



Confederação Nacional da Indústria

CNI. A FORÇA DO BRASIL INDÚSTRIA

ESTUDOS TRIBUTÁRIOS DO II SEMINÁRIO CARF

Coordenadores:

Francisco Marconi de Oliveira
Marcus Lívio Gomes
Marcos Aurélio Pereira Valadão

Brasília
2017



ESTUDOS TRIBUTÁRIOS DO II SEMINÁRIO CARF

Coordenadores:

Francisco Marconi de Oliveira
Marcus Lívio Gomes
Marcos Aurélio Pereira Valadão

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA
INDÚSTRIA – CNI**

Robson Braga de Andrade
Presidente

Diretoria de Desenvolvimento Industrial

Carlos Eduardo Abijaodi
Diretor

Diretoria de Comunicação

Carlos Alberto Barreiros
Diretor

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor

Diretoria de Políticas e Estratégia

José Augusto Coelho Fernandes
Diretor

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães
Diretora

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato
Diretor

Diretoria Jurídica

Hélio José Ferreira Rocha
Diretor

Diretoria CNI/SP

Carlos Alberto Pires
Diretor

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Henrique de Campos Meireles
Ministro de Estado da Fazenda

Eduardo Refinetti Guardia
Secretário-Executivo

**Conselho Administrativo de Recursos
Fiscais - CARF**

Carlos Alberto Freitas Barreto
Presidente

Marcelo Nascimento de Araújo
Secretário-executivo

Primeira Seção de Julgamento do CARF

Marcos Aurélio Pereira Valadão
Presidente da Seção e da Segunda Câmara de
Julgamento

André Mendes de Moura
Presidente da Primeira Câmara de Julgamento

Adriana Gomes Rêgo
Presidente da Terceira Câmara de Julgamento

Rafael Vidal de Araújo
Presidente da Quarta Câmara de Julgamento

Segunda Seção de Julgamento do CARF

Luiz Eduardo de Oliveira Santos
Presidente da Seção e da Terceira Câmara de
Julgamento

Heitor de Souza Lima Júnior
Presidente da Primeira Câmara de Julgamento

Maria Helena Cotta Cardozo
Presidente da Segunda Câmara de Julgamento

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira
Presidente da Quarta Câmara de julgamento

Terceira Seção de Julgamento do CARF

Rodrigo Costa Pôssas
Presidente da Seção e da Terceira Câmara de
julgamento

Andrada Márcio Canuto Natal
Presidente da Quarta Câmara de Julgamento



Confederação Nacional da Indústria

CNI, A FORÇA DO BRASIL INDÚSTRIA

ESTUDOS TRIBUTÁRIOS DO II SEMINÁRIO CARF

Coordenadores:

Francisco Marconi de Oliveira

Marcus Lívio Gomes

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Brasília
2017

© C 2017. CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Gerência-Executiva de Relacionamento com o Poder Executivo - COEX

FICHA CATALOGRÁFICA

E81

Estudos Tributários do II Seminário CARF / Confederação Nacional da Indústria; Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF; Francisco Marconi de Oliveira, Marcus Lívio Gomes, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Coordenadores. – Brasília: CNI, 2017.

321 p.

ISBN 978-85-7957-148-0

1. Direito Tributário. 2. CARF. I. Título.

CDU: 336.22:34

CNI

Confederação Nacional da Indústria

Sede

Setor Bancário Norte

Quadra 1 – Bloco C

Edifício Roberto Simonsen

70040-903 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3317-9000

Fax: (61) 3317-9994

<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/>

Serviço de Atendimento ao Cliente – SAC

Tels.: (61) 3317-9989 / 3317-9992

sac@cni.org.br



SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	9
APRESENTAÇÃO.....	13
PARTE I – NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSO FISCAL....	15
PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO REVISITADO.....	17
ABUSO DE DIREITO, ABUSO DE FORMAS JURÍDICAS E FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL – IMPACTO DAS DECISÕES DO CARF	35
ESQUELETOS LEGISLATIVOS E O CASO DA OBSERVÂNCIA DE DECISÃO IRRECORRÍVEL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE	53
ASPECTOS RELEVANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DEMORA NA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ADMINISTRATIVOS – REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA ATUAL DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL	73
O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	81
PARTE II – TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL.....	95
A LEI Nº 12.973/2014 E OS TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA	97
O PROJETO BEPS DA OCDE/G20 E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO AGRESSIVO	115
APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO NO CASO DOS RENDIMENTOS DE SERVIÇOS NÃO TÉCNICOS PRESTADOS POR NÃO RESIDENTES	129

PARTE III – IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA (IRPJ)	159
ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA: EFEITOS DOS IFRS E DA LEI Nº 12.973/14 SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR.....	161
ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA EM OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTOS – GANHO DE CAPITAL EM INCORPORAÇÃO DE AÇÕES	173
A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO À LUZ DA DOCTRINA DA SUBSTÂNCIA ECONÔMICA.....	197
PARTE IV – IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA (IRPF)	211
TRIBUTAÇÃO DE ARTISTAS E DESPORTISTAS E A CONSTITUIÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERSONALÍSSIMOS. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO <i>VIS-À-VIS</i> LIBERDADE DE CONFIGURAÇÃO DE NEGÓCIOS PRIVADOS.....	213
PARTE V – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.....	225
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NOS PLANOS DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (<i>STOCK OPTIONS</i>).....	227
A NATUREZA JURÍDICA E A INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE AS VANTAGENS ORIUNDAS DE PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES (<i>STOCK OPTIONS PLAN</i>). A SITUAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO	243
PAGAMENTOS DE LUCROS E RESULTADOS A DIRETORES E ADMINISTRADORES NÃO EMPREGADOS. A QUESTÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	261
PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS E RESULTADOS DAS EMPRESAS (PLR)	269
PARTE VI – PIS/COFINS.....	285
ICMS NA BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS SOBRE A RECEITA: PREMISSAS E COROLÁRIOS LÓGICOS DA TESE JURÍDICA	287
PARTE VII	
COMÉRCIO EXTERIOR	303
OS LIMITES DO VALOR ADUANEIRO COMO BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS INCIDENTES NA IMPORTAÇÃO	305



PREFÁCIO

Esta obra reúne trabalhos de diversos especialistas em Direito Tributário e Aduaneiro, do meio acadêmico, do Poder Judiciário, da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que participaram do valoroso debate ocorrido em agosto de 2016 no II Seminário CARF de Direito Tributário, no qual foram tratadas questões atuais e relevantes relacionadas ao contencioso administrativo tributário federal e ao processo fiscal.

A discussão científica ocorrida no seminário promovido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento do debate sobre o Processo Administrativo Fiscal (PAF) e as questões tributárias relevantes e emergentes do país. E, em razão da importância dos temas abordados, resolveu-se documentar, consolidar e disseminar o conhecimento técnico dissertado, convidando-se os palestrantes e os debatedores para disponibilizá-lo nesta coletânea aos operadores do Direito, aos estudantes e à sociedade em geral.

O debate com a comunidade acadêmica e a sociedade visa, também, à capacitação dos Conselheiros dos CARF, aos quais cabem apreciar em segunda instância os recursos administrativos fiscais que versam sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que este Conselho, como instância máxima no julgamento dos litígios tributários no Ministério da Fazenda, exerce um importante papel na interpretação administrativa da legislação tributária, cabendo-lhe propiciar à sociedade transparência e segurança jurídica quanto à atuação do Estado.

Assim como em qualquer área do conhecimento científico, nesta coletânea não há unanimidade na interpretação das matérias abrangidas. Por tratar de questões que envolvem a contraposição dos interesses do Estado, que depende dos recursos para promover o bem-estar social, e do contribuinte, que o financia, o antagonismo, como não poderia ser diferente, está presente nas manifestações acadêmicas aqui reunidas, instigando o leitor a aprofundar o pensamento e a reflexão sobre os temas abordados.

O debate é necessário e salutar e faz parte do dia a dia deste Colegiado, pois permite o amadurecimento das teses sustentadas pelo Fisco e pelos doutrinadores das mais diversas correntes. São as controvérsias e as permanentes contestações que fomentam a jurisprudência e até a forma de atuação do órgão.

A jurisprudência vem sendo consolidada nos mais de noventa anos de atuação do órgão, contados da instalação do primeiro colegiado de julgamento paritário, com a representação da Fazenda Nacional e da sociedade, surgido com a criação do primeiro Conselho do Imposto de Renda, nos idos de 1925. Ao longo dessa trajetória os órgãos colegiados passaram por muitos desafios. Porém, sempre se notabilizaram por representarem, cada um a seu tempo, órgãos de solução de litígios amplamente legitimados perante a sociedade por garantirem o devido processo legal no âmbito do contencioso administrativo fiscal. O Conselho criado em 1925 e os demais instituídos posteriormente acompanhando a evolução do sistema tributário brasileiro foram unificados em 2009, com a criação do CARF, cujo objeto precípua foi o de racionalizar as atividades administrativas e permitir uma maior celeridade no julgamento e nos trâmites processuais.

Em relação à estruturação do órgão, ressalta-se aqui uma inserção com poucos precedentes nas instituições brasileiras, que foi a recente alteração no Regimento Interno do CARF, objeto de consulta pública, que contou com ampla participação e colaboração de diversos seguimentos da sociedade, a qual trouxe ganhos significativos para a atuação do CARF, entre eles o fortalecimento do Comitê de Acompanhamento, Avaliação e Seleção de Conselheiros, a retomada do Agravo, a implantação da auditoria interna e gestão de risco e a melhoria no fluxo de processos de trabalho para a redução do grau de fragmentação das atividades.

O CARF está sistematicamente preparando-se para os desafios de buscar ganhos de eficiência e celeridade no julgamento e gerenciamento da gestão de acervos, destacadamente, garantir à sociedade julgamentos imparciais, com a observância dos princípios basilares da administração pública, da legalidade, da moralidade e da transparência, e entregar-lhe a qualidade de serviços exigida, baseada na observância ao princípio da razoável duração do processo e focada em crenças de comportamentos éticos e morais que não permitam pairar quaisquer dúvidas sobre a sua jurisprudência.

Para atender a esses objetivos e garantir, cada vez mais, a prestação jurisdicional com a necessária celeridade e satisfazer à expectativa daqueles que mitigam no órgão, o CARF realizou um amplo processo de auditoria interna para verificar a aderência dos procedimentos e processos de trabalho que resultou na certificação de qualidade com a aplicação da ISO 9001.

Essa constante e permanente evolução somente é possível devido ao excelente e capacitado quadro técnico do órgão. Por isso, a relevância e imprescindibilidade dos investimentos na área de gestão de pessoas voltados à qualificação e à eficiência, incluindo o Seminário CARF de Direito Tributário, o qual passará a integrar o cronograma anual de eventos do Conselho.

Diante do grande sucesso, cabe-nos elogiar e agradecer a todos os participantes do Seminário CARF, aos palestrantes, debatedores e mediadores, que não mediram esforços para compartilhar conosco seus conhecimentos e vasta especialização durante o evento e, também, nesta coletânea, bem como à Escola de Administração Fazendária, à Receita Federal do Brasil, à Procuradoria da Fazenda Nacional, à Ordem dos Advogados do Brasil e às confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional cujos representados integram os colegiados do CARF – Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, de Bens, Serviço e Turismo, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, Confederação Nacional do Transporte, Confederação Nacional das Instituições Financeiras e Confederação Nacional da Saúde –, que deram apoio irrestrito para a realização do evento.

Por fim, nossos agradecimentos ao Comitê de Acompanhamento, Avaliação e Seleção de Conselheiros, cujos membros, sob a coordenação do professor Marcus Lívio Gomes, ficaram responsáveis pela estrutura científica do Seminário, à equipe executiva, gerenciada pelo Auditor-Fiscal Francisco Marconi de Oliveira, que deu forma e corpo ao II Seminário CARF de Direito Tributário, e ao Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, que participou, em conjunto com os outros dois coordenadores citados da organização, desta consequente e significativa publicação que visa contribuir para o debate na área do contencioso administrativo tributário federal.

Carlos Alberto Freitas Barreto

Presidente do CARF



APRESENTAÇÃO

Atualmente se percebe um fortalecimento da jurisprudência administrativa tributária, com conteúdo e profundidade característicos de uma jurisprudência judicial. Este novo giro paradigmático traduz-se em uma alteração positiva, mas não imotivada. Vários são os aspectos que se somam para a evolução da discussão administrativa tributária, mas, sem sombra de dúvida, se destaca a interligação entre a academia e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) a exemplo da integração da experiência acadêmica com a prática profissional, resultando julgamentos complexos e profundos sobre os mais diversos ramos do direito tributário.

Tais aspectos se concretizam na prática diária dos julgamentos do CARF, em que os postulantes na esfera administrativa, os contribuintes, têm espaço para sustentar teses tributárias, muitas vezes ainda não enfrentadas pelo Judiciário, sendo, muito além de compreendidos em suas manifestações, racionalizadas e fundamentadas pela concordância ou discordância destas, demonstrando um verdadeiro espaço dialógico entre contribuintes e Fisco.

Como forma de ser mais um instrumento à importante evolução dos julgamentos administrativos tributários, a obra que ora se apresenta contempla diversos estudos sobre importantes temas do Direito Tributário, com ênfase na pluralidade profissional de seus autores, contando com acadêmicos, advogados, juízes, Auditores-Fiscais da Receita Federal e Procuradores da Fazenda Nacional. Isto somente reforça a importância da jurisprudência administrativa tributária, em que evoluem as teses apresentadas, contextualiza a visão dos contribuintes e do Fisco e, muitas vezes, soluciona embates sem se tornarem lides judiciais. Como não poderia ser diferente, a união para a publicação da presente obra se conformou pela participação de Auditores-Fiscais da Secretaria da Receita Federal, Procuradores da Fazenda Nacional e acadêmicos das mais prestigiadas universidades do Brasil, públicas e privadas, resultando densas monografias.

A obra fora dividida em sete partes. A primeira, tratando de Normas Gerais de Direito Tributário e Processo Fiscal. No caso das Normas Gerais de Direito Tributário, têm-se capítulos da lavra de Marco Aurélio Greco, Paulo Roberto Riscado Junior, Ricardo Antônio Carvalho Barbosa e Marcos Aurélio Pereira Valadão. A temática trabalhada tem especial relevância sobre os julgamentos do CARF, tratando-se de planejamento tributário, abuso do direito e da forma jurídica e o propósito negocial,

estrutura do julgamento do CARF e a morosidade da solução dos litígios administrativos e, por fim, os efeitos da decisão administrativa irrecurável. No caso do contencioso administrativo, a peça escrita por Francisco Marconi Oliveira demonstra a novel legislação processual brasileira aplicada ao Processo Administrativo Fiscal.

Avançando para a segunda parte, o leitor encontrará os trabalhos de Marcus Lívio Gomes, Renata S. Cunha Pinheiro, Aloisio Flávio Ferreira de Almeida, Ivo Tambasco Guimarães Júnior, Lucas Syrto Octavio de Souza e Heleno Taveira Torres, tratando sobre a tributação internacional. Diversos temas são esmiuçados, como os tratados para evitar a dupla tributação e a legislação brasileira; o projeto BEPS e o planejamento tributário agressivo; e o caso específico da aplicação da convenção para evitar a dupla tributação no caso dos rendimentos de serviços não técnicos prestados por não residentes.

Já a terceira e quarta partes tratam do imposto de renda da pessoa jurídica e física, respectivamente. De autoria de Sérgio André Rocha, João Dácio Rolim, Frederico Fonseca, Ana Carolina Moreira Garcia, André Mendes Moreira, Eduardo Campos e Ricardo Lodi Ribeiro, são apresentados temas como ágio na modificação societária; a análise do aspecto temporal da hipótese de incidência do IR em operações de transferência de investimentos; a substância econômica e sua influência na amortização fiscal do ágio; e, por fim, a contribuição de pessoas jurídicas para a prestação de serviços personalíssimos.

Na quinta e sexta partes, os autores Marcos André Vinhas Catão, Luciana Prates Caldas Cordeiro, Mauro José Silva, Fábio Ibrahim Zambitte, Francisco Assis de Oliveira Júnior e Andrei Pitten Velloso apresentam temas relacionados às Contribuições Previdenciárias e PIS/COFINS. São estudados assuntos relacionados a Stock Options e as contribuições previdenciárias; a contribuição previdenciária a pagamentos de lucros e resultados a diretores e administradores não empregados; participação dos empregados nos lucros e resultados das empresas; e o ICMS na base de cálculo dos tributos sobre receita.

Por fim, na última parte, Adilson Rodrigues Pires aborda o comércio exterior com artigo tratando sobre os limites do valor aduaneiro como base de cálculo dos tributos incidentes na importação.

Por todas as razões apresentadas, temos certeza de que o livro será um marco para os novos debates do Direito Tributário, sendo mais um passo à evolução que muito se sentiu nos últimos tempos na jurisprudência administrativa tributária.

Francisco Marconi de Oliveira

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Marcus Lívio Gomes

Coordenadores

PARTE I
NORMAS GERAIS DE DIREITO
TRIBUTÁRIO E PROCESSO FISCAL



PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO REVISITADO

Marco Aurélio Greco*

RESUMO: O debate sobre planejamento tributário mudou nos últimos anos. Há três passos nesse debate. De um debate predominantemente formal, tornou-se um debate que incorpora elementos como o motivo, finalidade, consistência da conduta. Há necessidade de criar critérios de análise das condutas do contribuinte que sirvam de baliza para a aplicação da lei tributária. Este texto sugere um conjunto de critérios com esta finalidade.

ABSTRACT: *The debate about tax planning changed in the last years. There are three steps on that debate. From a debate mostly formal, became a debate about reasons, aims, consistency of the tax payer acts. It is necessary to build criteria to analyze the acts of the tax payer to make sure the sense and extent of tax law. This text suggests a set of criteria with this intent.*

* Advogado, Doutor em Direito pela PUC/SP, Membro Associado da European Association of Tax Law Professors, ex-professor de Teoria Geral do Direito nos Cursos de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUC/SP e ex-professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. marco.greco@terra.com.br.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. POSTURAS PERANTE A TRIBUTAÇÃO**
- 3. EVOLUÇÃO TEÓRICA**
- 4. FIGURAS QUE NÃO CONFIGURAM PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**
- 5. FASES DO DEBATE SOBRE PLANEJAMENTO**
- 6. PRIMEIRA FASE: LIBERDADE SALVO SIMULAÇÃO**
- 7. RE-HUMANIZAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO**
- 8. SEGUNDA FASE: LIBERDADE SALVO PATOLOGIAS**
- 9. TERCEIRA FASE: LIBERDADE COM CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**
- 10. OPERAÇÕES PREOCUPANTES**
- 11. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN)**
- 12. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDOTA DO CONTRIBUINTE**
- 13. REFLEXOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**
- 14. SUGESTÃO DE CRITÉRIOS DA ANÁLISE DAS OPERAÇÕES**
- 15. A QUESTÃO DAS PENALIDADES**
- 16. CONCLUSÃO**
- 17. REFERÊNCIAS**

1. INTRODUÇÃO¹

Planejamento tributário é um dos temas mais importantes na atualidade do estudo do Direito Tributário brasileiro. As considerações a seguir visam apenas traçar um panorama do tema e apontar caminhos a serem explorados no seu aprofundamento.² Para os fundamentos destas considerações e respectivos desdobramentos, veja-se a bibliografia indicada.

