislativo na justificação dos projetos apresentados, que o abatimento dos prêmios de seguro dotal (entenda-se: cancelados antecipadamente) acoberta a evasão, ou mesmo a fraude fiscal. Importa por conseguinte traçar a linha divisória entre a evasão legítima e a fraude fiscal, problema que pode ser equacionado nos seguintes têrmos: a partir de que momento um ato ou série de atos, objetivamente legítimos, se transforma em fraude, ou se torna capaz de produzir um resultado suscetível de ser condenado como fraudulento sob o ponto de vista fiscal?

A distinção entre a evasão fiscal e a fraude repousa essencialmente sôbre uma aplicação específica do princípio da legalidade dos tributos. Ninguém é obrigado a pagar um tributo a não ser em virtude de lei e nos têrmos fixados por esta. Daí decorre, como aplicação mais ru-

dimentar do princípio, que sempre que a própria lei possibilite ao contribuinte adotar legìtimamente mais de uma linha de conduta, não incorre em censura o contribuinte que adotar aquela que resulte no pagamento de menor tributo, ou mesmo na dispensa de pagamento de qualquer tributo. A distinção torna-se mais sutil, ao contrário, quando a lei não faculte uma alternativa de linhas de conduta, porque então a atividade do contribuinte, no sentido de reduzir ou excluir na medida do legalmente possível suas obrigações fiscais, terá de se exercer sôbre o próprio fato gerador do tributo, quer de maneira a evitar a sua ocorrência, quer de maneira a regular essa ocorrência na forma, na medida, ou no tempo que sejam fiscalmente mais favoráveis. Na primeira hipótese, ocorre a "evasão por omissão", como no caso do contribuinte que se priva de fumar para não pagar o impôsto sôbre o consumo do tabaco, ou que prescinde da garantia jurídica decorrente de um contrato para não pagar o impôsto de sêlo. Na segunda hipótese, ocorre a "evasão por intenção", que pode assumir variadas formas, segundo a natureza do fato gerador e as circunstâncias do caso: antecipação da prática de um ato jurídico, antes da vigência da lei que majore o respectivo impôsto; conversão de títulos nominativos em ao portador, quando o impôsto na fonte resulte menos oneroso que o impôsto progressivo que seria devido; retardamento da cobrança de créditos vencidos, a fim de distribuir o rendimento correspondente por mais de um exercício, etc.

Alguns autores reservam o nome de "evasão legítima" apenas para a primeira hipótese, a da evasão por omissão, e chamam à evasão por intenção "fraude interna" ou "fraude intencional", para distinguí-la da fraude "exterior" ou "material", que constitui ao contrário figura delituosa: [45] o espírito dessa terminologia demonstra claramente que no pensamento de tais autores o elemento intelectual da fraude está presente na evasão intencional, que assim sendo só se distingue da fraude penalmente punível em razão da ausência de elemento material; [46] outros autores desprezam mesmo o têrmo "evasão", preferindo denominar as modalidades não puníveis de "fraude legal", esquecendo que esta expressão (no sentido de "fraude permitida por lei") parece uma contradição em têrmos. [47]

Estas opiniões demonstram, entretanto, que a linha divisória entre a evasão legítima e a fraude fiscal punível situa-se justamente no campo da evasão intencional: esta modalidade é que exige, portanto, um máximo de rigorismo na precisão da análise, porque ela, e não a evasão por omissão, é que está sujeita a passar, às vêzes insensìvelmente, do terreno da legitimidade jurídica para o terreno da fraude.

---

45 Laufenburger, *Revenu, Capital et Impôt*, vol. I, do *Traité d'Economie et de Législation Financières*, 4.ª ed., Paris, 1950, ps. 280 ss.

46 Lerouge, *Théorie de la fraude en droit fiscal*, Paris, 1944, §§ 29 e 30, ps. 51 a 53, e §§ 74 ss., ps. 158 ss.

47 Scailteur, *Situation de la fraude fiscale en Belgique*, no *Bullettin for International Fiscal Documentation*, vol. V, n.º 2, Amsterdam, 1951, ps. 65 ss.