As expressões “planejamento” e “elisão”³ tributária indicam perspectivas distintas do mesmo fenômeno. “Planejamento” é a atividade exercida pelo contribuinte visando obter menor carga tributária, enquanto “elisão” é o efeito de submeter-se a uma menor carga tributária, obtido pelo planejamento. Considerando serem aspectos do mesmo fenômeno, usarei cada um conforme o contexto pertinente sem que signifiquem fenômenos diferentes. Como “atividade” e “efeito” podem ou não estar protegidos pelo ordenamento, esta é uma conclusão que dependerá do exame das diversas variáveis a seguir expostas.

O fenômeno realçado pelo debate do planejamento tributário consiste nos fundamentos, condições e limites do exercício da liberdade individual quando voltada à obtenção de menor carga tributária.

Trata-se de tema, ao mesmo tempo: (a) *economicamente* importante, por representar um dos principais motivos de frustração da arrecadação por motivos não ilícitos; (b) *juridicamente* importante, em razão do conjunto de conceitos que o cercam e que se inter-relacionam no momento de definir o enquadramento a ser dado a determinada situação concreta; e (c) *politicamente* importante, por ter profunda relação com a concepção que se tenha do Estado enquanto tal e do seu relacionamento com o contribuinte.

No momento atual do debate (2016), assume importância a identificação de critérios que permitam afirmar quais operações encontram proteção pelo ordenamento e quais não terão essa proteção.

Desenhar critérios não significa ter respostas prontas para toda e qualquer situação; significa ter um instrumental prévio que auxilie na compreensão da operação e, por decorrência, na construção da solução da eventual divergência entre Fisco e contribuinte.

Além disso, desenhar critérios que funcionem como parâmetros de análise é um caminho adequado para neutralizar eventuais “preconceitos” que podem surgir neste contexto, sejam eles em relação à conduta dos contribuintes ou à postura do Fisco.

2. POSTURAS PERANTE A TRIBUTAÇÃO

A base de muitas divergências que existem neste campo está na diversa postura que o intérprete assume perante a tributação.

Visão individual-protetiva: Historicamente, a atividade de cobrar tributos é antiga e encontra suas raízes no poder de império do vencedor de uma guerra ou no poder de que está investido o rei em relação a seus súditos. Esta raiz leva, muitas vezes, a ver a tributação como agressão ao patrimônio individual.

O Direito Tributário – como conjunto ordenado de preceitos que regulam o exercício do poder de tributar – é fenômeno recente cujo início de formulação pode ser reportado ao Código Alemão de 1919. Surgiu no contexto pós-Revolução Francesa de um predomínio da visão individualista e de construção do denominado Estado de Direito (assim entendido aquele que se submete à lei e à jurisdição).

Neste ambiente (individualista e do Estado de Direito), as normas que compõem o núcleo constitucional do Direito Tributário são vistas como mecanismo de proteção (visão protetiva) e aqueles preceitos que

¹ Os temas aqui tratados são mais amplamente examinados no meu *Planejamento tributário* (2011).

² Para os fundamentos destas considerações e respectivos desdobramentos, veja-se o meu *Planejamento tributário* (2011).

³ Para alguns autores, “elusão” ou “evasão lícita”.

veiculam proibições ou restrições à atividade tributária do Estado são considerados “princípios” da tributação. Por isso, na experiência brasileira iniciada em 1965 (promulgação da Emenda nº 18/65 e subsequente edição do CTN em 1966), legalidade, irretroatividade, anterioridade etc. são tratadas como os preceitos mais importantes do Direito Tributário, daí serem denominados “princípios”.

O conceito de “capacidade contributiva” – que figurava no art. 202 da CF/46 – foi expressamente suprimido da Constituição Federal pela Emenda nº 18/65, e o debate do Direito Tributário tornou-se predominantemente formal e focado nos tipos normativos, sua estrutura lógica, hierarquia das normas jurídicas etc., permanecendo em segundo plano as questões substanciais como a isonomia, a capacidade contributiva, os fundamentos da tributação, a visão instrumental da tributação na persecução dos objetivos constitucionais etc.⁴

A partir desta visão, a figura do planejamento assumiu um perfil com ela compatível. Na medida em que a liberdade individual é o fundamento da ação do contribuinte, a visão individual-protetiva leva a uma concepção de planejamento que dá predomínio ao elemento liberdade que só não seria prestigiado se fosse cometida alguma irregularidade.⁵

Visão solidária-modificadora: distinta perspectiva é apresentada por uma visão do relacionamento entre contribuinte e Estado que se apoia no reconhecimento da existência – ao lado dos direitos fundamentais – também de deveres fundamentais que decorrem da própria existência do Estado que se pretenda não totalizador, nem absorvedor de toda atividade econômica.

Neste contexto, na medida em que a sociedade quer um Estado, precisa assegurar-lhe meios para exercer suas funções e atuar na direção dos objetivos escolhidos pela própria sociedade.

Salvo casos excepcionais, o Estado moderno do final do Século XX e início do Século XXI é um Estado não detentor de todos os meios de produção e, portanto, as receitas originárias da exploração de seu patrimônio não são a fonte fundamental do seu custeio.

Como o Estado precisa funcionar e não pode obter seus recursos do patrimônio próprio, vai buscá-los no patrimônio titularizado pelos integrantes da sociedade civil ou em função do exercício de atividades econômicas. Desta perspectiva há, ao lado dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, um dever fundamental de pagar impostos, que corresponde ao meio necessário para viabilizar recursos para os direitos fundamentais serem efetivamente assegurados. O Estado transforma-se num “Estado Fiscal”.⁶

A partir desta visão assumem relevância temas de caráter substancial como o princípio da capacidade contributiva, a busca dos objetivos constitucionais etc., o que interfere com o perfil de legalidade, anterioridade e irretroatividade em matéria tributária que deixam de ser “princípios” (no sentido de maior importância) para serem tratados como “limitações” ao poder de tributar, por corresponderem a vedações (um “não pode fazer”), mas nada dizem quanto às diretrizes positivas a serem atendidas pela tributação (o “deve fazer”).

Dentre os vários objetivos e valores constitucionalmente consagrados, assume particular importância o elemento solidariedade social como vetor positivo da ação do Estado e, por consequência, da tributação, a tal ponto de hoje podermos dizer que o fundamento da tributação deixou de ser a capacidade contributiva para se encontrar na solidariedade social (GRECO, 2005).

ACF/88: a Constituição Federal de 1988 retrata esta mudança de postura, a começar pelo seu art. 1º que deixa claro ser o Brasil um Estado Democrático de Direito (e não apenas Estado de Direito). Isto significa consagrar – ao mesmo tempo – valores protetivos típicos do Estado de Direito e valores modificadores, próprios do Estado Social (Democrático).

⁴ Sobre a influência do contexto político na formulação do direito, veja-se o meu *Crise do formalismo no direito tributário brasileiro* (2011).

⁵ As características específicas exigidas para o planejamento ser inatacável pelo Fisco serão examinadas adiante quando forem expostas as três fases do debate.

⁶ Sobre este tema, veja-se a obra de José Casalta Nabais (2009).

A consagração de ambos os conjuntos de valores significa a necessidade permanente de uma composição de valores – sem predomínio predefinido de nenhum dos dois conjuntos. Assim, na produção, interpretação e aplicação da legislação tributária é preciso, ao mesmo tempo, considerar tanto os elementos de caráter formal e protetivo (as limitações) como os valores de caráter substancial (princípios e objetivos). Como estabelece o art. 3º, I, da CF/88, o objetivo fundamental da República é construir uma sociedade que, ao mesmo tempo, seja livre e solidária, pois só assim será justa.

Isto faz com que a solução do caso concreto deixe de ser fruto de mera “dedução” a partir do texto escrito da lei, para se tornar fruto de uma “construção” a partir da tridimensionalidade fato, valor e norma, da qual a norma aplicável ao caso concreto será a resultante de um processo de conjugação desses três elementos deflagrado a partir do fato.

3. EVOLUÇÃO TEÓRICA

Ao lado dessa mudança de perfil do relacionamento entre sociedade civil e Estado, ocorreu profunda mudança no modo de compreensão do fenômeno jurídico.⁷

Durante muito tempo, o principal foco de preocupação do jurista apresentava-se como o **conceito**, pois representaria a parcela da realidade alcançada pela norma e, como esta é a “essência” do debate jurídico, todo exame deveria estar centrado nos conceitos. Esta visão fazia predominar o debate abstrato sobre o que estaria ou não abrangido pela fórmula linguística adotada pelo legislador e circunscrevia a análise apenas a elementos puramente normativos (extraídos do ordenamento positivo na sua feição formal).

Passou-se, depois, a observar que o conceito puro leva a uma visão idealista e distanciada da realidade posto que só se justifica desde que se reconheça a relação que apresenta com determinado **interesse** a ele correlato.

Por fim, mais recentemente, assume relevância uma visão que – sem dispensar todas as conquistas teóricas e experiências obtidas com a análise de conceitos e interesses – coloca a tônica da análise nos **valores** consagrados pelo ordenamento jurídico em função dos quais surgem os interesses e são elaborados os respectivos conceitos.

Atualmente, a experiência jurídica vive um momento de maior peso específico dos valores no debate das questões ligadas à produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Examinar conceitos e interesses continua sendo essencial, mas o peso dos valores no debate das questões jurídico-tributárias aumentou significativamente.

Portanto, a análise das questões práticas que envolvem o tema do planejamento não deve reduzir-se à tentativa de reconhecer e aplicar conceitos (de abuso, fraude, simulação etc.), mas exige a compreensão mais ampla do que transcende o âmbito conceitual.

4. FIGURAS QUE NÃO CONFIGURAM PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O fato de o planejamento tributário visar acarretar menor ônus tributário não significa que todas as figuras que têm esse efeito podem ser como tal consideradas.

Três figuras devem ser afastadas de plano quando se examina o planejamento, a saber: (a) a prática de atos ilícitos; (b) a extrafiscalidade e a concessão de incentivos; e (c) as opções fiscais.

⁷ A respeito desta evolução, vejam-se as obras de Ricardo Lobo Torres.

- a. O verdadeiro planejamento tributário corresponde a atividade admitida pelo ordenamento positivo dentro do âmbito da liberdade individual de organizar a própria vida. Muito pode ser discutido quanto a seus fundamentos, condições e limites, mas é pacífico que cometer ilícito não é planejar. Ilícito é repellido pelo ordenamento por agredir seus preceitos ou os valores que consagra; portanto, sempre que estiver configurado um ilícito estaremos diante de hipótese que se encontra fora da noção de planejamento.

Embora esta afirmação seja pacífica, é importante explicitar os **tipos** e os **graus** de ilícito que podem ocorrer na prática, acentuando que qualquer deles terá por efeito excluir a hipótese concreta da categoria do planejamento ou – usando outra expressão – “contamina” o planejamento feito.

Quanto ao **tipo**, podem ser lembrados os ilícitos: (i) penais; (ii) civis ou a subordenamentos específicos;⁸ e (iii) tributários especificamente considerados.

Seja qual for o tipo, toda ilicitude (penal, extratributária – civil, regulatória etc. – ou tributária) estará fora do campo do planejamento.

Dizer que determinada hipótese está fora do campo do planejamento significa afirmar que as considerações feitas nos tópicos seguintes não se referem a ela.

Quanto ao **grau** que o ilícito apresenta, é preciso distinguir quatro situações: (I) ilícitos insignificantes: aos quais se aplica o denominado “princípio da insignificância” e que não contaminam o planejamento feito; (II) ilícitos que só estarão configurados se o planejamento não for aceito e que, por serem decorrência de um pronunciamento prévio sobre o planejamento em si, não podem previamente contaminá-lo; (III) ilícitos em elementos relevantes dentro do contexto em que o caso for examinado (que contaminam); e (IV) ilicitude dos meios contamina os resultados deles decorrentes.

Em suma, é importante acentuar que existem regras do jogo (*game*) a serem obedecidas para que o planejamento feito receba proteção do ordenamento positivo e produza os efeitos desejados de menor carga tributária; mas também é relevante acentuar a importância do modo de jogar de cada participante (*play*) que precisa ser *fair*.

- b. Também não configura planejamento tributário a fruição de menor carga tributária em razão de (i) regras informadas pelo objetivo da extrafiscalidade ou do (ii) engajamento em programas de incentivo governamentais. Nestes casos, a conduta do contribuinte não é apenas admitida pelo ordenamento; mais do que isso: é por ele desejada e estimulada; realizá-la, portanto, não pode ser considerado como agir contra o ordenamento.
- c. Igualmente fora do campo do planejamento estão as opções fiscais, entendidas como escolhas que o contribuinte pode fazer entre modos distintos de apuração do imposto ou do cumprimento da obrigação tributária (p.ex., opção pelo lucro presumido no âmbito do imposto sobre a renda) que estão expressa e positivamente previstas no ordenamento.

5. FASES DO DEBATE SOBRE PLANEJAMENTO

O cerne do debate sobre planejamento tributário está em identificar quando as operações realizadas pelo contribuinte serão oponíveis ao Fisco, no sentido de ele não poder recusar os efeitos de menor carga tributária, e quando a atividade realizada será considerada um planejamento “contaminado” a

⁸ É o campo, dentre outros, do denominado “poder regulatório” cujo exercício cabe ao Estado diretamente ou é atribuído a entidades públicas específicas (p.ex., Banco Central, CVM, ANATEL).

significar que os atos ou negócios realizados não produzirão os efeitos fiscais pretendidos pelo contribuinte e que o Fisco – *ex officio* – poderá negar-lhes eficácia e, frequentemente, tratá-los segundo o perfil real (e não meramente formal) que apresentem.

O ponto de partida do debate é a dimensão da liberdade individual assegurada pelo ordenamento positivo.

Inegavelmente a liberdade (individual e empresarial) é direito fundamental que está e deve continuar a ser protegida. Mais do que isto. Não pode ficar em segundo plano quando cotejado com outros valores constitucionais.

Isto, porém, não significa ser um valor absoluto e incontestável. Diante de determinado caso concreto é necessário cotejar a liberdade com os demais direitos e deveres constitucionais para que o resultado seja a somatória do seu conjunto e não o predomínio constante de um deles.

O debate sobre planejamento pode ser visto como desdobrado em três fases distintas (fases mais teóricas do que cronológicas) conforme a composição de elementos relevantes para determinar se um planejamento produzirá ou não os efeitos jurídicos de menor carga tributária, as quais podem ser denominadas de fases da: (i) liberdade salvo simulação; (ii) liberdade salvo patologias; e (iii) liberdade com capacidade contributiva.

6. PRIMEIRA FASE: LIBERDADE SALVO SIMULAÇÃO

Esta fase caracteriza-se por sustentar o predomínio da liberdade de contratar. Os efeitos tributários dos atos e negócios praticados estariam assegurados desde que o contribuinte: (i) agisse antes da ocorrência do fato gerador; (ii) mediante atos lícitos; e (iii) não cometesse simulação (vista como vício da vontade). Atendidos estes três requisitos, o Fisco nada poderia objetar à redução da carga tributária decorrente dos atos ou negócios jurídicos celebrados pelo contribuinte.

Este modo de conceber o planejamento resulta de uma concepção individual-protetiva do ordenamento tributário, e, ao buscar dar a maior amplitude possível à ideia de proteção, desemboca no conceito de legalidade estrita, assim entendida como a exigência de lei em sentido formal em todas as minúcias da previsão tributária. Decorrentes dessa visão são os conceitos de tipicidade fechada, a proibição de analogia e o prestígio da figura da lacuna (vista como vazio) de modo que onde fosse identificada uma lacuna o contribuinte poderia caminhar protegido.

Tal modelo levou a três consequências principais: (i) proliferação de operações meramente formais, pois, desde que atendidos os três requisitos e identificada uma lacuna, o conjunto de proteções (legalidade estrita, tipicidade fechada e proibição da analogia) impediria qualquer tipo de objeção por parte do Fisco; (ii) proliferação de dispositivos legais específicos (a denominada inflação normativa), pois a reação do legislador aos planejamentos detectados era produzir novas normas para cada uma das hipóteses surgidas; e (iii) alta complexidade do sistema jurídico tributário, gerada pela inflação normativa.

Além do confronto entre lícito e ilícito, neste modelo assume grande importância a ideia de “vontade” expressa em documentos como único critério para equacionar a natureza jurídica dos atos e negócios jurídicos realizados. Esta visão suporia que os negócios celebrados “são” o que se quer e o que o agente “quer” é o que ele “diz”; então, se o contribuinte quis fazer uma cisão, isto é uma cisão; se quis fazer uma venda de participação societária, isto é uma venda de participação societária, independentemente de outras perquirições etc.

Esta é a lógica que informa a primeira fase: liberdade absoluta, ilimitada, salvo atos ilícitos, depois da ocorrência do fato gerador ou cuja manifestação de vontade esteja viciada por simulação.

Esta visão comporta várias críticas. As principais são as seguintes:

1. O próprio conceito de “legalidade” enseja divergências, pois com este termo pode-se designar tanto uma forma de regulação de pressupostos de emanção de atos ou negócios (legalidade de meios) como consequências ou resultados que deles emanam (legalidade de fins).

Além disso, o adjetivo “estrita” comporta questionamento, posto que expressa muito mais uma expectativa protetiva do que uma realidade normativa. O “quanto” de legalidade exigível como garantia do contribuinte corresponde apenas ao suficiente para que os elementos fundamentais das hipóteses de incidência (objetivo, subjetivo, dimensional, temporal e espacial) e das eventuais infrações e sanções sejam compreensíveis.

2. A exigência da “tipicidade” também deve ser vista sem adjetivos (“fechada”), pois o fundamental é a previsão em lei de certo evento ou de um *standard* que comporta um conjunto de eventos. Uma tipicidade “fechada” no sentido formal de só alcançar aquelas hipóteses que possuam certo perfil em determinado momento histórico é incompatível com a realidade do mundo, essencialmente mutável e cheio de nuances.

Legalidade e tipicidade são exigências inafastáveis quando se trata de exercício do poder de tributar. São garantias constitucionais do contribuinte, mas sua adjetivação (estrita e fechada) comporta questionamentos, pois o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade sob pena de permanecer estático e distanciado da própria realidade que quer regular.

3. A analogia é vedada pelo art. 108, § 1º, do CTN quando se trata de exigir tributo sem previsão em lei. Na Constituição Federal, não há expressa proibição de integração analógica do ordenamento tributário. Esta vedação é construção doutrinária a partir das ideias de legalidade estrita e tipicidade fechada; na medida em que estes dois conceitos são redimensionados, o tema da analogia é reaberto para discussão. Antes de saber se está sendo aplicada analogia, é preciso determinar a natureza jurídica do ato ou negócio realizado, cabendo lembrar que a perspectiva da vontade expressa em documentos (isoladamente considerada) não é a única possível para tanto. Os atos ou negócios podem ser vistos da perspectiva do motivo que levou à sua prática e das condutas realizadas. A partir do motivo, o enquadramento pode variar, pois a vontade pode não estar viciada, mas o motivo aparente ser diferente do motivo real do negócio realizado.

Além disso, há grande dificuldade em distinguir na prática a analogia da interpretação extensiva, esta não proibida expressamente pelo CTN.

4. O grande problema da lacuna não é descobrir um espaço não expressamente regrado por uma norma específica do ordenamento. O tema a enfrentar é o que fazer diante de uma hipótese como essa, pois, ainda que não exista uma norma específica para o caso, sempre é possível identificar duas normas gerais a ele aplicáveis: (a) uma que aponta no sentido de considerar o caso não abrangido pela hipótese (norma geral exclusiva); ou (b) uma norma no sentido de considerá-lo abrangido (norma geral inclusiva). A dificuldade da lacuna não é o vazio normativo (inexistência de norma), mas o conflito de critérios para lidar com ele (duas normas gerais em tese aplicáveis).
5. Não há dúvida que o contribuinte tem o direito de organizar sua vida. A questão principal não é a existência desse direito, mas está nos limites que possui, pois na experiência moderna nenhum direito é absoluto.
6. Neste contexto, o intérprete assume papel muito importante, pois suas concepções de mundo, valores que professa e modo pelo qual lida com os elementos que compõem o ordenamento jurídico vão refletir no resultado final de sua ação. A interpretação jurídica não é mera descrição de um objeto estático, mas construção de uma resposta a perguntas postas pelas situações concretas. Embora o distanciamento em relação aos interesses envolvidos seja necessário, não há uma neutralidade absoluta na ação de interpretar.

7. A figura da simulação tem sido vista – predominantemente – como vício da vontade do agente. Daí ser concebida como um descompasso entre a vontade aparente e a vontade real (ou inexistência de vontade real). Esta é uma visão centrada no indivíduo como se este elemento fosse o único relevante e o determinante da natureza jurídica dos atos e negócios. Porém, a vontade não é algo que existe isolado no mundo; ao contrário, sempre surge num determinado contexto formado pelos elementos que a antecedem (motivos) e que lhe sucedem (atos concretos, finalidades almejadas e resultados obtidos). Daí o conceito de simulação não permanecer focado apenas na manifestação de vontade, mas deve incluir o exame dos motivos e das condutas concretas do agente. Mais do que o simples “querer” de alguém é importante examinar o seu “fazer”.

7. RE-HUMANIZAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Esta visão teórico-doutrinária, que se desenvolveu na primeira fase do debate, deu ensejo à disseminação de uma visão predominantemente formal do Direito Tributário que, no seu extremo, reduziu o debate a questões meramente textuais (seja da lei, seja dos documentos) e reduziu o raciocínio jurídico-tributário a uma sequência lógica formalmente desprovida de considerações que extrapolassem a “pura” norma jurídica. Ganhou espaço uma visão segundo a qual o Direito Tributário quase que se reduziria a uma arquitetura de conceitos e a uma lógica formal de expressões linguísticas.

Com isto, desumanizou-se o Direito Tributário, pois, embora nele existam inúmeras técnicas normativas, o pressuposto de fato da incidência jurídica são condutas qualificadas pela lei. Vale dizer, ações realizadas por pessoas, físicas ou jurídicas, e que, portanto, precisam ser compreendidas e qualificadas de acordo com o respectivo contexto extratributário em que se inserem.

“Contribuinte” não é um ser atemporal, abstrato, idealmente desenhado. Ao revés, é alguém materialmente existente em determinada sociedade e específico momento histórico, que sofre e exerce influências do e no seu meio. Além disso, é alguém cujo processo decisório é formado por inúmeras variáveis, considerações e influências, muito frequentemente não tributárias que são ponderadas até se aportar à decisão tomada.

Portanto, antes de deflagrar automática e cegamente determinada consequência tributária que se reputa pertinente à vista de certo planejamento tributário, é preciso conhecer a realidade que cerca o caso e as pessoas que dele participem, pois existem situações em que a operação formal fornece elementos que permitem apontar numa direção, mas que a realidade objetiva, subjetiva e contextual indica a direção exatamente oposta.

Este processo do que se poderia denominar de “re-humanização” do Direito Tributário engrandece a experiência jurídica nesse campo e traz para o palco do debate personagens e eventos que, na primeira fase, permaneciam na penumbra por não lhes ser dada qualquer relevância.

O primeiro passo nessa direção da re-humanização foi questionar o debate exclusivamente formal submetendo-lhe uma pergunta.

8. SEGUNDA FASE: LIBERDADE SALVO PATOLOGIAS

A segunda fase do debate sobre planejamento tributário principia com uma pergunta cuja resposta abre espaço para outros aspectos que devem ser ponderados na análise de determinado caso concreto.

A simulação é patologia do ato ou negócio jurídico e há consenso de que não há planejamento mediante simulação. A pergunta é: por que só esta patologia dos atos ou negócios jurídicos contamina a conduta

do contribuinte? Por que outras patologias, como o abuso de direito e a fraude à lei, não viciariam as operações realizadas?

A partir desta pergunta começa a ganhar espaço a discussão sobre estas duas categorias de teoria geral, principalmente desde o início da década de 1990; além disso, começa a surgir um reexame teórico da figura da simulação.

(a) A figura do abuso é conhecida em, praticamente, todos os campos da experiência jurídica. Na própria Constituição está previsto o abuso do poder econômico; na Lei das Sociedades Anônimas, o abuso do poder de controle; no Direito Administrativo, o abuso de poder da administração; no Direito Civil, até o advento do Código de 2002 já se discutia doutrinariamente o tema embora o fundamento legal fosse a interpretação *a contrario sensu* do antigo art. 160 do Código de 1916 e hoje o atual art. 187 é explícito ao prever a figura; até mesmo no âmbito da produção legal o tema tem sido invocado como, por exemplo, no denominado abuso do poder de legislar.

Portanto, trazer ao debate tributário o tema do abuso de direito não é questão circunscrita a específico campo da experiência, mas é buscar uma categoria de teoria geral que explique o porquê de certas reações que o ordenamento apresenta.

O fundamento da figura do abuso está na circunstância de o ordenamento jurídico prestigiar certos direitos, mas não o fazer a ponto de admitir que, no seu exercício concreto, o direito seja utilizado contrariamente ao seu perfil objetivo ou a outros valores e direitos consagrados pelo próprio ordenamento. Há várias teorias que procuram explicar a figura, mas o núcleo básico é o manifesto excesso cometido no exercício do direito.

O abuso surge no plano do exercício e não do plano da existência do direito; vale dizer, situa-se no modo pelo qual o titular vai utilizar os poderes e faculdades que compõem seu direito. Numa formulação singular, pode-se dizer que no abuso o “direito é bom”, mas sua utilização está viciada.

Assim, quando se discute o tema do abuso de direito, e para afastar a objeção de que determinada conduta seria abusiva, é preciso perquirir quanto ao motivo da operação realizada. Uma conduta não será abusiva se existir motivo específico e suficiente a justificá-la.

Em matéria tributária, o tema do abuso surge atrelado ao exercício do direito de auto-organização titularizado pelo contribuinte e, portanto, para determinada operação merecer a proteção do ordenamento jurídico, é preciso que não seja abusiva e, portanto, seja motivada. Motivo é figura amplamente estudada no âmbito do Direito Administrativo, como instrumento de controle da legalidade dos atos emanados do Poder Público, e pode ser definido como evento anterior e externo ao ato que serve de suporte à sua emanção.

Na análise de certo caso, cumpre verificar concretamente, se o motivo alegado existe, é pertinente ao ato praticado e suficiente para justificá-lo. Ou seja, que não se trate de mero “pretexto”.

Como esta análise situa-se no âmbito de atos ou negócios realizados visando obter menor carga tributária, o motivo não pode ser o próprio resultado obtido (menor carga tributária). Vale dizer, a operação tributariamente relevante não se justifica pelo próprio efeito tributário que produz. O motivo que pode afastar a alegação de abuso é o motivo extratributário. Vale dizer, evento real, pertinente e suficiente, externo ao âmbito tributário, que leva à produção de certo ato que acarreta menor carga tributária como eventualidade e não como sua razão de ser.

Embora no plano teórico seja relativamente nítido definir o que seja abuso de direito, no plano prático é difícil determinar o momento a partir do qual o exercício do direito se torna abusivo. Realmente, na medida em que, na sua origem, o sujeito tem um direito protegido pelo ordenamento e o desvio ocorre no momento do seu exercício, a principal dificuldade é determinar até que ponto o agente pode atuar sem que esteja cometendo abuso.

Dois critérios resultam da experiência: (i) um critério objetivo que resulta da edição de uma expressa previsão legal, como, por exemplo, o preceito da lei de locações que regula o abuso na purgação da mora; (ii) um critério subjetivo que envolve uma avaliação de cada caso concreto em função de suas circunstâncias e a partir de parâmetros subjetivos do que seja “normalidade”, “excesso” etc.

Em matéria tributária a aplicação da figura do abuso de direito para questionar operações realizadas pelo contribuinte pode se dar por qualquer um dos dois critérios; seja pela edição de preceitos específicos expressos, seja – ainda que aqueles não existam – mediante exame individual de cada caso.

(b) O exame da fraude à lei deve passar por uma advertência prévia quanto ao sentido do termo “fraude”. Este termo, em Direito, é utilizado para se referir a duas figuras distintas. Uma é a fraude de caráter penal e outra é a fraude civil (fraude à lei ou *fraus legis*). Fraude penal envolve a prática de um ilícito e, portanto, não cabe dela cogitar ao tratar do estudo do planejamento tributário.

Fraude civil, porém, é patologia do negócio jurídico consistente em contornar determinada norma imperativa procurando sustentar estar enquadrado em outra norma que lhe seja mais favorável. Ou seja, utilizar meios lícitos para atingir fins que certa norma não admite sejam atingidos diretamente por contrários ao seu preceito.

Fraude civil não é ato ilícito, mas causa de nulidade do negócio celebrado que, por consequência, não produzirá os efeitos que lhe são próprios.

A fraude à lei estrutura-se, frequentemente, através da identificação de duas normas: (i) uma norma à qual o agente não quer se submeter, denominada “norma contornada”; (ii) outra norma onde busca proteção para sua conduta, a denominada “norma de contorno”. A estrutura da fraude à lei também pode formar-se entre uma norma contornada e uma não previsão normativa (por exemplo, não incidência).

Antes do advento do Código Civil de 2002, muito se discutiu quanto à norma contornada (i) ter natureza proibitiva (ou mesmo obrigatória) ou (ii) ser uma norma imperativa. Para a primeira concepção, como não existe obrigação de pagar o maior tributo possível nem é proibido pagar o menor tributo possível, a figura da fraude à lei seria inaplicável no Direito brasileiro.

Embora esta posição, mesmo antes do Código Civil, a meu ver, não fosse a mais adequada, depois do seu advento o debate resultou encerrado, pois seu art. 167, VI, é expresso ao prever que a fraude à lei leva em conta uma norma imperativa e não uma norma proibitiva (ou obrigatória).

O adjetivo “proibitivo” diz respeito ao modo de reger certo conteúdo, enquanto “imperativo” refere-se ao modo (inafastável) de incidência da norma (em oposição à norma dispositiva cuja incidência fica à escolha do agente). A norma tributária, salvo ao regular opções fiscais, é norma imperativa, pois incide independente da vontade do destinatário. Portanto, os atos e negócios celebrados podem ser examinados da perspectiva da fraude à lei tributária e sua ocorrência compromete a respectiva eficácia perante o Fisco.

(c) a simulação, como patologia, pode ser vista tanto da perspectiva dos vícios da vontade como dos vícios do motivo do ato ou negócio jurídico. A doutrina brasileira exterioriza ambas as visões. A segunda visão apoia-se na ideia de “causa” do negócio e nela vê um parâmetro de controle do exercício da autonomia privada, segundo o qual a proteção jurídica resultante da lei só ocorre desde que o negócio se justifique segundo a relevância social do interesse que se quer proteger. Ou seja, nem toda manifestação de vontade se justifica; apenas aquela que encontrar uma razão (motivo) protegida pelo ordenamento positivo (que não seja a mera autonomia privada ou a liberdade de contratar).

O motivo é um dos elementos fundamentais para análise das operações realizadas pelo contribuinte com o intuito de obter menor carga tributária. Assim, o próprio requisito preliminar imposto já na primeira fase do debate (os atos não podem ser simulados) passa a assumir contornos diferentes com este reexame doutrinário do conceito de simulação. Aliás, a partir do Código Civil de 2002 a simulação deixou

de ser hipótese de anulabilidade do ato jurídico para ser considerada hipótese de sua nulidade (o que é mais grave).

No campo tributário, a reação a estas três figuras (abuso de direito, fraude à lei e simulação como vício do motivo) consiste numa inoponibilidade ou ineficácia perante o Fisco. Vale dizer, independente do enquadramento que os atos possam ter no âmbito civil ou comercial e independente das consequências que produzam perante as partes, o Fisco (como terceiro) pode se recusar a aceitar seus efeitos tributários e questioná-los por apresentarem qualquer destas patologias.

O questionamento pelo Fisco dos atos e negócios e sua inoponibilidade não dizem respeito à sua validade, mas à sua eficácia perante esse terceiro. Esta ineficácia independe de recurso ao Poder Judiciário, pois com ela não se está desfazendo o ato ou negócio jurídico, apenas inibindo certos efeitos em relação a determinado terceiro (o Fisco).

9. TERCEIRA FASE: LIBERDADE COM CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Na terceira fase do debate exige-se que os atos ou negócios jurídicos celebrados atendam a todos os requisitos construídos nas fases anteriores (lícitos, antes do fato gerador, sem nenhuma das patologias mencionadas), mas deixa de haver o predomínio da liberdade e passa a haver um equilíbrio entre ela e o valor solidariedade social. Ou seja, não é mais uma liberdade “salvo”, mas uma liberdade “com”.

Neste momento, assume importância o tema da capacidade contributiva, seja da perspectiva conceitual e substancial da figura, seja do ângulo da eficácia jurídica que possui o § 1º do art. 145 da CF/88, nítida norma programática.

Durante muito tempo às normas programáticas tem sido reservada uma eficácia meramente negativa no sentido de bloquear a eficácia das leis que as agridam diretamente. No caso tributário, a capacidade contributiva tem eficácia negativa quando se afirma que a lei tributária é inconstitucional se instituir imposto em relação a hipótese que não a denote.

Porém, na concepção moderna de Estado, a norma programática corresponde a um compromisso assumido perante a coletividade, algo a ser buscado pela legislação infraconstitucional; assim, a diretriz que veicula corresponde a um preceito positivo que aponta a direção a seguir, mais do que uma proibição de agir.

Como diretriz positiva, tem por destinatário não apenas o legislador – ao fazer a lei tributária – mas também o intérprete e aplicador. Isto significa que não apenas a lei tributária deve atingir manifestações de capacidade contributiva como também o sentido que dela emana é de alcançá-las, e os atos e negócios que forem celebrados com o intuito de frustrar esse atingimento – legalmente consagrado – implicam inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Capacidade contributiva é conceito não formal que se vincula, também, à ideia de rateio do custeio do funcionamento do Estado (um dever fundamental) e à isonomia de tratamento perante esse dever. Viola também a isonomia não lhe dar integral eficácia, no sentido não apenas de afastar a exigência tributária de quem não manifesta tal capacidade mas de assegurar que todos que a manifestem sejam igualmente tributados.

Nesta fase, fica nítido que o debate sobre planejamento tributário envolve elementos objetivos, subjetivos e extratributários que apresentam contornos imprecisos e ensejam margens de avaliação e visões discrepantes com resultados eventualmente opostos.

10. OPERAÇÕES PREOCUPANTES

O quadro dentro do qual se posiciona o tema do planejamento tributário é altamente complexo e envolve inúmeras variáveis. Mais do que um tema ligado à administração de um empreendimento ou circunscrito a aspectos contábeis (embora muito relevantes) o tema é predominantemente cercado de discussões jurídicas que, ao mesmo tempo, dizem respeito a conceitos teóricos e a circunstâncias concretas de cada caso.

Não há uma resposta pronta neste tema. Não há um conceito isolado que sirva para resolver toda e qualquer dúvida. A solução concreta será construída individualmente, à vista das circunstâncias que cercam aquele determinado caso e em função dos elementos fáticos que possam ser apresentados para fins de avaliação e ponderação.

Não obstante a resposta só poder ser obtida diante do caso concreto, há certos tipos de operações que – embora não sejam em si mesmas ilícitas, nem estejam automaticamente contaminadas – merecem especial atenção do intérprete e aplicador no momento em que com elas se defrontar. São operações que geram preocupação, sem isto significar estarem comprometidas. Sua aceitabilidade pelo ou sua inoponibilidade perante o Fisco dependerá das circunstâncias fáticas que as cercarem.

Neste campo podem ser mencionadas as seguintes hipóteses:

- a. operações estruturadas em sequência, em que uma etapa não tem sentido a não ser quando vista do conjunto de etapas. Nestes casos, a interpretação deve levar em conta o conjunto e não cada etapa isoladamente considerada;
- b. operações invertidas, no sentido de serem realizadas ao contrário do que indica o juízo comum, por exemplo, a incorporação da controladora pela controlada;
- c. operações entre partes relacionadas, pois nestas é mais rigoroso o juízo sobre os critérios de equitatividade em que são feitas certas operações quando comparadas com operações com terceiros;
- d. o uso de pessoas jurídicas para realizar determinadas operações, pois além de poderem configurar uma interposta pessoa, estas sociedades podem se apresentar como meros locais de passagem de recursos destinados a terceiros (*conduit companies*) ou assumirem a condição de sociedades aparentes, fictícias ou efêmeras;
- e. operações que impliquem deslocamento da base tributável para o exterior, pois isto afeta a soberania e a imperatividade da norma tributária;
- f. as substituições ou montagens jurídicas em que as formas contratuais são construídas meramente para vestir determinado conteúdo sem que haja razões efetivas e reais que as justifiquem.

Outras ainda podem ser lembradas. Diante delas, a posição mais recomendável é de extrema cautela, sem que isto signifique sua automática rejeição. Com efeito, dependendo das circunstâncias do caso concreto, operações invertidas, em sequência, entre partes relacionadas etc. podem ser justificadas e merecerem a proteção do ordenamento mediante a produção de todos os efeitos fiscais que delas decorrem, inclusive a redução da carga tributária.

11. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN

Em 2001, pela Lei Complementar nº 104 foi introduzido o parágrafo único ao art. 116 que admite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos celebrados com o fim de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, atendidos os procedimentos previstos em lei.

Parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, pois feriria a legalidade e a tipicidade da tributação, além de autorizar a tributação por analogia. A constitucionalidade do dispositivo foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (ADI-2446 de 2001), portanto há mais de quinze anos. Ainda não houve nenhum pronunciamento nestes autos, nem mesmo liminar.⁹

Não vejo inconstitucionalidade formal nem material no dispositivo. Ele apenas explicita o que já decorria do ordenamento, ou seja, não há proteção a condutas que visem neutralizar a eficácia ou a imperatividade de seus preceitos. Estas podem ser desconsideradas pelo Fisco independente de recorrer ao Poder Judiciário; nega-se eficácia às operações sem que seja indispensável questionar sua validade.

A aplicação desta norma depende de lei ordinária (federal, estadual, distrital ou municipal) que discipline os respectivos procedimentos de desconsideração, mas, ao ser editada a lei integrativa, os procedimentos previstos podem ser aplicados a eventos ocorridos anteriormente, como é próprio das leis procedimentais.

Há dúvidas quanto ao perfil que devem ter estes procedimentos, posto que devem assegurar os direitos fundamentais consagrados na CF/88, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal material. Dentre tais exigências a atribuição deste poder de desconsiderar a um órgão colegiado (e não a um órgão unipessoal da administração tributária) é exigência que decorre das garantias constitucionais.

12. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA DO CONTRIBUINTE

Hipótese distinta da prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN consiste na possibilidade de o Fisco requalificar juridicamente os atos praticados pelo contribuinte. Para tanto, é indispensável que o Fisco se apoie na prova de fatos realizados que componham uma categoria jurídica distinta daquela assumida pelo contribuinte.

O processo de requalificação se assemelha à conversão do negócio jurídico atualmente prevista no Código Civil, mas, repita-se, depende da existência da prova de fatos suficientes a indicar que a natureza jurídica do negócio é diversa daquela apresentada, ou defendida, pelo contribuinte.