Uma primeira via de acesso para a solução do problema de traçar a linha divisória entre evasão e fraude estaria evidentemente na pesquisa da vontade do agente; êsse caminho, entretanto, não poderia conduzir na prática a resultados frutíferos sob o ponto de vista sistemático, não só em face da dificuldade da análise das intenções subjetivas do contribuinte, como até mesmo porque a intenção de evitar ou de reduzir o impôsto já estaria conceitualmente presente na própria evasão legítima intencional: a dificuldade da pesquisa do elemento subjetivo ficaria assim acrescida pela circunstância de se tratar de uma análise, não da simples presença ou ausência daquele elemento, mas das suas graduações eventualmente imponderáveis. Além disso, sob o ponto de vista prático, os eventuais resultados de uma sistematização do problema com base em elementos subjetivos seriam contraditados pela jurisprudência, que adota a tese do caráter objetivo das infrações fiscais em função dos seus resultados. [48]

Nessas condições, o estudo do assunto deve ser conduzido com critérios objetivos, isto é, com base em elementos de fato e prescindindo da pesquisa da intenção do agente. Uma primeira orientação desta natureza seria, lògicamente, o exame da legalidade ou da licitude objetivas dos atos praticados pelo contribuinte; todavia, essa orientação não seria capaz de conduzir a resultados integralmente satisfatórios, porque a legalidade ou licitude dos atos praticados, se é um pressuposto da configuração da evasão legítima, entretanto não é suficiente para afastar a hipótese de fraude, p. ex., nos casos de simulação, em que o ato simulado pode ser objetivamente legal ou lícito, mas ainda assim, porque simulado, configurar fraude sob o ponto de vista fiscal. [49]

Para chegar a um critério objetivo capaz de produzir resultados satisfatórios e completos, deve-se começar por abandonar as diferentes modalidades ou gradações da evasão (que se baseiam em critérios subjetivos) e reduzir a classificação das práticas de que decorra a redução ou o não pagamento do impôsto a duas categorias apenas: de um lado a evasão, sob tôdas as suas modalidades, que não é punível; e de outro a fraude, que, igualmente, sob tôdas as suas modalidades, constitui figura delituosa punível administrativa ou criminalmente; o elemento subjetivo poderia então voltar a ser admitido dentro da categoria da fraude, porém exclusivamente para efeito de determinar a natureza das penalidades aplicáveis e a sua graduação. Esta redução dos elementos do problema a dois apenas encontra sua justificativa, sob o ponto de vista jurídico, no fato de que a essência da questão está em distinguir entre o lícito e o ilícito em matéria de direito: é certo, com efeito, que embora a evasão legítima possa também conduzir objetivamente ao mesmo resultado que a fraude (ou seja, ao não pagamento ou à redução do impôsto), o problema fica então deslocado, da esfera

48 *Arquivo Judiciário*, vol. 71, p. 10; *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, vol. 169, p. 233; *Rev. Forense*, vol. 115, p. 143.

49 Lerouge, § 29, p. 51.

de ação própria do jurista na análise e aplicação da lei positiva, para a do legislador, na adequação dos têrmos da lei à realidade dos fatos demonstrada pela prática, ou mesmo para a do economista, na pesquisa de outros elementos de riqueza tributável suscetíveis de constituirem novos fatos geradores.