Para tanto, não basta invocar fórmulas abstratas ou apoiar-se em conjecturas ou suposições de fatos, nem mesmo substituir-se ao contribuinte na avaliação das circunstâncias e na tomada da decisão sob escrutínio. Para requalificar, exige-se do Fisco um duplo ônus da prova: prova de que o negócio realizado pelo contribuinte não é aquele que ele sustenta ser e prova que o negócio realizado pertence a outra categoria. Sem atender a este duplo ônus da prova, descabe a requalificação.

Na requalificação não se está perante utilização de analogia, nem se trata de extrapolar a legalidade tributária. Trata-se apenas de determinar a real natureza jurídica da operação e submetê-la à norma tributária pertinente.

Feita a requalificação, porém, é preciso assegurar a aplicabilidade integral do ordenamento tributário relativamente a essa nova natureza que foi reconhecida. Ou seja, se algo vier a ser devido pelo novo

⁹ Acesso ao sítio www.stf.jus.br em 26.08.2016.

enquadramento, também poderá ocorrer que algo deva ser devolvido ao contribuinte (ou deduzido do que se pretende cobrar) por ter sido recolhido em função da qualificação afastada pelo Fisco. E isto não apenas no âmbito do imposto ou contribuição que seja objeto imediato da ação do Fisco, mas de todos os impostos e contribuições de competência da entidade tributante que tenham se apoiado na qualificação anterior. Vale dizer, uma requalificação que enseje uma cobrança de imposto sobre a renda pode gerar reflexos na Cofins ou no IOF, cujos valores devem ser recalculados em função da nova qualificação, posto que o Fisco só tem legitimidade para cobrar o que ainda não recebeu.

Nem se diga que o que foi pago pelo contribuinte o foi “a outro título” e que não cabe “compensar” estes valores. A questão é outra. Os recolhimentos feitos o foram ao título jurídico adequado à luz da qualificação jurídica feita pelo contribuinte e terá sido o Fisco a afastá-la (não o contribuinte) para que outra qualificação prevalecesse. Portanto, o tratamento do ocorrido (qualificação mais recolhimentos) deve ser visto em bloco como um conjunto e dessa forma produzirá efeitos. Ou seja, o recolhimento anterior se deu apoiado na qualificação defendida pelo contribuinte, se o Fisco substitui esta qualificação, o recolhimento feito deixa de se apoiar no “título” anterior e passa a se apoiar no novo “título” defendido pelo Fisco. Daí ser imperativo considerar os pagamentos anteriormente feitos no seu conjunto.

13. REFLEXOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O Código Civil de 2002 trouxe importantes reflexos no tema do planejamento tributário.

O art. 421 do Código Civil estabelece claramente que a liberdade de contratar não é absoluta. Além de estar submetida a limites, ela só pode ser realizada “em razão” da função social do contrato. Vale dizer, se previamente ao seu exercício houver um motivo que demonstre estar em sintonia com a função social do contrato celebrado.

O motivo do negócio jurídico assume maior relevância sendo mencionado para vários fins (art. 138 a 140), além de ensejar uma nova hipótese de nulidade quando o motivo determinante comum a ambas as partes for ilícito (art. 166, III).

Consagrou-se expressamente a figura da fraude à lei como hipótese de nulidade do negócio jurídico (art. 166, VI).

A simulação não é mais hipótese de anulabilidade, mas sim de nulidade do negócio jurídico (art. 167).

Modificou-se o regime das nulidades que se tornou muito mais rigoroso (arts. 168 e 169).

Além disso, o Código prevê a possibilidade de conversão do negócio jurídico nulo em outro desde que tenha os requisitos deste e quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade (art. 170).

Esta última figura é particularmente importante em matéria tributária, pois, frequentemente, o cerne das divergências entre Fisco e contribuinte está na qualificação jurídica a ser dada a determinadas operações realizadas. Terá sido uma cisão seletiva ou uma alienação de participação societária? Será uma alienação de quotas ou uma venda do imóvel (único ativo) daquela pessoa jurídica?

A existência desta figura aponta no sentido de encontrar-se o efetivo enquadramento tributário das operações, eventualmente através da sua conversão para fins fiscais.

Por fim, o abuso de direito é considerado ato ilícito (art. 187) o que afasta, liminarmente, qualquer planejamento que se pretenda apoiar em atos que excedam manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito exercido, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Como cláusulas abertas, estes três limites serão definidos diante de cada caso concreto e não em abstrato.

14. SUGESTÃO DE CRITÉRIOS DA ANÁLISE DAS OPERAÇÕES

Diante deste quadro complexo, podem ser lembrados quatro critérios a serem utilizados no exame das operações realizadas pelo contribuinte.

Estes critérios não são os únicos possíveis, nem são, necessariamente, os melhores; são apenas aqueles que a experiência vivida permitiu até o momento elaborar. Portanto, sujeitam-se a críticas e podem envolver aperfeiçoamentos ou mesmo resultarem no seu abandono caso se demonstrem inadequados.

Estes critérios sugeridos funcionam como peneiras sucessivas com tela cada vez mais fina de modo a circunscrever progressivamente o conjunto de situações que por elas passam. Operação que não resistir à aplicação de um dos critérios será objetável pelo Fisco, desde que este tenha atendido aos demais requisitos de sua ação, por exemplo, atendimento ao ônus da prova, existência de lei prevendo a incidência etc.

Os dois primeiros critérios têm natureza “negativa”, pois se apoiam em defeitos identificáveis na operação. São eles: a) a legalidade e licitude dos atos e da operação realizada; e b) a inexistência de patologias do negócio jurídico (simulação, fraude à lei, abuso) sejam as que afetem a validade do negócio sejam as que possam corresponder a uma hipótese de ineficácia perante o Fisco (abuso de formas).

Os dois critérios subsequentes têm natureza “positiva”, pois buscam identificar na conduta do contribuinte qualidades cuja existência é essencial para assegurar os efeitos tributários pretendidos. São eles: c) um critério focado no plano interno do negócio jurídico que dá relevo a motivo e finalidade ligados à operação bem como à congruência destes com o negócio celebrado e à respectiva causa jurídica (ou propósito negocial na terminologia adotada por Orlando Gomes, termo que é com este sentido por mim utilizado); d) um critério focado na dimensão externa ao negócio jurídico em que se perquire sua inserção no âmbito do empreendimento desenvolvido pelo contribuinte e no seu planejamento estratégico.

É certo que a aplicação destes critérios pode comportar dificuldades e divergências. Mas inegavelmente são um quadro referencial possível para fins de assegurar um acompanhamento e controle do processo de análise e enquadramento das operações para fins tributários.

15. A QUESTÃO DAS PENALIDADES

Questão que surgiu nos últimos anos com especial relevância é a das penalidades aplicáveis no caso de planejamentos tributários não aceitos pelo Fisco.

Tendência que se nota na prática é a de pretender enquadrar estas operações como condutas dolosas configurando infração da maior gravidade a ponto de deflagrar aplicação de multa de 150% e até mesmo representação fiscal para fins penais.

É preciso muita cautela neste tema.

De um lado, porque dolo é evento que supõe a prova cabal da sua ocorrência e não se pode confundir o querer realizar o negócio com o dolo no sentido de ter a intenção deliberada de lesar o bem jurídico protegido pela lei tributária ou tributário-penal.

De outro lado, porque inúmeras situações que envolvem planejamento tributário ensejam dúvidas quanto à qualificação jurídica dos fatos ocorridos e, portanto, dúvida quanto à existência ou não da conduta infracional, hipótese que o art. 112 do CTN indica deve afastar a aplicação de penalidades.

De fato, se há duas qualificações jurídicas possíveis, uma afirmando a existência do fato gerador (de que decorreria a conduta infracional) e outra negando-a, a lei que define a infração deve ser interpretada de modo mais favorável ao sujeito passivo (no sentido da inexistência da infração). Sublinhe-se: existência do tributo, mas inexistência da infração punível com a multa de ofício ou de 150% (remanescendo apenas a multa moratória).

Nem se diga que esta consequência não encontraria maior respaldo no CTN.

Com efeito, além do seu art. 112 que é suficiente para apontar nessa direção, é preciso lembrar que o art. 142 estabelece categoricamente caber ao lançamento apenas “sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Este dispositivo reúne duas pretensões titularizadas pelo Fisco: a pretensão arrecadatória quanto ao tributo e a pretensão punitiva relativa às infrações. Distintas pretensões submetidas a distintos regimes jurídicos.

Assim, a expressão “sendo caso” significa que “nem sempre é caso” de aplicar penalidades e podem existir situações em que “não seja o caso” de aplicá-las. Por isso, ao lançamento cabe apenas “propor a aplicação” o que supõe ato dirigido a alguém que irá decidir se é, ou não, o caso de aplicar as penalidades.

Esta distinção entre pretensão arrecadatória e pretensão punitiva sujeitas a distintos regimes no âmbito do CTN é particularmente relevante nos casos em que, durante o processo administrativo, atinge-se um momento decisório de empate quanto à procedência ou não da pretensão arrecadatória (é o caso do empate durante julgamento no âmbito do CARF).

Nestes casos, é precisar superar o impasse de mérito quanto à pretensão arrecadatória (aqui não será examinado o tema do denominado “voto de qualidade” ou “voto de Minerva”), mas a existência do empate é, em si mesma, a materialização de uma dúvida quanto à existência do pressuposto da infração, o que enseja aplicação do art. 112 do CTN e indica “não ser o caso” de aplicar a penalidade de ofício.

Note-se que, nesta hipótese, o CARF não estará dispensando a penalidade nem cancelando-a. Como, por definição legal, o CARF é órgão paritário e julgador, cabe-lhe decidir (julgando) se há ou não procedência na proposição de aplicação de penalidade feita no bojo do lançamento. Portanto, ao afastar a proposta de aplicação ele estará apenas negando-lhe procedência no caso concreto, sem nada dispensar ou cancelar.

16. CONCLUSÃO

A experiência brasileira até aqui vivida no âmbito tributário quanto ao denominado planejamento tributário mostra grandes desafios a serem enfrentados: seja a complexidade da legislação e das operações realizadas, seja a imperiosa necessidade de serem construídos critérios para o exame destas operações e para a definição da aplicabilidade das respectivas penalidades.

Daí a importância de doutrina e jurisprudência, mais do que elaborarem teorias ou se limitarem a solucionar casos concretos, contribuir, lado a lado, para a identificação dos critérios adequados a aplicar como condição de previsibilidade das consequências que podem ser deflagradas, tanto para o contribuinte quanto para o Fisco.

Em suma, em tema de planejamento tributário não há respostas prontas, mas respostas a serem construídas.

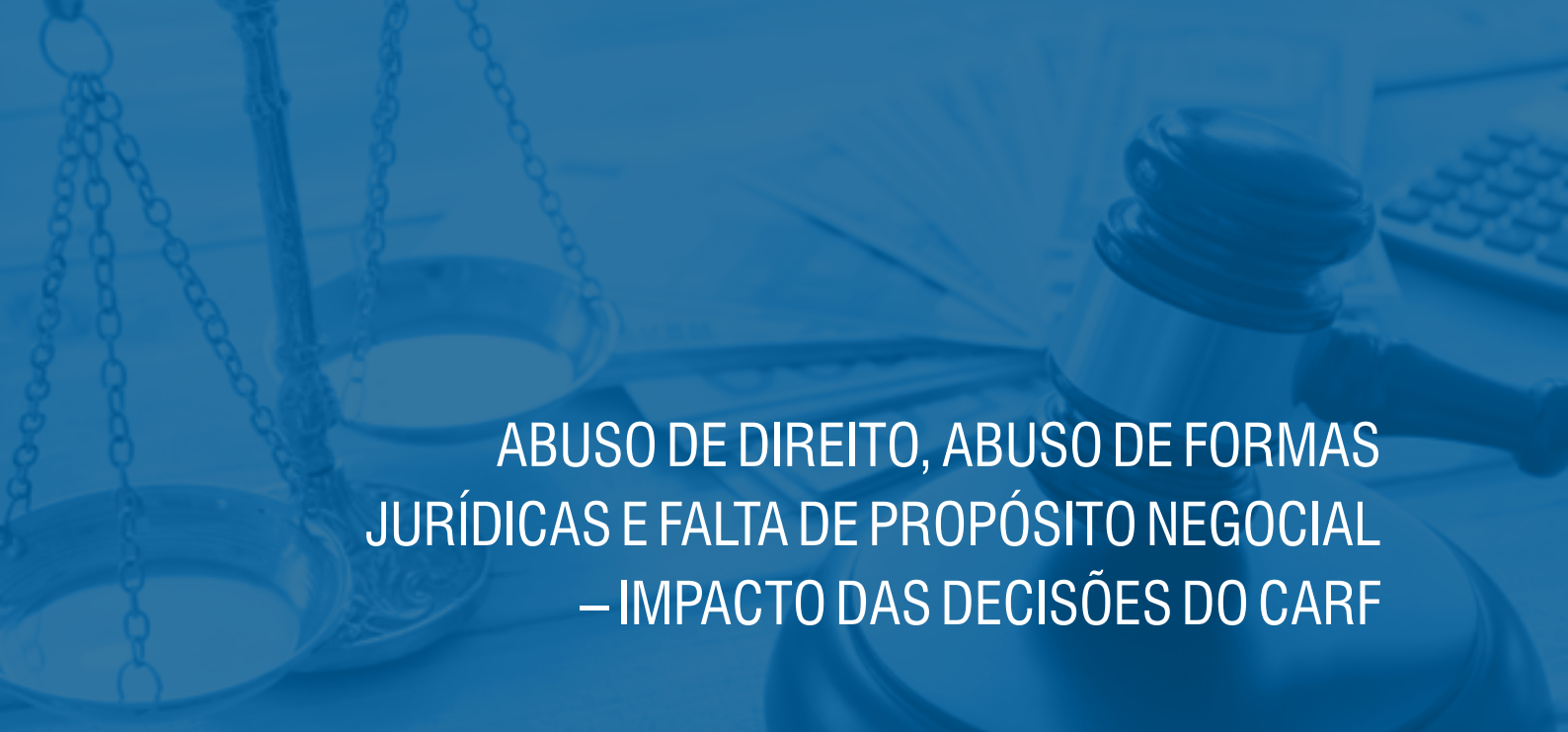
17. REFERÊNCIAS

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário (2011)*. São Paulo: Dialética, 3ª ed., 2011.

GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no direito tributário brasileiro. Brasília. *Revista da PGFN*. v. 1, n. 1, p. 9-18, 2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-i-numero-i/greco.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coords.) *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NABAIS, José Casalta. *Dever fundamental de pagar impostos*. [S.l.]: Almedina, 2009.



ABUSO DE DIREITO, ABUSO DE FORMAS JURÍDICAS E FALTA DE PROPÓSITO NEGOCIAL – IMPACTO DAS DECISÕES DO CARF

Paulo Roberto Riscado Junior*

Resumo: O controle dos planejamentos tributários abusivos decorre da restrição da liberdade de auto-organização em nome dos princípios da igualdade e capacidade contributiva. O fato de, salvo importantes exceções, não haver no Brasil desenvolvimento de conceitos dogmáticos apropriados para coibir o exercício abusivo do direito de auto-organização não impediu que a jurisprudência administrativa desenvolvesse técnicas, como a substância sobre a forma e a interpretação para preservar a eficácia da lei, e assim evitar os planejamentos tributários agressivos.

Abstract: *Control of aggressive tax planning in Brazil is based on the restriction of the taxpayers freedom to organize their business on behalf of the principles of equality and ability to pay. The little development, in Brazil, of appropriate dogmatic concepts to curb the abusive tax planning, did not prevent the administrative case law to develop techniques such as substance over form and the interpretation to preserve the effectiveness of the law, and thus prevent aggressive tax planning.*

*Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Coordenador da Atuação da PGFN perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Procurador-Geral da Fazenda Nacional durante o período de agosto a dezembro de 2015. Atualmente, é Consultor Jurídico Substituto do Ministério das Cidades.

SUMÁRIO

- 1. A JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA SOBRE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS E O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO À LIBERDADE**
- 2. A TÉCNICA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA**
- 3. A TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO PARA EVITAR A INEFICÁCIA DA LEI**
- 4. CONCLUSÕES**
- 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. A JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA SOBRE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS E O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA PROTEÇÃO À LIBERDADE

O valor segurança jurídica se concretiza de diferentes modos. No Direito Tributário, pode-se, em tese, alcançar a segurança jurídica quando se constata uma certa estabilidade de sentido de normas jurídicas de imposição de obrigações tributárias, obtida mediante trabalho doutrinário e jurisprudencial.

A segurança jurídica é direito fundamental do cidadão e, no caso do Direito Tributário, torna-se aspecto do princípio da legalidade tributária. Dentro dessa lógica a norma de Direito Tributário possui um sentido, obtido mediante interpretação, e a partir daí as situações concretas que não estariam abrangidas pela norma representariam lacunas. A equiparação dessas situações sem uma regulação específica às hipóteses de incidência previstas na lei representaria “tributação por analogia”, algo proibido (na forma do art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional).

A lei tributária pode se referir a situações que implicam no pagamento de tributo sem que seja necessário o recurso a conceitos elaborados em outros ramos do Direito. Por exemplo, quando estipula que um percentual de toda receita ou renda recebida pelo contribuinte deve ser destinado ao Estado, estará instituindo um conceito próprio de atividade econômica que indicará a riqueza e justificará o pagamento do tributo.

Porém, a lei tributária pode se referir a um conceito desenvolvido pelo direito privado. O Código Tributário Nacional se refere a essa possibilidade nos arts. 109 e 110. Esses artigos reiteram o entendimento de que o Código Tributário Nacional encampou a ideia de que o valor segurança jurídica é concretizado mediante a adoção de técnicas de estabilização do sentido da norma, chegando ao ponto de proibir que o intérprete, ao se deparar com um conceito de direito privado referido na lei tributária, se utilize de outras fontes que não a própria lei civil (e a jurisprudência e doutrina que a integram) para pesquisar o seu significado.

Mas o princípio da legalidade tributária e o correspondente princípio da segurança jurídica teriam como corolário o direito de economizar tributo?

Argumenta-se que a economia de tributos por intermédio do aproveitamento das situações não previstas em lei seria um direito resultante do próprio entendimento do que significa o princípio da legalidade tributária. Se este princípio garante que o particular somente será tributado se determinados fatos ocorrerem, entende-se, *a contrario sensu*, que seria livre para exercer a sua atividade de forma a praticar o negócio jurídico menos oneroso do ponto de vista fiscal.

Assim, um efeito da segurança jurídica decorrente do princípio da legalidade seria permitir ao contribuinte a economia de tributo. A estabilização do sentido da norma definiria tanto o recorte de realidade, a partir do qual nasceria a obrigação tributária, quanto o espaço autorizado para o contribuinte exercer a sua atividade econômica sem o pagamento de tributos. Isso significaria permissão para (i) elaborar argumentações e interpretações para fixar um determinado sentido para a norma, o qual, automaticamente, indicaria os fatos que não resultam em tributação; (ii) organizar sua atividade de forma a aproveitar a lacuna legal, e assim manifestar a riqueza, mas por meio de um negócio jurídico não tributado ou com tributação reduzida.

Necessário ainda lembrar, nessa mesma linha, outro possível efeito da segurança jurídica. Como é notório, o Estado concede, usualmente, isenções, imunidades, benefícios fiscais, remissões, anistias etc. Existem ainda as denominadas “opções fiscais”, que são os distintos regimes de apuração e pagamento de tributo, que podem acarretar em redução da carga tributária. Alega-se que, ao atribuir o efeito de exclusão ou redução da carga tributária a determinados fatos, a lei estaria permitindo ao contribuinte adaptar e mesmo alterar a forma com que, juridicamente, seus negócios são organizados, de forma a obter a economia fiscal instituída na lei.

É importante perceber que a economia de tributo que seria permitida por essa versão do princípio da segurança jurídica, a qual vamos denominar a partir de agora de “planejamento tributário”, se concretiza mediante a utilização concomitante de duas técnicas argumentativas. Uma, o trabalho de interpretação que “estabiliza” o sentido da lei. Outra, a ideia da “plasticidade” dos negócios jurídicos, decorrente, é certo, da dinâmica empresarial e econômica, que é o instrumento que permite ao contribuinte se afastar (ou ingressar, se a lei for benéfica) no âmbito de incidência da norma tributária. Essas técnicas é que, teoricamente, poderiam diferenciar o planejamento tributário dos ilícitos frontais à lei tributária, como a fraude e a sonegação, apesar de, na prática, essa distinção nem sempre estar muito clara.

A argumentação de que o direito à economia de tributo é um corolário lógico da legalidade tributária expõe o dilema entre o princípio da igualdade e da capacidade contributiva e o princípio da proteção à propriedade e liberdade, todos valores essenciais para a vida social.

É que o alegado direito de economizar tributo, ou seja, de se colocar à margem da incidência tributária, significa defender o direito de frustrar a arrecadação que o Estado pretendeu obter quando o tributo foi criado e, por consequência, o financiamento de ações que beneficiam toda a sociedade. Ou seja, se o tributo, como previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional, é uma “prestação pecuniária compulsória, o planejamento tributário coloca em causa, em última análise, a sua compulsoriedade.

Esse dilema, que talvez pudesse ser menosprezado em sociedades economicamente prósperas e desenvolvidas, ou em sociedades sem canais democráticos de manifestação, fica evidente em sociedades subdesenvolvidas e em que a desigualdade econômica é extremamente aprofundada, nas quais o Estado funciona como o grande agente de redistribuição de renda.

A questão é que o estudo doutrinário dos planejamentos tributários sob o viés da valoração das condutas à luz do princípio da igualdade e da capacidade contributiva é, salvo exceções, pouco aprofundado no Brasil. A título integralmente especulativo, tal omissão pode ter sido responsável por certa postura da antiga jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, condescendente com planejamentos tributários de difícil justificação, sob o argumento de que somente o legislador poderia colmatar as lacunas ou corrigir benefícios fiscais mal projetados.

Entretanto, a análise da evolução da jurisprudência administrativa acerca do planejamento tributário mostra que a imposição de limites ao alegado direito à economia de tributos expressa não só uma inflexão em face do pensamento tradicional brasileiro sobre esse tema, mas revela que os casos são resolvidos por meio de restrição ao princípio da liberdade e da proteção à propriedade, restrição essa que se justifica a partir da necessidade de prestígio à isonomia tributária e à capacidade contributiva, ainda que pouquíssimos acórdãos esclareçam que é dessa ponderação que se trata.

É interessante que o estudo da jurisprudência administrativa em casos de planejamento tributário abusivo também revela pouco recurso a conceitos jurídicos como o abuso de direito, fraude à lei, a boa-fé, função social do contrato e da propriedade, bem como a cláusula geral antielisiva do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional.

Com efeito, uma rápida pesquisa na jurisprudência dos últimos anos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais mostra que são poucas as menções a esses conceitos nos julgamentos de litígios acerca de planejamentos tributários, sendo que em alguns acórdãos argumenta-se, justamente, que são imprestáveis para a solução dos casos concretos.

Ocorre que os julgadores não se furtam à análise do exercício excessivo do direito à auto-organização. Ou seja, a jurisprudência se vale de uma interpretação de conceitos originalmente formatados para casos de infração frontal e evidente à norma (fraude, simulação), justamente para desconsiderar os negócios jurídicos praticados com finalidade única de economizar tributo, ou seja, que representem um exercício excessivo do direito à auto-organização e que atentam contra o princípio da igualdade.

Por exemplo, Marciano Godoi (GODOI, 2007) mostra que o significado de “cláusula não verdadeira”, que caracteriza a simulação, abriu ao intérprete a possibilidade de utilizar o instrumento da preponderância da substância sobre a forma para caracterizar a existência de fraude em casos concretos de planejamentos tributários.

Na verdade, é irrealista pensar que o aplicador da lei adotará uma posição passiva e omissa diante do exercício abusivo do direito de auto-organização. Posto o litígio em torno de planejamentos tributários abusivos, a possibilidade de contenção dos abusos naturalmente se impõe, assim como a elaboração dos instrumentos e técnicas argumentativas para avaliar a legitimidade dos planejamentos tributários.

2. A TÉCNICA DA SUBSTÂNCIA SOBRE A FORMA

O primeiro ponto, que merece atenção, é que a premissa para a economia de tributos, que é a estabilização do sentido da norma e o acatamento à liberdade de auto-organização, somente possui efeito prático caso a autoridade responsável pela cobrança dos tributos concorde com o sentido que o contribuinte atribuiu à lei e ao negócio jurídico.

Ora, se o planejamento tributário é a busca pelos negócios jurídicos em tese não submetidos à hipótese de incidência da lei fiscal, estamos no campo da criatividade na manipulação das formas jurídicas (até porque a forma usual seria normalmente aquela já objeto de regulação, que implica em maior ônus tributário).

Uma operação econômica pode ser instrumentalizada juridicamente de inúmeros modos, e em matéria de redução dos custos fiscais é grande a criatividade. Porém, a complexidade inegável dos negócios jurídicos praticados para obter a economia de tributos impede que se tenha total clareza sobre o significado das operações praticadas pelos particulares.

Ora, o contrato representa “a veste jurídico-formal de operações econômicas” (ROPPO, 1988). Por essa razão, a interpretação dos negócios jurídicos que visam à economia de tributo implica, naturalmente, na pesquisa do sentido da operação econômica que está sendo declarada no contrato. Ou seja, a interpretação do negócio jurídico implica a pesquisa da sua “substância econômica”.

Haveria, aqui, uma reabilitação da corrente interpretativa que advogava a “interpretação econômica” no Direito Tributário? Sobre o significado da interpretação econômica, veja-se este comentário (BARROS, 1975):

O direito tributário não é diferente dos outros ramos do direito. Aceita todos os critérios de interpretação existentes em outros ramos do direito, mas tem algo mais, tem uma preocupação ligeiramente diferente. Qual é esse enfoque, essa ótica diferente, no direito tributário? Neles o que se procura é o atendimento do objetivo buscado pelos interessados. Leva-se em conta o fim visado pelas partes. Os objetivos são diversos, pois ao direito privado o que interessa é a regulação de direitos privados, particulares. É o chamado princípio da autonomia da vontade; enquanto ao direito tributário (que é direito público) convém a prevalência do interesse público. Essa é uma distinção de enfoque e não é uma afirmação de todo estranhável, ou que possa ser repelida pelos próprios civilistas, uma vez que a nossa Lei de Introdução ao Código Civil declara, textualmente, que, na aplicação da lei em geral, o juiz atenderá aos fins sociais a que se destina e às exigências do bem comum. Há, então, diversos motivos de preocupação.

Ao direito privado interessa o princípio da autonomia das vontades e ao direito tributário (como direito público) interessa o objetivo visado pelas partes, pelos interessados e prevalece o interesse público. Isso significa que (embora não de maneira absoluta, total) ele abstrai a forma dos atos, para se preocupar apenas com a sua substância. Adquire relevância especial a substância dos atos, muito mais do que a sua própria forma. Em outras palavras: tem em mira mais a realidade econômica subjacente nas relações jurídicas do que a forma léxica, verbal de explicitação ou exteriorização dos negócios, dos atos jurídicos, das transações.

Entende-se que a “interpretação econômica” em Direito Tributário permitiria ao Estado, com base na supremacia do interesse público sobre o privado, desconsiderar os negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, sem a necessidade de basear essa desconsideração em prova da existência de ato irrazoável ou ilícito.

Não é disso que se trata. Em primeiro lugar, a desconsideração dos planejamentos tributários *a priori* é insustentável em um Estado republicano. No caso brasileiro, é indubitável a atribuição à Autoridade Administrativa responsável pelo lançamento do tributo, do ônus de apresentar as provas e argumentos que fundamentem a acusação de que o contribuinte realizou planejamento tributário abusivo.

Ocorre que a interpretação do negócio jurídico não se dá somente a partir dos instrumentos contratuais elaborados pelos contribuintes, mas também com base em elementos probatórios que podem demonstrar a incompatibilidade (ou compatibilidade) entre o que foi declarado e a real atividade econômica. Ou seja, a contraposição de substância sobre a forma está, fundamentalmente, baseada em análise de provas.

O estudo dos julgamentos sobre a conhecida operação “casa e separa”, pela antiga Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, mostra bem a evolução do *standard* da substância sobre a forma.

Nas primeiras vezes em que aquele colegiado se debruçou sobre esse tipo de planejamento, que visa reduzir a zero o imposto de renda sobre o ganho com a venda de participações societárias, por meio de uma operação de aumento e posterior redução de capital em benefício do adquirente das participações, ao invés da compra e venda direta, não colocou em dúvida o negócio jurídico declarado pelo contribuinte. Admitiu-se ainda que o direito de economizar tributo justificaria a manipulação de formas jurídicas, e portanto não caberia negar os efeitos do negócio jurídico praticado apenas porque resultaria em redução da carga tributária. Confira-se a ementa e trecho do voto condutor no acórdão 101-93.704:

GANHO DE CAPITAL – ACRÉSCIMO DO CUSTO, ANTES DA ALIENAÇÃO DO INVESTIMENTO, POR SUBSCRIÇÃO DE NOVAS AÇÕES COM ÁGIO NA INVESTIDA – Se todas as operações que precederam a alienação do investimento estão efetivamente comprovadas, foram operações independentes e possíveis de serem realizadas, não pode o Fisco ignorá-las para considerar que tivesse ocorrido um único negócio

(...)

Não há dúvida de que as operações, tal como praticadas, tiveram por objetivo diminuir o ônus tributário. Aliás, isto está declarado na Ata da AGE que aprovou a proposta de compra das ações pela (...) (que afinal foi concretizada com a (...)), que registra: ‘competirá à proponente e à Comissão de Liquidação da COOPERATIVA buscar a forma jurídica e legal mais adequada e econômica do ponto de vista tributário à implementação dos objetivos manifestados neste instrumento’. Resta definir se o que ocorreu foi um recurso a meio legítimo para pagar menos tributo (planejamento tributário), ou uma simulação, meio fraudulento em prejuízo da Fazenda Nacional.

(...)

O presente caso enquadra-se perfeitamente na caracterização de negócio indireto descrita pelo Professor Alberto Xavier. Efetivamente, as partes queriam e realizaram negócios jurídicos (aumento de capital na (...) pela (...) com registro de ágio na investida e subsequente alienação do investimento da Cooperativa na (...) à (...)) para atingir indiretamente economia de tributos. O fim típico do aumento de capital na (...) pela (...) foi efetivamente querido, só que se limitou a funcionar como condição ulterior de economia de tributos, essencial na determinação volitiva das partes. Não restou caracterizada a declaração enganosa de vontade.

Veja-se a distinção entre “negócio jurídico indireto” e “negócio simulado”, sendo que o critério de distinção desses conceitos é que as partes, no negócio indireto, “querem” realizá-lo, o que não acontece no

negócio simulado. Este “querer” é justificado pelo fato de que, com o negócio indireto, o contribuinte obtém o mesmo efeito econômico, mas com redução de tributos.

Ora, é algo óbvio que o planejamento tributário sempre é “querido”. A questão não é essa, mas sim provar que o negócio jurídico declarado é efetivo, ou seja, que corresponde a uma verdadeira operação econômica.

Posteriormente, a mesma Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, com composição muito parecida, passou a julgar que a profunda incompatibilidade entre a operação econômica e o negócio declarado implicaria em simulação. Confira-se a ementa e um trecho do voto condutor do acórdão 101-95.537:

OPERAÇÃO ÁGIO – SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQUENTE CISÃO – VERDADEIRA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO – Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz. Subscrição de participação com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao ágio, traduz verdadeira alienação de participação societária.

(...)

No caso dos autos isso é patente. Trata-se de conhecido planejamento de venda de participação societária, visando afastar tributação sobre ganho de capital. Ao invés de alienação direta, recebe-se um novo sócio, com investimento acima do valor patrimonial, ou seja, com ágio, retirando-se da sociedade incontinentem o sócio mais antigo, levando consigo os valores monetários, enquanto o novo sócio permanece com as ações que originalmente pretendia adquirir. Pode ser o total da participação ou apenas parte dela, mas sempre visando escapar do ganho de capital que seria gerado na parte das ações que se pretendia alienar.

(...)

Não há qualquer desejo de associação verdadeira. Ou se existir, pela remanescente participação, de fato o que se quer é conferir participação maior ao adquirente daquela que ele mesmo conferiu inicialmente, em percentual sempre ínfimo, pois o restante de sua inversão se faz através de ágio, não tributável, cuja contabilização no patrimônio líquido, em conta diversa da do capital, beneficia a todos os antigos proprietários da empresa.

(...)

Por todos esses aspectos é que considero não oponível ao fisco a forma de apresentação adotada pela contribuinte, devendo ser cobrado o tributo correspondente ao ganho de capital efetivamente existente, que traduz a verdadeira capacidade contributiva existente nos fatos apresentados.

Cabe ressaltar que não se está a utilizar de analogias ou interpretações de cunho econômico. Para que essas formas de interpretações sejam aplicadas é necessário que os fatos cotejados possuam substrato econômico efetivo, com efeitos semelhantes ou idênticos. No caso, o que se está a fazer é perquirir qual o verdadeiro fato, já que não há conteúdo material pela forma apresentada, pois, como visto acima, todos os efeitos derivados da associação e do ágio conferido nunca puderam ser produzidos, seja por força contratual ou pelo mecanismo adotado na realização do negócio.

Perceba-se a utilização da técnica da “substância sobre a forma” no julgamento do “casa e separa”. A operação societária (associação entre empresas e posterior cisão desta associação) é incompatível com a operação econômica que se pretendia efetuar (alienação do controle da sociedade), acarretando a caracterização de planejamento tributário abusivo.

Note-se que a mudança na jurisprudência ocorreu sem que se pusesse em dúvida a doutrina tradicional sobre o planejamento tributário (ao contrário, busca-se esclarecer que os julgadores não estão se valendo de analogia). Isso porque não houve, pelo menos expressamente, menção à necessidade de evitar o exercício excessivo do alegado direito de economizar tributo, apesar de toda a fundamentação do acórdão demonstrar que o contribuinte se valeu de um expediente desarrazoado para evitar a tributação do ganho de capital.

Assim, a fundamentação, correta, de que o negócio jurídico é inválido por não possuir substância econômica, resulta no enquadramento do planejamento tributário como simulação, em vista da existência de “cláusula não verdadeira”.

Será que esse planejamento tributário poderia ser classificado como exercício abusivo de direito, que atentaria contra o princípio da igualdade e da capacidade contributiva? Talvez sim, mas, provavelmente, tal posicionamento estaria sujeito a críticas mais severas por parte da doutrina, que não admite esse tipo de ponderação de princípios em Direito Tributário.

Essa linha de análise, de que o acórdão 101-95.537 é exemplo, se demonstrou extremamente útil na apreciação de casos concretos de planejamento tributário e ganhou ampla aceitação na jurisprudência, como se pode ver nos recentes julgamentos da Câmara Superior de Recursos Fiscais sobre a operação “ágio interno”, a exemplo do acórdão 9101-002.301:

CONDIÇÕES PARA AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. TESTES DE VERIFICAÇÃO. A cognição para verificar se a amortização do ágio passa por verificar, primeiro, se os fatos se amoldam à hipótese de incidência dos arts. 385 e 386 do RIR/99, segundo, se requisitos de ordem formal estabelecidos encontram-se atendidos, como arquivamento da demonstração de rentabilidade futura do investimento e efetivo pagamento na aquisição, e, terceiro, se as condições do negócio atenderam os padrões normais de mercado, com atuação de agentes independentes e reorganizações societárias com substância econômica.

AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. INVESTIDOR E INVESTIDA. MESMA UNIVERSALIDADE. Os arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532, de 10/12/1997, se dirigem às pessoas jurídicas (1) real sociedade investidora, aquela que efetivamente acreditou na mais-valia do investimento, fez os estudos de rentabilidade futura, decidiu pela aquisição e desembolsou originariamente os recursos, e (2) pessoa jurídica investida. Deve-se consumir a confusão de patrimônio entre essas duas pessoas jurídicas, ou seja, o lucro e o investimento que lhe deram causa passam a se comunicar diretamente. Compartilhando do mesmo patrimônio a controladora e a controlada ou coligada, consolida-se cenário no qual os lucros auferidos pelo investimento passam a ser tributados precisamente pela pessoa jurídica que adquiriu o ativo com mais-valia (ágio). Enfim, toma-se o momento em que o Contribuinte aproveita-se da amortização do ágio, mediante ajustes na escrituração contábil e no LALUR, para se aperfeiçoar o lançamento fiscal com base no regime de tributação aplicável ao caso e estabelecer o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

Percebe-se que o planejamento tributário do “ágio interno” decorre de uma interpretação dos arts. 7º e 8º da Lei 9.532, de 1997, bem como do art. 36 da Lei 10.637/2002, no sentido de que essas leis teriam instituído um benefício fiscal. Assim, o contribuinte organiza uma operação societária, sem substância econômica, somente para poder gozar desse suposto benefício.

Ora, independentemente da polêmica sobre se se trata de benefício ou não, a amortização de ágio na aquisição de investimento depende, obviamente, da existência do ágio. Melhor dizendo, não é porque há autorização para amortizar o ágio que “qualquer” ágio pode ser amortizado. Ou seja, somente o contribuinte que realiza negócios jurídicos com substância econômica possui direito à amortização do ágio.

Assim, pode-se dizer que a pesquisa da substância econômica, que é a contraposição, mediante análise de provas, do negócio jurídico declarado com os elementos fáticos que delimitam e caracterizam a

operação econômica subjacente ao negócio jurídico, é uma técnica hoje francamente utilizada pela jurisprudência administrativa para a análise de planejamentos tributários, com importantes resultados.

3. A TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO PARA EVITAR A INEFICÁCIA DA LEI

Normalmente, os contribuintes que realizam planejamentos tributários se baseiam em alentados estudos que demonstram a legitimidade da sua conduta. Porém, o exercício do juízo crítico acerca da operação voltada exclusivamente à economia de tributo pode acarretar em diferentes interpretações da norma e dos negócios jurídicos que fundamentaram o planejamento tributário.

Nesse ponto, um aspecto importante a considerar é o de que a interpretação literal da lei não afasta a incerteza e a insegurança.

Primeiramente, o fenômeno da superprodução de normas e o recurso do legislador a conceitos abertos e indeterminados dificultam o entendimento do sentido da lei. O trecho abaixo bem ilustra essa situação bastante contemporânea (FARIA, 2004):

Do mesmo modo como sempre ocorre com a inflação econômica, essa desenfreada e desordenada produção legislativa, chamada por alguns autores 'anomia jurídica' e de 'explosão legal', também costuma encurtar horizontes decisórios, acirrar conflitos, inviabilizar o cálculo racional e, por fim, disseminar uma insegurança generalizada na vida sociopolítica e no mundo dos negócios. Se, no âmbito da economia, a inflação liquida com a reciprocidade de expectativas inerente às bases contratuais e demais alicerces do mercado, no universo do direito positivo ela implode os marcos normativos fundamentais da vida social; impede a certeza jurídica; e ainda acaba contribuindo para reduzir a pó direitos conquistados de modo legítimo. Nas duas inflações o resultado termina sendo basicamente o mesmo: as relações permanentes entre os agentes produtivos e os sujeitos de direito tendem a se dar em termos cada vez mais desordenados e imprecisos, e não institucionalmente balizados, a ponto de, numa situação extrema, tornarem-se praticamente desprovidas de sentido.