Partindo desta premissa, pode-se basear a distinção entre evasão e fraude sôbre um critério objetivo único: o da ocorrência ou não ocorrência do fato gerador do tributo, ao tempo da prática, pelo contribuinte, dos atos que resultem na exclusão ou redução do seu pagamento. Se a atividade do contribuinte, de que decorra a exclusão ou a redução da obrigação tributária, se exerce sôbre a matéria tributável *antes* da ocorrência material do fato gerador daquela obrigação, tal atividade conceitua-se como evasão e não é punível (no pressuposto, é claro, de que sejam lícitos os meios empregados pelo contribuinte para atingir o resultado visado); se, ao contrário, a atividade do contribuinte se exerce *depois* da ocorrência material do fato gerador da obrigação tributária, tal atividade configura sempre uma fraude punível administrativamente ou, conforme o caso, até criminalmente. A justificativa desta distinção é muito clara: o direito do Estado ao impôsto decorre da lei fiscal, mas sòmente se concretiza, para o efeito de configurar uma obrigação tributária específica, com a ocorrência do respectivo fato gerador; é evidente, portanto, que o fisco não tem ação sôbre os atos praticados pelo contribuinte, abertamente e sem infração da lei, anteriormente ao nascimento da obrigação, porque ainda não estará concretizada a sua expectativa de direito, decorrente da lei tributária substantiva, a arrecadar determinado tributo ou a arrecadá-lo em determinado montante. Se, ao contrário, a atividade do contribuinte se exerce posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária específica, e portanto quando já estava concretizado o direito do fisco à percepção do tributo correspondente, ainda que o respectivo crédito não esteja definitivamente acertado pelo lançamento, aquela atividade do contribuinte sòmente poderá objetivar a modificação da situação jurídica subjetiva já então existente a favor do fisco, ou a ocultação ou sonegação de elementos integrantes de tal situação. Na primeira hipótese, trata-se, portanto, de evasão legítima; na segunda, de fraude fiscal punível, com sanções administrativas ou, conforme o caso, criminais. [50]

9 — Procuraremos agora fazer aplicação do critério de distinção entre evasão e fraude fiscal, que acaba de ser exposto, à hipótese es-

50 Wurlod, *Forme juridique et réalité économique dans l'application des lois fiscales*, Lausanne, 1947, ps. 96 ss. À mesma conclusão chega ainda um outro autor, que, escrevendo com base em sistema jurídico diferente, conceitua como evasão (*avoidance*) a atividade do contribuinte que procura, por meios lícitos, amoldar os fatos *futuros* ao objetivo de excluir ou reduzir a respectiva tributação; e como fraude ou sonegação (*evasion*) a atividade do contribuinte que procura, por meios que podem ser objetivamente lícitos, evitar, diferir ou reduzir o débito tributário decorrente de fatos *pretéritos*: Randolph E. Paul, *Restatement of the law of tax avoidance*, em *Studies in Federal Taxation*, Chicago, 1937, ps. 12 ss.

pecífica da obrigação tributária relativa ao impôsto de renda. Sendo o fato gerador do impôsto de renda a aquisição da disponibilidade de uma parcela de riqueza nova, classificável como rendimento tributável nos têrmos da lei respectiva, tal fato ocorre, em tese, a cada momento em que se verifique a referida aquisição.[51] Todavia, em razão da circunstância do impôsto de renda ser lançado e arrecadado anualmente, com base nos rendimentos correspondentes a um período de tempo mais ou menos dilatado (em princípio correspondente a um ano ou exercício financeiro), a lei fixa uma data arbitrária na qual se deva fazer a apuração conjunta de todos os fatos geradores sucessivos ocorridos durante o período de tempo a que se refere o impôsto, a fim de verificar o montante da própria obrigação mediante, por um lado, a soma dos valores ativos de todos aquêles fatos geradores sucessivos e, por outro lado, a subtração dos valores passivos previstos em lei como despesas, deduções, abatimentos etc.: o resultado dessas operações é que constituirá o montante líquido da obrigação tributária.[52] Na lei brasileira, a data fixada para nela se efetuar a operação mencionada é 1.º de janeiro do ano seguinte àquele em que se tenha verificado a percepção dos rendimentos: é o que decorre do art. 22 do decreto 24.239 cit., que dispõe que a base do impôsto será dada pelos rendimentos brutos, deduções cedulares e abatimentos correspondentes ao ano civil imediatamente anterior ao exercício financeiro em que o impôsto fôr devido.

A conclusão a que se chega é portanto a de que as despesas efetuadas no decurso do ano civil anterior ao exercício em que seja devido o impôsto são atos praticados anteriormente à ocorrência do fato gerador: tais atos poderão portanto configurar, de acôrdo com a distinção anteriormente exposta, uma evasão legítima, porém nunca uma fraude fiscal, no pressuposto, bem entendido, da sua efetividade, legalidade e licitude objetivas.

Aos que nos objetassem que esta conclusão se baseia num critério jurídico dogmático, incompatível com o princípio da interpretação do

---

51 Gomes de Sousa, *O fato gerador do impôsto de renda*, na *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 12, p. 32, ou em *Estudos de Direito Tributário*, S. Paulo, 1950, ps. 162 ss.

52 Éste último ponto é acentuado por Jèze (*O fato gerador do impôsto*, trad. bras, na *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 2, ps. 50 ss., ou *Rev. Forense*, vol. 104, ps. 36 ss.), quando observa que o fato gerador do impôsto de renda situa-se a 1.º de janeiro do ano seguinte àquele em que tenha ocorrido a aquisição do rendimento; em nossos trabalhos cit. na nota anterior criticamos êsse trecho de Jèze, porém ùnicamente sob o ponto de vista de constituir a generalização doutrinária de uma situação peculiar ao ordenamento legal positivo, o que não importa evidentemente em negar exatidão à afirmativa de Jèze sob o ponto de vista da prática legislativa. No caso particular do impôsto de renda, como aliás no de todos os impostos cujo fato gerador seja uma situação econômica permanente ou continuada, ou ainda uma sucessão de fatos ocorrentes em um período de tempo determinado, é evidentemente inevitável que a lei, a fim de possibilitar a técnica da arrecadação, fixe arbitràriamente uma data única, à qual se deva reputar verificado o fato gerador, de modo que a essa data se possa fazer a apuração dos elementos ativos e passivos cujo complexo determinará o montante da obrigação tributária relativa ao período considerado.

direito tributário em função dos resultados econômicos efetivos dos atos ou fatos sujeitos à tributação, responderíamos que, sem desconhecer aquêle princípio, que temos aliás sustentado em vários trabalhos, [53] é preciso não perder de vista a distinção entre "interpretação" e "aplicação" do direito: a primeira compete ao jurista e é uma atividade de elaboração teórica sôbre a base dos princípios jurídicos e dos textos legais; a segunda compete ao juiz e à autoridade administrativa, e é uma atividade de atuação dos próprios textos legais. [54] De modo que se, por um lado, a interpretação pode e deve fornecer base sistemática e orientação teórica à aplicação da lei, por outro lado o limite da interpretação, e a regra da aplicação, é o próprio texto legal a aplicar. [55] Dentro dêsse espírito, não temos dúvida em reputar aplicável, à prática de abater prêmios de seguros em um exercício e cancelar os respectivos contratos no exercício seguinte, a conclusão anteriormente exposta, para o efeito de considerar tal prática como evasão legítima e não como fraude. Esta nossa conclusão baseia-se na convicção de que o problema é de *aplicação* da lei fiscal positiva, de modo que, por mais que os resultados da *interpretação* da referida lei lhe evidenciem os defeitos e inadequações, não será lícito pretender corrigí-la por via interpretativa, sob pena de "trocar o princípio da legalidade por cânones de insegurança e de arbítrio, incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro", como diz Bilac Pinto no trabalho anteriormente citado.

10 — A recente decisão do Tribunal Federal de Recursos, a que fizemos referência na nota 1 supra, não invalida êste modo de pensar, porquanto embora tenha negado o mandado de segurança requerido contra a glosa do abatimento e a imposição de penalidades, fê-lo entretanto pela preliminar de cabimento apenas, tendo os Ministros vencedores ressalvado, corretamente, que não ficava prejulgado o mérito da questão, e muito menos a configuração do abatimento como fraude fiscal, matérias que poderão portanto voltar a ser discutidas em processo ordinário.

Sem embargo do nosso aplauso à decisão sob êste aspecto, ela nos parece entretanto menos exata em sua conclusão de negar o reconhecimento da liquidez e certeza do direito do impetrante. A opinião da

---

53 Gomes de Sousa, *Curso de Introdução ao Direito Tributário*, 4.ª aula, *Revista de Estudos Fiscais*, S. Paulo, 1948, ps. 460 ss.; Id., comentário de jurisprudência, na *Rev. de Direito Administrativo*, vol. 17, ps. 281 ss.; Id., *Conteúdo econômico e forma jurídica na interpretação do direito tributário*, em *Anuário da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas 1949/50*, S. Paulo, s/d., ps. 173 ss.

54 Marco Severo Giannini, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, na *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Pádua, 1941, vol. V, Parte I, ps. 95 ss. e 170 ss.