(...)

O resultado inevitável da 'inflação jurídica', em síntese, é a desvalorização progressiva do próprio direito positivo, impedindo-o assim de exercer suas funções reguladoras e controladoras básicas por meio de suas normas, suas leis e seus códigos. Em termos de uma situação-limite, portanto, esse corrosivo processo inflacionário terminaria conduzindo à anulação de todo o sistema jurídico e, principalmente, de sua 'unidade dogmática'. E não é difícil compreender por que existe esse risco. Quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, configurando desta maneira um círculo vicioso cuja continuidade na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. 'No limite da extensão do direito', afirma um dos mais argutos observadores desse fenômeno, 'anuncia-se um regime de deveres legais sem que haja qualquer lugar para um direito (...) a inflação do direito traz em si a sua própria morte.

(...)

Tão relevantes quanto esse fenômeno são os problemas de 'recepção' e compreensão por parte da sociedade do ordenamento jurídico inflacionado. Na medida em que se caracteriza pelo inter cruzamento cada vez mais disfuncional de muitas de suas regras e pela 'textura' crescentemente aberta de outras, em face do uso intensivo de cláusulas gerais, normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados, esse ordenamento acaba permitindo as mais variadas leituras. E a tendência é a de que, quanto maior for a complexidade socioeconômica, mais acentuado se torna o caráter polissêmico das normas, por causa desses seus conceitos flexíveis,

porosos, tópicos, indeterminados e programáticos, como, 'bem comum', 'justo equilíbrio', vedação de 'cláusulas contratuais abusivas' e 'proibição de onerosidade excessiva' ou como 'sociedade livre, justa e solidária' (Constituição Federal, art. 3. I), 'abuso de poder' e 'força maior social', obrigando o intérprete a definir seu sentido e seu conteúdo a partir das singularidades dos casos concretos. Essa polissemia tem uma dimensão paradoxal. Se por um lado ela decorre muitas vezes do comportamento às vezes experimental, às vezes errático do legislador, diante do desafio de tipificar situações cada vez mais particulares ou específicas, por outro também resulta de uma estratégia pragmática por ele conscientemente adotada para dar conta daquela complexidade, regulando interesses bastante diversificados numa mesma norma ou, então, conciliando mudança e permanência num dado texto legal.

Talvez em nenhum outro ramo do direito a superprodução de normas e o recurso a conceitos indeterminados sejam tão presentes quanto no Direito Tributário. Em que outro lugar há recurso a tantas formulações como "receita da atividade", "rendimentos", "despesas desnecessárias", "preços praticados em condições normais de mercado", "movimentação financeira", "royalties", etc.?

Por outro lado, a utilização de conceitos indeterminados, abertos, como elementos integrantes da hipótese de incidência do tributo, transmite ao intérprete a ideia de que a lei está se referindo não a um determinado fato gerador, com seu aspecto material, temporal, etc., mas sim a um conjunto de fatos, sendo que caberá ao intérprete da lei a tarefa de identificar quais são eles à luz da finalidade da norma. Sobre o assunto, confira-se o magistério de Saldanha Sanches (SANCHES, 2006):

Se, para além das questões metodológicas e da validade do modelo subsuntivo, considerarmos os princípios de aplicação e de construção da lei fiscal na mera perspectiva da sua adequação à estrutura dos impostos que devem ser objeto de aplicação, teremos de levar em conta a relação entre o objeto do imposto e os modos específicos de obtenção da segurança jurídica. Assim, podemos facilmente concluir que a tentativa de obtenção da segurança jurídica por uma via meramente formal que poderia considerar-se adequada para os impostos de registo – como o Imposto do Selo na sua versão tradicional ou da Sisa, impostos onde dificilmente se podia vislumbrar princípios estruturantes – se mostra já claramente desajustada quando passamos para os impostos que têm como objeto conceitos simultaneamente mais amplos e mais susceptíveis de construção conceptual, como o de rendimento.

Estes conceitos permitem uma interpretação de acordo com a *ratio* da norma que é claramente visível na construção do imposto. O texto normativo começará a recorrer a conceitos muito amplos ('sãos princípios da contabilidade' e 'valorização profissional do contribuinte') que, mesmo quando são aparentemente simples, só podem ser concretizados, nos casos periféricos, mediante um conjunto de valorações que predetermina as conclusões do aplicador.

Os são princípios da contabilidade, para os quais remetia o Código da Contribuição Industrial, correspondem a um amplo conjunto de princípios que jamais poderia ser considerado 'um tipo fechado' e mesmo um conceito como o das 'despesas de valorização profissional do contribuinte' implica uma aplicação de acordo com os princípios que norteiam a tributação dos rendimentos do trabalho. A tipicidade fechada implicaria a não utilização da cláusula geral 'sãos princípios da contabilidade' e a utilização, em vez do conceito indeterminado 'despesas de valorização profissional do contribuinte', de uma enumeração precisa das despesas que poderiam ser objeto de dedução.

O princípio da tipicidade fechada nascia assim como o pecado original da radical desadaptação, mesmo em relação à situação em que já se encontrava o ordenamento jurídico tributário, quando já se começavam a desenhar tendências para uma crescente indeterminação do texto normativo, que só podia ser compensada por uma interpretação teleológica com efeitos restritivos. E isto porque a tentativa de interpretação literal de conceitos de grande amplitude pode conduzir a onerações do sujeito passivo que violam frontalmente o princípio da capacidade contributiva, do mesmo modo que a

tipicidade fechada, se fosse realmente aplicada pelos tribunais, permitiria o recurso a negócios jurídicos em que surgiria com inteira clareza a intenção de contornar a norma fiscal, sem que pudesse haver qualquer reação da Administração.

Obviamente, o impacto destas constatações no planejamento tributário é imenso. Sem a certeza do sentido da norma e dos negócios jurídicos que objetivem afastar o contribuinte da incidência tributária, o planejamento tributário pode se tornar uma aventura, que ao invés de resultar em economia, pode causar grandes prejuízos.

Inclusive, os efeitos econômicos da incerteza no campo tributário são estudados no exterior sob o título de *taxuncertainty*. Recente documento da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) lista uma série de fatores que contribuem para o *taxuncertainty*:

Factors Contributing to Tax Uncertainty

17. Based on the literature and limited discussions with corporate executives and government officials, this section presents an initial list of possible sources of tax uncertainty. Sources of tax uncertainty are grouped five categories: policy design (legislative), policy implementation (regulatory or administrative), judicial interpretation, changes in business and technology, and unique international tax uncertainties.

18. There are many dimensions to tax uncertainty that fall within these broad categories, some of which are listed below:

Policy Design (Legislative)

- Frequency of changes in tax rules
- Temporary provisions (effect on financial statement reporting, effect on long-term investment)
- Retroactive provisions or effect on announcement
- Complexity of the tax code,
- Clarity of provisions: objective vs. subjective rules (General anti-avoidance rules (GAAR) vs. Specific anti-avoidance rules (SAAR))
- Inconsistent changes in tax laws, e.g. reversals in policy

Policy Implementation (Administrative)

- Discretionary authority
- Inconsistent application of rules by different auditors and across time
- Lengthy audit periods and unresolved audits
- Lack of clear dispute resolution process
- Lack of timely dispute resolution
- Lack of guidance on new rules or issues
- Cost of rulings (both monetary and opportunity costs)
- Unpredictable audits
- Early information and communication about tax changes

Judicial Interpretation

- Lengthy judicial resolution
- Costly resolution process

Changes in business and technology

- Application of existing rules (or absence of guidance) to new business activities (fitting square pegs into round holes (e.g. digital economy, new types of assets, new types of services, new types of business models)

Unique international tax uncertainties

- Non-adoption of international standards (e.g. OECD transfer pricing rules)
- Potential double taxation without possible or timely dispute resolution
- Even simple and understandable rules in 50+ countries can be complicated. A single change in tax policy of each of those 50+ countries can be very complex.
- Business exposure to possible tax in multiple jurisdictions without knowing it (e.g. SMEs increasingly operating globally with minimal tax compliance staffing)
- 19. This is an initial listing of possible sources of tax uncertainty. Additional sources are importante to identify and include.

Acontece que a incerteza sobre o sentido da lei não é privilégio da nossa época atual. Há muito que as leis de Direito Tributário definem deveres e obrigações a partir de conceitos indeterminados. Por outro lado, o trabalho doutrinário e jurisprudencial de “estabilização de sentido” da lei, já mencionado nesse artigo, em face da incerteza dos conceitos indeterminados e da jurisprudência, às vezes, assistemática, visa exatamente conferir segurança jurídica às relações entre Estado e particulares.

Assim, se a insegurança é um dado, e se o trabalho de “estabilização de sentido” da lei visa lidar com essa situação, por que existe a percepção de que um planejamento tributário encontra maiores dificuldades para ser bem-sucedido do que em épocas passadas? Será que o trabalho de “estabilização de sentido” da lei não tem mais resultado prático?

Como visto, a “estabilização de sentido” da lei orientada para o planejamento tributário visa obter uma aceção da norma que possibilite ao contribuinte identificar os negócios jurídicos fiscalmente menos onerosos. Ocorre que a percepção de que o alegado direito à economia de tributo não é absoluto, mas deve ser relativizado em face do princípio da igualdade e da capacidade contributiva, valoriza aqueles juízos que evitam a inapropriada redução do âmbito de imperatividade da lei.

Assim, a “estabilização de sentido”, que restringe, de modo demasiado, a compulsoriedade do tributo, perde poder de convencimento. E, sem a redução da insegurança jurídica, o planejamento tributário torna-se empreitada de alto risco.

Nesse ponto, verifica-se que a interpretação teleológica da lei fiscal é usual na jurisprudência administrativa. É que essa técnica é percebida pelos julgadores como um instrumento natural de definição do sentido da norma, sem que seja imprescindível alegar um suposto excesso ou abuso do contribuinte. E essa técnica de interpretação permite, em muitos casos, negar efeitos a planejamentos tributários abusivos.

Por exemplo, o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes julgou um conhecido planejamento tributário, que consistia no seguinte: as pessoas físicas que prestavam serviços de natureza não comercial buscaram meios para que seus rendimentos fossem tributados de acordo com as normas aplicáveis às

peças jurídicas. Daí a criação de “sociedades” em que o sócio majoritário era, em verdade, quem realmente prestava o serviço. A finalidade desse planejamento era a de burlar a regra que determinava a incidência do imposto de renda da pessoa física sobre valores auferidos com atividade não comercial.

Todavia, o antigo Primeiro Conselho de Contribuintes concluiu que esses valores recebidos a título de prestação de serviços de natureza não comercial deveriam sofrer a incidência do imposto de renda da pessoa física, mesmo que tais serviços fossem contratados a uma pessoa jurídica. Confira-se ementa e trecho do voto condutor do acórdão 104-20.915:

IRPF – REMUNERAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO, ATIVIDADE OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA NÃO COMERCIAL – CONTRIBUINTE – São tributados como rendimentos de pessoas físicas as remunerações por serviços prestados, de natureza não comercial, com ou sem vínculo empregatício, independentemente da denominação que se lhes dê. O fato de formalmente a relação contratual ter sido estabelecida em nome de pessoa jurídica não muda o efetivo contribuinte, que é definido em lei e com base na natureza dos rendimentos.

(...)

Ora, coerentemente com o que foi dito inicialmente, que o critério de identificação do sujeito passivo está contido na descrição da materialidade do fato gerador, o legislador ordinário definiu, de forma inequívoca, que em relação a salários, honorários e rendimentos produzidos pelo exercício de profissões e pela prestação de serviços de natureza não comercial, o contribuinte será a pessoa física que realiza pessoalmente o fato gerador. Assim como definiu que no caso dos rendimentos produzidos pelo exercício regular de atividade de natureza comercial com o fim especulativo de lucro, serão tributados como rendimentos de pessoa jurídica, ainda que a atividade seja exercida por uma pessoa física. A distinção entre uma situação e a outra está na materialidade do fato, em como ocorre concretamente o fato que enseja a tributação, na forma de produção e apuração da renda. Se o contribuinte será uma pessoa física ou uma pessoa jurídica será uma consequência desse fato.

Nesse caso, a interpretação da lei, dada pelo Primeiro Conselho, privilegiou a finalidade da norma tributária que determinava a tributação das atividades não comerciais nas pessoas físicas, ampliando a sua eficácia mesmo nas hipóteses em que essa atividade era formalmente realizada por pessoa jurídica. Note-se que, nesse caso, não há que se falar em simulação, apesar do evidente interesse do contribuinte em burlar a incidência da lei tributária.

Outro exemplo interessante está na análise do planejamento tributário da “incorporação de ações”. Este planejamento tributário ocorre quando as participações societárias no capital social de uma empresa, detidas por uma pessoa física, são “incorporadas” por outra sociedade (vide art. 252 da Lei 6.404/76). Nesta operação, a pessoa física recebe em troca ações da empresa incorporadora, as quais possuem valor maior do que as ações que ele anteriormente detinha. A ideia, neste planejamento, é permitir ao contribuinte substituir ações de menor valor por ações de maior valor, sem tributar o ganho patrimonial correspondente. Para isso procura-se caracterizar essa operação como fora do âmbito da incidência do art. 23 da Lei 9.249/95.

A jurisprudência administrativa, no entanto, não concorda com essa interpretação restritiva, e afirma que o art. 23 da Lei 9.249/95 prevê a incidência do imposto de renda sobre *qualquer* alienação, incluindo, portanto, a incorporação de ações. Confira-se a ementa e o voto condutor do acórdão 2202-002.980:

OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES – A incorporação de ações constitui uma forma de alienação. O sujeito passivo transfere ações, por incorporação de ações, para outra empresa, a título de subscrição e integralização das ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado.

(...)

Desse modo não há como afastar o ganho de capital na argumentação de que os titulares das mesmas, os acionistas, não manifestariam vontade contratual. Na realidade por deliberação da assembleia geral aprova-se a mesma e existe sempre o direito de retirar-se da companhia.

Não há como se dizer que o ganho de capital decorrente da alienação de ações seria incerto e carente de liquidez. Isso porque o valor tanto das ações incorporadas quanto às entregues aos antigos acionistas da sociedade incorporada são necessariamente submetidas a prévia avaliação (§§ 1º e 2º do art. 252 da Lei das S/A), o que as confere a devida liquidez e certeza.

No caso concreto, tendo em vista que a incorporação de ações é uma espécie de alienação, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713, de 1988, sendo a transmissão da propriedade dos ativos onerosa e avaliada em dinheiro. Assim, havendo diferença positiva entre o valor da transmissão e o respectivo custo de aquisição, essa deve ser tributada como ganho de capital.

Veja-se, ainda, que a interpretação teleológica já possibilitou à jurisprudência administrativa constatar que a lei pode estipular os elementos que formam a obrigação tributária, bastando a definição de linhas gerais, que deverão ser regulamentadas pela Administração em consonância com a finalidade legal. O estudo da evolução da jurisprudência sobre preços de transferência demonstra isso.

No caso julgado pelo antigo Primeiro Conselho, ainda sob a égide da Instrução Normativa 38/97, que regulamentou a Lei 9.430/96, um contribuinte que importava insumos de empresa ligada e industrializava medicamentos utilizou, para apurar o preço parâmetro dos bens importados, o método “preço de revenda menos lucro”. Entretanto, apesar de a lei não impedir expressamente que os contribuintes que industrializassem produtos no país, a partir de insumos importados de empresas ligadas, empregassem o método “preço de revenda menos lucro”, a IN 38/97, com base em uma interpretação teleológica da lei, impediu a utilização ao argumento de que o método era impróprio para esses contribuintes.

Contudo, naquele caso, a jurisprudência administrativa não aceitou a restrição levada a efeito pela IN 38/97, como se pode ver no acórdão 101-94.888, do qual se transcreve ementa e trecho do voto condutor:

PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. MÉTODOS. A Lei 9.430/96 não cria qualquer restrição para escolha do método de cálculo do preço parâmetro.

(...)

É bem possível que o legislador, originalmente, não tenha pretendido facultar a adoção do PRL para os casos que não fossem de simples revenda. Até porque não é adequado fixar uma mesma margem (que inclui lucro e despesas operacionais) para operações de simples comercialização e de industrialização. Muito provavelmente a margem de 20%, pensada para o comércio, é insuficiente para abrigar as despesas operacionais de uma indústria. Assim, utilizado ao argumento *'mens legislatoris'* da interpretação racional, poder-se-ia entender que a Lei 9.430/96, em sua redação original, não facultava a utilização do PRL em casos de industrialização, eis que a regra nela prevista, por uma questão de impossibilidade técnica ou de impropriedade conceitual, tornava o método inaplicável àqueles casos. Por outro lado, utilizado o argumento da *'mens legis'*, tem-se que, independentemente das intenções do legislador, expressou ele que o contribuinte poderia utilizar um dos métodos, e adotar o que lhe fosse mais favorável. As interpretações opostas a que levam os dois argumentos lógicos acima exigem, ainda no campo da interpretação lógica, a utilização de um novo argumento, o argumento *'a contrario sensu'*, segundo o qual a lei sempre facultava a conclusão pela exclusão, uma vez que exceções devem vir sempre expressas. Conforme ensina Reis Friede (em *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*), por esse argumento é possível admitir direitos ou aferir proibições pelo que está ou não, respectivamente, proibido ou permitido. Dispondo a lei que o cálculo deve ser feito por um dos métodos e não havendo qualquer disposição expressa limitativa para o uso de qualquer deles, há que se entender que o

contribuinte tem o direito de utilizar qualquer dos métodos previstos, e se o legislador pretendia restringir a escolha, deveria tê-lo dito na lei.

É interessante perceber que o próprio Conselho admitiu que a interpretação literal do dispositivo (“não há, na lei, impedimento a que o importador de insumos use o método preço de revenda menos lucro”) faz com que a finalidade da regra (a comparação do preço praticado com um “preço de mercado” razoável) não seja alcançada. Mas os julgadores deram razão aos contribuintes, porque tal inconveniente na lei não poderia ser solucionado por via da interpretação.

Esse posicionamento foi revertido pelo CARF na apreciação da IN 243/2002, que, também ao regulamentar a Lei 9.430/96, criou toda uma metodologia para a apuração do método “preço de revenda menos lucro”, com base em uma interpretação teleológica da Lei. Confirma-se o voto condutor do acórdão 1302-001.162, o qual foi confirmado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais no acórdão 9101-002.323, sessão de maio de 2016:

O vetusto, mas nunca esquecido, ensinamento de Carlos Maximiliano professava que: ‘A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceito de dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto’ (*in* *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed.Forense, 17ªed.,p.36).

Com esse pensamento, afastamos também uma outra linha interpretativa que se prende ao conteúdo literal do inciso II do art. 18 da Lei 9.430/96, cuja a única diferença da interpretação dada pela recorrente é que, por ela, o valor agregado é diminuído do resultado da aplicação do percentual de 60% sobre o preço líquido de venda. Ocorre que lhe cabem todas as críticas antes feitas à interpretação adotada pela recorrente, além do que as duas linhas interpretativas tomam como plenamente definido na norma legal o método de cálculo pelo qual seria excluído o ‘valor agregado no País’ do preço parâmetro, o que não é verdade.

Assim, a questão posta reside em saber se da expressão ‘diminuídos... do valor agregado no país’ poderia o exegeta concluir que deveria ser levado em conta, para aplicação do percentual de 60%, a parcela do preço líquido de vendas proporcional à participação do insumo importado sobre o custo total. Entendo que sim, pois a proporcionalização determinada pelos incisos do § 11 do art. 12 da IN SRF 243/02 é uma interpretação que atende o critério da: razoabilidade, pois é mais conforme como espírito de uma norma (art. 18, II, da Lei 9.430/96) que visa ao controle de preços de transferência na importação, garantindo um tratamento isonômico de contribuintes que se encontrem na mesma situação; adequação, pois não cabia ao legislador pormenorizar, em texto de lei, o método de cálculo do preço parâmetro, bastando que desse contornos legais, os quais são observados pela IN 243/02; e necessidade, pois retificou a equivocada interpretação dada pela IN SRF 32/01, aperfeiçoando o método de cálculo do PRL.

Veja-se no acórdão 1302-001.162 o trecho no qual o conselheiro relator afirma que a lei tributária não necessita pormenorizar o método de cálculo do preço parâmetro, mas sim definir os contornos legais, restando à autoridade administrativa, no ato de regulamentação, elaborar as regras que concretizarão a finalidade normativa. Trata-se de exemplo perfeito e acabado do argumento de que os conceitos indeterminados possibilitam o controle dos planejamentos tributários mediante a interpretação teleológica da norma.

Ou seja, a interpretação dos conceitos indeterminados existentes na lei termina por preservar a eficácia e a imperatividade da norma tributária. A percepção de que há um comportamento de burla dolosa à lei autoriza afirmar a sua imperatividade, em face de planejamentos tributários abusivos.

4. CONCLUSÕES

O intuito deste artigo foi o de demonstrar, de forma muito resumida, que a ausência de maior desenvolvimento de conceitos dogmáticos apropriados para coibir o exercício abusivo do direito de auto-organização não impediu que a jurisprudência administrativa desenvolvesse técnicas, como a substância sobre a forma e a interpretação para preservar a eficácia da lei, e assim controlar os planejamentos tributários abusivos.

Em função disso, há pouca menção, nos acórdãos do CARF, a *standards* como o abuso de direito e fraude à lei, apesar de, em todos esses casos, estar-se tratando de desconsideração de negócios jurídicos com o propósito exclusivo de obtenção de economia tributária.

O esclarecimento de que o controle do planejamento tributário abusivo implica, em verdade, na ponderação do princípio da liberdade de auto-organização com o princípio da igualdade poderia, em tese, permitir uma teoria sobre a gradação de ilicitudes em Direito Tributário. Porém, muito pouco foi desenvolvido nessa linha.

Percebe-se que há grande necessidade de atualização do Código Tributário Nacional, para prestigiar as atualizações teóricas e práticas sobre a questão do planejamento tributário, quem sabe reduzindo a incerteza que prejudica investimentos e o desenvolvimento econômico.

Por outro lado, avulta a indispensabilidade de um órgão técnico e autônomo de julgamento administrativo, como o CARF. Somente a evolução e o aprofundamento da jurisprudência em torno dos planejamentos tributários abusivos permitirão que se busque a melhor forma de equilibrar o direito à liberdade de auto-organização e o princípio da igualdade e capacidade contributiva, e assim prevenir conflitos indesejáveis entre a Administração Tributária e os particulares.

5. REFERÊNCIAS

EY. *Tax risk and controversy survey*. 2014. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2014-tax-risk-and-controversy-survey-highlights/\\$FILE/EY-2014-tax-risk-and-controversy-survey-highlights.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-2014-tax-risk-and-controversy-survey-highlights/$FILE/EY-2014-tax-risk-and-controversy-survey-highlights.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2017.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

G20. COMMUNIQUE OF THE G20 FINANCE MINISTERS AND CENTRAL BANK GOVERNORS MEETING. 2016. 14-15 apr. 2016, Washington. Disponível em: <http://wjb.mof.gov.cn/pindaoliebiao/gongzuodongtai/201604/t20160416_1952794.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

GODOI, Marciano Seabra. Dois conceitos de simulação e suas consequências para os limites da elisão fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.), *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. v. 11.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª ed. [S.l.]: Dialética, 2011.

GUENTHER, David A.; MATSUNAGA, Steven R.; WILLIAMS, Brian M. *Tax avoidance, tax aggressiveness, tax risk and firm risk*. 2013. Disponível em: <<https://business.illinois.edu/accountancy/wp-content/uploads/sites/12/2014/10/Tax-2013-Guenther.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

MONTEIRO DE BARROS, José Eduardo. Interpretação econômica em direito tributário. In: MORAES, Bernardo Ribeiro (Coord.). *Interpretação no direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1975.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SALDANHA SANCHES, J. L. *Os limites do planejamento fiscal. substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra, 2006.

TORRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ESQUELETOS LEGISLATIVOS E O CASO DA OBSERVÂNCIA DE DECISÃO IRRECORRÍVEL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DE PENALIDADE

Marcos Aurélio Pereira Valadão*

Resumo: O texto verifica a questão da aplicação de multas tributárias em face do art. 76, inciso II, "a", da Lei nº 4.502/1964 (Lei básica do IPI), que diz respeito à interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal. O texto verifica a questão de sua recepção do dispositivo pelo CTN, a metodologia de sua aplicação e a extensão de seus efeitos para contribuintes que não sejam parte do processo e para outros tributos que não o IPI, e, na sequência, analisa a jurisprudência do CARF relativamente às decisões de suas 1ª e 3ª Seções, e, por fim, extrai conclusões relativamente aos problemas indicados.

Abstract: *The text verifies the issue of the application of tax penalties as it is considered under art. 76, item II, "a", of Law No. 4,502 / 1964 (Basic Law of the IPI), which refers to the fiscal interpretation of an irreversible decision of last administrative instance, rendered in fiscal proceedings. The text analyses the question whether this disposition was accepted under the National Tax Code (CTN), the methodology of its application and the extension of its effects to taxpayers who are not part of the tax procedure and for taxes other than the IPI, and then analyzes the jurisprudence of CARF regarding To the decisions of its 1 st and 3 rd Sections, and, finally, draws conclusions regarding the problems that were pointed out.*

* Doutor em Direito (SMU-EUA, 2005); Mestre em Direito Público (UnB, 1999); Especialista em Administração Tributária (UCG, 1992); MBA em Administração Financeira (IBMEC-DF, 1996); Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB) – Graduação e Mestrado. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Presidente da 1ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 ESPECIFICIDADES DA QUESTÃO

3 CONTROVÉRSIAS

3.1 A controvérsia jurídica acerca da recepção pelo CTN

3.2 Da extensão do dispositivo a outros tributos

3.3 O art. 100 do CTN e o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964

3.4 O art. 112 do CTN e o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964

3.5 Outros aspectos

4 JURISPRUDÊNCIA DO CARF

4.1 Terceira Seção

4.2 Primeira Seção

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

No decorrer do ano de 2016 um interessante argumento relativo à aplicação de multas veio à tona, impactando processos especialmente na 1ª e 3ª Seções de Julgamento do CARF. Trata-se do argumento de que o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 (Lei reguladora do Imposto de Consumo, convertida em norma base do IPI) teria o condão de afastar a aplicação da multa em um lançamento de ofício quando o contribuinte tiver agido em conformidade com decisão irrecorrível de última instância administrativa.¹

No âmbito da 3ª Seção o tema é pertinente, pois o IPI é matéria de competência daquela Seção e a norma em discussão é originária da legislação do IPI. Porém, a discussão tem se ampliado para outras instâncias do CARF sem competência originária para julgar IPI, sob a alegação inicial de que se trata de norma de aplicação geral, como é o caso dos conceitos de sonegação, dolo e fraude, também constantes de dispositivos da mesma Lei nº 4.502/1964 (arts. 71, 72 e 73).

Este capítulo se propõe a analisar o problema, enfrentando o tema sob a ótica acadêmica, considerando a doutrina e a jurisprudência e buscando elucidar a melhor solução para a questão. Primeiramente se especifica a questão, após analisam-se as questões controvertidas que envolvem a matéria e, depois, o atual estágio do tema no âmbito da jurisprudência do CARF, para em seguida tecer algumas considerações finais.

Ressalta-se que não serão verificados aspectos referentes a “interpretação fiscal constante de circulares, instruções, portarias, ordens de serviço e outros atos interpretativos baixados pelas autoridades fazendárias competentes” ou “interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado for parte”, mas tão somente o que refere a “interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado”, que corresponde à alínea “a”, do inciso II, do art. 76, da Lei nº 4.502/1964 (os outros dois aspectos referem-se às alíneas “b” e “c”).

2. ESPECIFICIDADES DA QUESTÃO

Basicamente, existe o choque de dois argumentos. Um a favor da recepção do art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 em relação ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966), cujo resultado seria o reconhecimento ou não da derrogação do referido dispositivo, dada a inexistência de sua revogação expressa, o que resulta em sua inaplicabilidade, mesmo ao IPI.

O referido dispositivo tem a seguinte redação (*com grafia da época*):

Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:

I - aos que, antes de qualquer procedimento fiscal, procurarem, espontaneamente, a repartição fazendária competente, para denunciar a falta e sanar a irregularidade, ressalvados os casos previstos no art. 81, nos incisos I e II do art. 83 e nos incisos I, II e III do art. 87;

II - enquanto prevalecer o entendimento – aos que tiverem agido ou pago o impôsto:

a) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

¹ Na verdade, a ampliação da aplicação do art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 já foi objeto de considerações doutrinárias, e.g., artigo de Rogério Pires da Silva (2006).

b) de acôrdo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado fôr parte;

c) de acôrdo com interpretação fiscal constante de circulares, instruções, portarias, ordens de serviço e outros atos interpretativos baixados pelas autoridades fazendárias competentes. (Grifo nosso)

Os argumentos que dão pela aplicação geral do dispositivo se referem à eficácia genérica da Seção II da Lei nº 4.502/1964, portanto sua plena recepção pelo CTN, e que se trata de norma de escusa de penalidade à conduta razoável, constante do CTN (art. 100, II, e Par. único)². Há também argumentos em face do art. 97, inciso VI (reserva de lei para dispensa de penalidades), e 112 (interpretação mais favorável ao acusado) do CTN.

Há também um argumento subsidiário pela aplicação do dispositivo, *i.e.*, ele estaria vigente, mas tão somente se aplicaria ao IPI, mesmo porque não houve revogação expressa e o dispositivo consta do atual Regulamento do IPI (RIPI) em vigor (art. 567 do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010). Argumentos neste sentido baseiam-se nas teorias da revogação e da derrogação das normas.

As consequências dessa discussão são contundentes, especialmente se prevalecer o entendimento de que houve a recepção e de que a norma do art. 67, inciso II, da Lei nº 4.502/1964 é norma geral de Direito Tributário. Isto porque a parte final da alínea "a" do inciso II refere-se a decisões das quais o contribuinte "seja ou não parte", inclusive em processos de consulta – o que, obviamente, geraria enormes discussões, mesmo porque o conceito de "decisão irrecurável de última instância administrativa" não é preciso. Explica-se, uma decisão de Turma ordinária do CARF (que é a segunda e última instância administrativa), da qual tenham transcorridos os prazos, sem a interposição de recurso especial, em princípio, amolda-se ao texto legal (veja-se que a CSRF é instância especial e não uma 3ª e última instância), do que resulta que poderá haver "decisões irrecuráveis de última instância administrativa" válidas e contraditórias (proferidas por diferentes turmas de julgamento e tornadas definitivas pelo decurso de prazo), e assim com a coexistência de duas decisões diferentes qual o contribuinte deve aplicar?

Em virtude dessas circunstâncias, o potencial de insegurança jurídica a que a aplicação do dispositivo constante do art. 76, inciso II, "a", da Lei nº 4.502/1964 pode trazer ao ato administrativo de lançamento das multas, em âmbito geral, é pantagruélico, e a questão merece ser examinada com a máxima cautela.

3. CONTROVÉRSIAS

3.1. A controvérsia jurídica acerca da recepção pelo CTN

Note-se que Lei nº 4.502/1964 nasceu sob a égide da Constituição de 1946, legislando sobre o Imposto de Consumo, pois o imposto denominado Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) só viria a lume com a Emenda Constitucional nº 18 de 1965. Assim, por meio do Decreto-lei nº 34, de 18 de novembro de 1966 (DOU de 18/11/1966), portanto posterior ao CTN (Lei nº 4.512, de outubro de 1966, DOU de 27/10/1966), o Imposto de Consumo passou a ser denominado IPI (o Decreto-lei nº 34/1966 alterou diversos dispositivos da Lei nº 4.502/1964, mas não seu art. 76). Assim, sob esse prisma, de maneira geral, enquanto legislação do IPI, a Lei nº 4.502/1964 foi recepcionada pelo CTN.

Resta, porém, outra questão referente à recepção. A Emenda Constitucional nº 18 de 1965 trazia a figura da lei complementar como norma de regência do sistema tributário nacional, mas somente a Constituição de 1967 é que destina expressamente à lei complementar a tarefa de estabelecer normas

² Ver, *e.g.*, Ac. 9101002.262, de 03 de março de 2016, voto vencido do Conselheiro Luís Flavio Neto.

gerais de Direito Tributário, e o texto da Constituição de 1946 em seu art. 5º, XV, “b” remetia às “normas gerais” de competência da União para tratar de Direito Financeiro (envolvendo também o Tributário, tanto é que este dispositivo é uma das bases do CTN – norma geral de Direito Tributário); neste sentido diz o artigo inaugural do CTN:

Art. 1º. Esta Lei regula, com fundamento na **Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no artigo 5º, inciso XV, alínea b, da Constituição Federal, as normas gerais de direito tributário** aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar. (Grifo nosso)

Assim, os dispositivos da Lei nº 4.502/1964 que teriam natureza “geral” foram produzidos em um ambiente em que não havia a figura da norma geral veiculada por lei complementar, que lhe é superveniente,³ e como era uma norma específica do IPI, poderia ser entendida como recepcionada, desde que não fosse incompatível com o CTN e com a Constituição. Do ponto de vista de sucessão normativa é razoável o entendimento de que o art. 76 da Lei nº 4.502/1964 tenha sido recepcionado tanto pelo CTN, quanto pela Emenda nº 18/1965, quanto pela Constituição de 1969 (que repetiu praticamente a Constituição de 1967 neste aspecto) e pela Constituição de 1988 (BOBBIO, 1997, p. 173-178).

Há que se notar, porém, que àquela época as leis de cada tributo traziam normas próprias referentes às penalidades. Veja-se, por exemplo, que o Decreto-lei nº 37/1966 (que dispõe sobre o Imposto de Importação e reorganiza os serviços aduaneiros) traz, em seu art. 101, norma idêntica à do art. 76 da Lei nº 4.502/1964. Por outro lado, a Lei nº 4.506 (que dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza), que é contemporânea da Lei nº 4.502/1964 (ambas são de 30 de novembro de 1964), não traz nenhum dispositivo semelhante ou relativo às mesmas matérias daquelas tratadas no art. 76 da Lei nº 4.502/1964 e no art. 101 do Decreto-lei 37/1966.

Assim, a conclusão incontornável é que, se admitida a recepção, ela só se refere ao tributo específico disciplinado pela lei respectiva, ou seja, o IPI.

Veja-se o que diz o art. 1º da Emenda 18/1965 (vigente quando da edição das leis acima):

Art. 1º. O sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, e é regido pelo disposto nesta Emenda, em leis complementares, em resoluções do Senado Federal, e, **nos limites das respectivas competências, em leis federal, estadual ou municipal.** (Grifo nosso)

Assim, uma lei federal, no caso, a lei do IPI, não poderia irradiar efeitos de norma geral a outros tributos.

Por outro lado, ainda restariam dúvidas se, realmente, teriam sido recepcionados tais dispositivos em face do art. 100, inciso II, do CTN, que diz serem normas complementares das leis as decisões dos órgãos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa. Ora, a lei a que está se referindo o dispositivo do CTN deve ser uma lei de caráter também geral (ou no mínimo circunscrita a uma das três esferas de competência), produzida depois da edição do CTN. Isto porque, se antes havia, como demonstrado, uma legislação específica sobre aspectos para cada tributo, de outro modo, haveria uma desarmonia muito grande se se admitisse todas as normas gerais com caráter de norma geral das legislações dos tributos anteriores ao CTN. Assim, muitos desses dispositivos não teriam sido recepcionados ou, no máximo, se aplicariam a cada tributo específico para o qual a norma foi originada.

Outro argumento pela recepção do dispositivo do art. 76 da Lei nº 4.502/1964 tem por base o art. 97, inciso VI, do CTN, que tem a seguinte redação:

³ Sobre a questão específica das leis complementares ver Frederico Araújo Seabra de Moura (2009).

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Argumentos contrários são no seguinte sentido:

Ora, o art. 97, VI, do CTN em nada altera a conclusão de que o art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 não foi recepcionado pelo CTN. Isso porque uma lei complementar tem a função de impedir que o legislador ordinário regule certas matérias ao seu bel-prazer. Admitir que o art. 97, VI, do CTN possa permitir que uma lei ordinária disponha de forma contrária ao que está estabelecido no art. 100, II, do CTN é transformar esse dispositivo em letra morta. Dessa forma, não resta nenhuma dúvida de que o art. 100, II, do CTN subtraiu do legislador ordinário a possibilidade de dispor sobre dispensa ou redução de multas em desconformidade com o que nele está previsto. (Acórdão CARF nº 3402-002.992, Relator Antonio Carlos Atulim, 2016, f. 3)

Há, ainda, um argumento no sentido da recepção com base no princípio do *lex specialis derogat legi generali*.⁴ Porém, esta orientação hermenêutica se presta apenas para resolver conflito de normas de mesmo nível hierárquico e, no caso, a rigor não se teria conflito de normas; há que se discutir, portanto, recepção. Isto porque a Lei nº 4.502/1964 não é norma de mesmo nível hierárquico do CTN, que é norma geral, conforme diz seu art. 1º e como preconizava o artigo 5º, inciso XV, alínea "b", da Constituição Federal de 1946 (vigente quando de sua edição, e o qual remete seu art. 1º) e, pós-temporalmente, o art. 146, inciso III, da Constituição de 1988, como já visto anteriormente.

3.2. Da extensão do dispositivo a outros tributos

O argumento de que a Lei nº 4.502/1964 teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 como lei complementar, e de que, portanto, se aplicaria a todos os tributos, carece de fundamentação. Primeiro porque, a teor da Constituição vigente à época, a Lei nº 4.502/1964 foi editada como lei específica do Imposto de Consumo (depois transformada em normativa do IPI, por força do Decreto-lei nº 34/1966); segundo porque as normas editadas como sendo normas gerais (caso do CTN) remetem ao artigo 5º, inciso XV, alínea "b", da Constituição Federal de 1946, o que não é o caso da Lei nº 4.502/1964.

Não é por outro motivo que os dispositivos da Lei nº 4.502/1964 se referem internamente, em todos seus dispositivos, a "este impôsto" (grafia original). Qual imposto? O IPI, nenhum outro. O fato de alguns de seus dispositivos serem referidos em outras leis (casos paradigmáticos de seus arts. 71, 72 e 73 referidos no art. 44 da Lei nº 9.430/1996) corresponde ao fenômeno da referência normativa, de forma a evitar repetir termos já existentes previamente, e aproveitar-se da jurisprudência já formada em torno daquelas normas. Ou seja, a Lei nº 4.502/1964, enquanto tal, só se aplicaria ao IPI (âmbito da discussão do mencionado PN Cosit nº 23, de 05/09/2013).

Assim, caso se entenda que houve a recepção pelo CTN e pela Constituição de 1988, o que, como se viu, é admissível, embora ainda assim seja controverso, o referido dispositivo só se aplicaria ao IPI.