55 Rotondi, *Spigolature di giurisprudenza in rapporto alla cosidetta "interpretazione funzionale" delle leggi tributarie*, em *Archivio Finanziario*, Pádua, 1950, vol. II, ps. 47 ss.; Bilac Pinto, *Realidade econômica contra forma jurídica*, na *Rev. Direito Administrativo*, vol. 21, ps. 375 ss., ou *Rev. Forense*, vol. 132, ps. 51 ss.

maioria, neste particular, foi baseada no fato do *caput* do art. 20 do dec. 24.239 cit. fazer remissão ao § 3.º do art. 12 do mesmo decreto, o que foi entendido como conferindo à autoridade fiscal o poder de exigir outros elementos de comprovação do abatimento facultado pela alínea *b* do referido art. 20, além dos indicados nessa mesma alínea, que eram, ao tempo da decisão, o nome da companhia seguradora e o número da apólice. Concordamos, ao contrário, com o voto vencido, que observou que a remissão ao § 3.º do art. 12 sòmente se pode referir às hipóteses de abatimentos quanto às quais a própria disposição permissiva já não fixe de maneira completa a modalidade da sua comprovação. Está neste último caso, com efeito, o abatimento previsto na alínea *b* do art. 20 (mesmo depois de sua modificação pela recente lei n.º 1.474, de 1951), uma vez que as circunstâncias que a autoridade lançadora precisaria verificar, para decidir sôbre a admissibilidade ou não do abatimento, são exclusivamente a emissão da apólice ou o lançamento da operação nos livros do segurador (Cód. Civil, art. 1.433), a conformidade do contrato com os planos aprovados pelo D.N.S.P.C., a efetividade do pagamento dos prêmios e a sua data, e (a partir da lei n.º 1.474 cit.), o fato de não se tratar de seguro dotal de prêmio único. Ora, para essas verificações, os elementos necessários ao fisco são ùnicamente os previstos na alínea *b* do art. 20: nome da companhia seguradora e número da apólice; de modo que, prestados êstes esclarecimentos, admitir que a autoridade lançadora possa glosar o abatimento devido à falta de prestação de outros equivale a atribuir-lhe um poder discricionário, como foi aliás admitido pelos votos vencedores, ou mesmo arbitrário, portanto em excesso do admitido por aquêles votos.

A inadmissibilidade do arbítrio da administração fiscal em matéria de lançamento não precisa ser fundamentada; mesmo a discricionariedade, entretanto, é inadmissível, pelo simples fato de se tratar de atividade administrativa vinculada ou regrada.[56] Mesmo os autores que admitem uma certa parcela de discricionariedade na atividade administrativa de lançamento têm a cautela de ressalvar que essa discricionariedade só se refere aos elementos técnicos do processo de lançamento (p. ex., avaliação de prédios, terrenos ou coisas), não se estendendo jamais aos seus elementos jurídicos, como a conceituação do fato gerador e dos abatimentos admissíveis.[57]

Por estas razões, parece-nos que seria efetivamente caso de mandado de segurança; todavia, a ressalva contida no acórdão comentado

---

56 Giannini, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milão, 1937, ps. 229 ss. e 256 ss.; Idem, *L'Accertamento tributario*, na *Rivista Italiana di Diritto Finanziario*, Milão, 1942, vol. VI, Parte I, ps. 69 ss; Giussani, *Diritti soggettivi ed interessi leggittimi nel rapporto d'imposta*, na mesma rev., vol. cit., ps. 1 ss.

57 Pugliese, *Diritti subbiettivi ed interessi leggittimi di fronte alla giurisdizione amministrativa tributaria*, na *Rivista Italiana di Diritto Finanziario*, Milão, 1938, vol. II, Parte I, ps. 68 ss.; Rotondi, *L'Accertamento tributario*, em *Appunti sull'obbligazione tributaria*, Pádua, 1950, ps. 75 ss., espec. p. 82.

deixou subsistir oportunidade para ulterior discussão judicial do assunto em seu mérito, especialmente no que se refere à sua conceituação como evasão ou fraude fiscal, que nos parece o aspecto de maior interêsse sob o ponto de vista jurídico.