⁴ Ver a respeito Noberto Bobbio (1997, p. 95-97).

3.3. O art. 100 do CTN e o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964

Outro ângulo da discussão remete expressamente ao art. 100, inciso II, do CTN, que tem a seguinte redação:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

[...]

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

[...]

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Há argumentos no sentido de que a alínea “a” do inciso II do art. 76 da Lei nº 4.502/1964 foi revogada tacitamente pelo inciso II do art. 100 do CTN (o que implica sua não recepção). Outros entendem que este dispositivo e também o art. 101 do Decreto-lei nº 37/1966 não se amoldam à previsão normativa do art. 100, II, do CTN, e.g.:

18. Aqueles comandos legais estabelecem, de fato, uma consequência jurídica relevante à observância da jurisprudência administrativa (exclusão da multa), **mas tal consequência jurídica não equivale a atribuir, na prática, uma eficácia normativa plena a que parece fazer alusão o art. 100, II, do CTN.** Afinal, embora por força daqueles dispositivos a Administração fazendária federal fique efetivamente obrigada a excluir a multa na cobrança do crédito tributário, mesmo assim a Administração não é obrigada a *acatar como correto* o procedimento legitimado pelas decisões dos órgãos julgadores administrativos. (SILVA, 2006, p. 115) (Itálicos no original, negritou-se).

De outro lado, há argumentos no sentido de que o texto da alínea “a” do inciso II do art. 76 da Lei nº 4.502/1964 se subsume ao tipo de norma indicado no inciso II do art. 100 do CTN. Seguindo esta linha, a argumentação considera que se o contribuinte seguiu a jurisprudência consistente em “decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal” existente à época do fato gerador, contra ele não pode ser lançada multa de ofício.

Ocorre que, ainda que se aceite o conceito de decisão definitiva como sendo uma única decisão, ainda que haja outra(s) contrária(s), estar-se-ia admitindo uma decisão como definitiva para os efeitos da alínea “a” do inciso II do art. 76 da Lei nº 4.502/1964, ainda que a matéria fosse controversa, mesmo que a decisão definitiva seja da CSRF do CARF, cuja jurisprudência também varia (só se torna definitivamente assentada por via de súmulas do próprio CARF).

O problema que decorre é: qual decisão definitiva deveria o contribuinte seguir? Ou essas decisões não se prestam a esse desiderato (cumprir a função do art. 100, III do CTN)? Cabe, neste ponto, uma análise histórica, como segue.

À época da edição da Lei nº 4.502/1964, havia sido recentemente editado o Decreto nº 54.767, de 30 de outubro de 1964, que regulava a organização e o funcionamento do Conselho de Contribuintes e Conselho Superior de Tarifas. Este Regulamento, que fazia parte de um conjunto de medidas ligadas à tributação da época, trazia em seu art. 27 a possibilidade de o representante da Fazenda interpor recurso de decisão do Conselho de Contribuintes, pedindo ao Ministro da Fazenda a reforma da decisão, no caso de decisão não unânime, passível de alegação de contrariedade à prova dos autos ou à lei. Ou seja, àquela época, uma decisão poderia ser revista pelo Ministro (uma espécie de recurso hierárquico) antes de se

tornar definitiva. Portanto, atribuir força normativa às decisões daquela época era consistente com o sistema, e isto é relevante, pois, pelo menos em tese, havia uma mínima possibilidade de coexistirem decisões definitivas discrepantes, e menos ainda se em desconformidade com o interesse fazendário.

Contudo, de há muito, a possibilidade de revisão superior não mais prevalece e, portanto, deixou de existir a lógica inicial do dispositivo do art. 76, inciso II, “a”, da Lei 4.502/1964. Porém, este dispositivo nunca foi formalmente revogado, e, assim, conforme o brocardo *verba cum effectu sunt accipienda*, há que se lhe dar um significado (MAXIMILIANO, 2000, p. 250-251), mas, agora, do ponto de vista evolutivo, promovendo a necessária adequação normativa. E a melhor interpretação do dispositivo remete ao *caput* do inciso II, do art. 76, que diz “enquanto prevalecer o entendimento”, ou seja, a jurisprudência deve ser mansa e pacífica, sem decisões em sentido contrário (uma que seja). “Enquanto prevalecer” não pode ser entendido como “enquanto prevalecer a jurisprudência predominante”, pois se refere ao “entendimento”, ou seja, o entendimento aqui referido deve ser, de toda sorte, incontroverso.

Assim, não poderia ser avocado hodiernamente o dispositivo do art. 76 da Lei nº 4.502/1964 para afastar a aplicação da multa com base em uma decisão de Turma Ordinária ou da CSRF, que era definitiva à época do fato gerador, mas que convivía com outra decisão, ou outras decisões, definitiva(s) em sentido contrário, mesmo que se refira a IPI. A menos que, por óbvio, a decisão que tenha sido obedecida por um contribuinte específico tenha sido proferida em processo do qual o próprio contribuinte seja parte (conclusão também compatível com o PN Cosit nº 23, de 05/09/2013, ver item 3.5 adiante).

3.4. O art. 112 do CTN e o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964

Outro argumento frequentemente trazido à baila nas discussões referentes ao art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 e que demanda atenção diz respeito ao art. 112 do CTN. Isto porque tal dispositivo do CTN impõe interpretação mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida. Diz o dispositivo:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

O argumento é no sentido de que, devido à existência de dúvida em relação à aplicação ou não do art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 aos casos em que há alegação de que o contribuinte seguiu determinada decisão do contencioso administrativo tributário, há que se aplicar o art. 112 do CTN.

Ocorre que ao se discutir a aplicação do art. 76, inciso II, “a”, da Lei 4.502/1964 não se está falando de lei que define infrações ou comina penalidades, mas de aplicação de precedentes, *i.e.*, de uma norma que trata de aplicação de precedentes (*stare decisis et non quieta movere*) – portanto foge completamente do escopo do art. 112, bastando, para tanto, uma leitura mais atenta do seu *caput*, que diz: “A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto” – veja-se que o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 não define infrações nem comina penalidades. Assim, se não há nenhuma dúvida do intérprete em relação à capitulação legal do fato ou punibilidade, quando está aplicando a norma aos fatos concretos que lhe são submetidos, não há que se cogitar do art. 112 do CTN. E esta norma é dirigida ao intérprete em face de especificidades do caso concreto e não para integrar ou conformar aparentes discrepâncias do ordenamento tributário – o que deve ser feito em etapa hermenêutica precedente.

3.5. Outros aspectos

O já mencionado Parecer Normativo Cosit nº 23, de 05/09/2013, que atualizou o Parecer Normativo CSR nº 390, de 1971, diz respeito somente ao IPI (referente à “classificação fiscal de produtos na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, ou quaisquer outras matérias, sobre decisões que venham a ser fixadas pelas diversas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em situações que versem sobre a mesma matéria”). Tal Parecer Normativo teria um âmbito muito restrito, mas, com base também no art. 100, incisos I e II, do CTN, e no art. 76, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 4.502/1964, dentre outros dispositivos, traz as seguintes conclusões:

EMENTA: Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI

DECISÕES DO CARF RELATIVAS A CLASSIFICAÇÃO FISCAL OU OUTRAS MATÉRIAS TRIBUTÁRIAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO NORMA COMPLEMENTAR

Ementa: Acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não possuem caráter normativo nem vinculante. Dispositivos Legais: Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, art. 100, incisos I e II; Lei nº 9.430/1996, art. 48 a 50; Lei nº 4.502/1964, art. 76, inciso II, alínea “a”; Decreto nº 70.235/1972, art. 46 a 53; Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203/2012, art. 1º, inciso III, e art. 82, inciso III.

E na sua conclusão lê-se:

11. Diante do exposto, conclui-se que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo.

O PN Cosit nº 23/2013 sustenta que inexistente, “até o presente, lei que confira a efetividade de regra geral às decisões, prolatadas nos acórdãos dos Conselhos, a sua eficácia limita-se especificamente ao caso julgado e às partes inseridas no processo de que resultou a decisão.” Ou seja, afasta a aplicação do art. 76, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 4.502/1964 a contribuintes que não sejam partes na decisão do contencioso. O referido Parecer também destaca que as súmulas vinculantes do CARF se amoldam ao prescritivo do art. 100, inciso II, do CTN – o que parece ser consensual. Veja-se que tais conclusões, embora não tenham fundamentação mais explicitada, se amoldam às possibilidades interpretativas já discutidas acima.

Contudo, como se verá adiante, este PN Cosit nº 23/2013 já foi afastado em caso aplicável ao IPI, decidido pelo CARF, quando o contribuinte adotou decisão relativa a outro contribuinte – hipótese em que foi aplicada plenamente a redação do art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964, sem maiores considerações em relação ao CTN, dando a Lei nº 4.502/1964 como autônoma.⁵

Outro aspecto interessante é que os Regulamentos do IPI trazem este dispositivo, sendo que o atual RIPI (Decreto nº 7.212/2010) o contempla em seu art. 567 (idêntico ao art. 76 da Lei nº 4.502/1964). Já o Regulamento Aduaneiro em vigor, Decreto nº 6.759/2009, traz dispositivo apenas semelhante (em seu art. 681), mas restringe sua aplicação às decisões que se refiram ao próprio contribuinte, não repetindo na inteireza o art. 101 do Decreto-lei nº 37/1966. Como já foi dito, a legislação do Imposto de Renda e também a dos outros tributos federais não trazem dispositivo semelhante. Portanto, somente no ordenamento específico do IPI tal norma tem sido mantida, constando do Regulamento com transcrição da matriz legal (art. 76 da Lei nº 4.502/1964), e subsiste a discussão da recepção, isto porque a legislação do IPI (Lei nº 4.502/1964) é anterior ao CTN (de outubro de 1966), enquanto a lei básica aduaneira que traz dispositivo semelhante, o Decreto-lei nº 37/1966, de novembro de 1966, é posterior ao CTN (outubro de 1966), portanto não há a discussão da recepção, mas de incompatibilidade. De qualquer forma, o

⁵ Ver Acórdão CARF – 3ª Turma da CSRF nº 9303-003.517 (15/03/2016), Rel. Gilson Macedo Rosenburg Filho.

referido dispositivo do Decreto-lei nº 37/1966 (art. 101) não é reproduzido no RA com a expressão: "seja o interessado parte ou não", restringindo a aplicação das decisões somente ao contribuinte que seja parte do processo – o que não gera maiores problemas de interpretação (vide art. 681 do RA atualmente em vigor). Abaixo se transcreve, na sua inteireza, as duas legislações-base e os regulamentos em vigor para o IPI e para a legislação aduaneira, para confronto direto e verificação (redação original):

IPI

Lei nº 4.502/1964 – Legislação-base do IPI

Art. 76. Não serão aplicadas penalidades:

I - aos que, antes de qualquer procedimento fiscal, procurarem, espontaneamente, a repartição fazendária competente, para denunciar a falta e sanar a irregularidade, ressalvados os casos previstos no art. 81, nos incisos I e II do art. 83 e nos incisos I, II e III do art. 87;

II - enquanto prevalecer o entendimento – aos que tiverem agido ou pago o impôsto:

a) de acôrdo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado;

b) de acôrdo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado fôr parte;

c) de acôrdo com interpretação fiscal constante de circulares, instruções, portarias, ordens de serviço e outros atos interpretativos baixados pelas autoridades fazendárias competentes. (Grifou-se).

Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010 – Regulamento do IPI (RIPI)

Inaplicabilidade da Pena

Art. 567. Não serão aplicadas penalidades:

I - aos que, antes de qualquer procedimento fiscal, anotarem, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, modelo 6, e comunicarem ao órgão de jurisdição qualquer irregularidade ou falta praticada, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 552, 553, 572 e 603 (Lei nº 4.502, de 1964, art. 76, inciso I); e

II - aos que, enquanto prevalecer o entendimento, tiverem agido ou pago o imposto (Lei nº 4.502, de 1964, art. 76, inciso II):

a) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado (Lei nº 4.502, de 1964, art. 76, inciso II, alínea “a”);

b) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão, de primeira instância, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em instância única, em que for parte o interessado (Lei nº 4.502, de 1964, art. 76, inciso II, alínea “b”, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 48); ou

c) de acordo com interpretação fiscal constante de atos normativos expedidos pelas autoridades fazendárias competentes dentro das respectivas jurisdições territoriais (Lei nº 4.502, de 1964, art. 76, inciso II, alínea “c”). (Grifou-se).

Legislação aduaneira

Decreto-lei nº 37/1966 (base da legislação aduaneira)

Art. 101. Não será aplicada penalidade – enquanto prevalecer o entendimento – a quem proceder ou pagar o imposto:

I - de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal inclusive de consulta, seja o interessado parte ou não;

II - de acordo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado for parte;

III - de acordo com interpretação fiscal constante de circular, instrução, portaria, ordem de serviço e outros atos interpretativos baixados pela autoridade fazendária competente. (Grifou-se).

Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Regulamento Aduaneiro – RA)

Art. 681. Não será aplicada penalidade, enquanto prevalecer o entendimento, a quem cumprir as obrigações acessória e principal, de acordo com (Decreto-lei nº 37, de 1966, art. 101):

I - interpretação fiscal constante de decisão de qualquer instância administrativa, proferida em processo de determinação e exigência de créditos tributários ou de consulta, em que o interessado seja parte; ou

II - interpretação fiscal constante de ato expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Grifo nosso)

Nota-se que a diferença de tratamento da matéria, que é semelhante na legislação-base, mas dessemelhante nos regulamentos, é mais complexa do que pode parecer, pois como já foi dito a legislação básica do IPI é anterior ao CTN e a aduaneira é posterior, assim a questão da recepção pelo CTN (já tratada anteriormente) é crucial para o deslinde do problema.

A essa altura cabe um alerta. Há uma tendência em se resolver, ou tentar resolver, casos tais, que se caracterizam como *hard cases*, a partir de aplicação de princípios abertos como o princípio da boa-fé, da segurança jurídica, ou da proteção da legítima confiança do contribuinte. Na discussão aqui levada a efeito, há dois aspectos em relação a essa metodologia. O primeiro é, estando já posta a norma, decidir sua recepção e sua extensão, nesta ordem, pois se trata de problemas típicos de organização dos ordenamentos jurídicos. O segundo é que se forem considerados princípios de outra ordem (que são, evidentemente, válidos e aplicáveis em outras situações), há o risco de se incorrer na problemática suscitada por Lenio Streck (2014), quando indaga: quem escolhe os princípios que vão ser ponderados (so-pesados) para a solução do caso? Por que esses e não outros? Por que outros e não esses? Dito isto, passe-se à verificação da jurisprudência do CARF sobre a matéria.

4. JURISPRUDÊNCIA DO CARF

Esta parte traz a jurisprudência do CARF referente ao tema, e se inicia pela 3ª Seção por ser a com competência relativamente ao IPI⁶ (também sobre tributos sobre o comércio exterior e contribuições incidentes sobre a receita), que é o tributo de regência da norma discutida. Não foi encontrada decisão da 2ª Seção⁷ que tratasse do tema. Há, porém, diversos acórdãos da 1ª Seção⁸ em relação aos quais o tema foi debatido, em situações em que havia alegação de que a jurisprudência do CARF (decisões de TOs e da CSRF) à época do fato gerador foi seguida pelo contribuinte, situações em que, geralmente, são invocadas a proteção da legítima confiança do contribuinte e a boa-fé.

⁶ A 3ª Seção tem competência também para julgar diversas outras matérias, como II, IE e matéria aduaneira em geral, PIS/COFINS e outras contribuições (art. 4º do Anexo II do RICARF – Portaria MF nº 323/2015).

⁷ A 2ª Seção tem competência para julgar processos relativos a IRPF, IRRF, ITR e contribuições previdenciárias (art. 3º do Anexo II do RICARF – Portaria MF nº 323/2015).

⁸ A 1ª Seção tem competência pra julgar processos relativos a IRPJ, CSLL e lançamentos decorrentes e Simples (art. 2º do Anexo II do RICARF – Portaria MF nº 323/2015).

4.1. Terceira Seção

Cumpre trazer à baila uma decisão recente da 3ª Turma da CSRF, como segue.

Acórdão CARF nº 9303-003.517 – 3ª Turma da CSRF

Julgado em 15 de março de 2016

Relator: Gilson Macedo Rosenburg Filho

Ementa: LANÇAMENTO DE OFÍCIO. EXCLUSÃO DE PENALIDADES. OBSERVÂNCIA DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS.

Não serão aplicadas penalidades aos que tiverem agido ou pago o tributo, enquanto prevalecer o entendimento constante de decisão irrecurável de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, **seja ou não parte o interessado**. Aplicação do art. 76, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 4.502, de 1964.

Recurso Especial do Contribuinte Provido. (Grifo nosso).

Esta decisão não unânime (8 x 2) deixa clara a controvérsia relativamente à extensão dos efeitos da decisão a terceiros. O Relator, em seu voto, após reiterar com base em doutrina que não houve revogação do dispositivo aqui discutido (houve, portanto, recepção, já que não há revogação expressa), acrescenta:

Acórdão CARF nº 9303-003.517 – 3ª Turma da CSRF

(Fl. 5 Acórdão – Voto do Relator)

Após essa breve digressão, retornando à lide, não identifiquei no sistema jurídico vigente declaração de inconstitucionalidade do art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964. Também não há lei posterior que tenha revogado o referido artigo. Pelo contrário, verifico que o Poder Executivo o utilizou como base legal do art. 486, do Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002, e do art. 567, do Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010.

Assim, entendo que a regra contida no art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964, continua vigente.

Na sequência, o Relator C. Gilson Macedo Rosenburg Filho, após reconhecer a existência de jurisprudência da CSRF no sentido pretendido pelo contribuinte, deu provimento ao seu recurso especial.

Por outro lado, o C. Rodrigo Possas, em declaração de voto (vencido), discordou dos argumentos acima e se posicionou pela não recepção específica do art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964, como segue:

Acórdão CARF nº 9303-003.517 – 3ª Turma do CARF

(Fl. 6 do Acórdão – Declaração de Voto (vencida))

Ouso discordar do ilustre relator, por entender que o art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502, de 1964, não foi recepcionado pela Lei 5.172/66, o Código Tributário Nacional, pelo simples fato de este diploma legal ser o instrumento constitucionalmente hábil para tratar de normas gerais de Direito Tributário, e o seu artigo 100 define perfeitamente os casos em que as decisões administrativas terão eficácia normativa.

Não vem ao caso se os decretos regulamentares do IPI posteriores reproduziram essa norma, já que em não estando em vigor, não poderiam os decretos ter em seu corpo a referida norma, a exemplo dos decretos que trazem os regulamentos aduaneiros desde a edição da Lei-base, o Decreto-lei nº 37/66 que entrou em vigor dias depois do CTN.

Não se trata de esse tribunal administrativo tratar da inconstitucionalidade de leis, o que é vedado pela súmula CARF nº 2, até porque não há como declarar inconstitucional uma lei editada antes da atual Carta Magna, mas sim de reconhecer que o texto não foi recepcionado e isso o CARF como

órgão julgador tem competência para fazer, assim como o fez a administração tributária, com a edição do parecer normativo RFB nº 23, de 6 de setembro de 2013, abaixo transcrito: [segue transcrição]

O C. Rodrigo Possas, que se baseou na não recepção em virtude do que dispõe o art. 100 do CTN, citou jurisprudência do STJ, para dar sustentação à sua posição destacou o seu item 6, abaixo reproduzido:

Acórdão CARF nº 9303-003.517 – 3ª Turma da CSRF

(Fls. 9-10 do Acórdão – Declaração de Voto (vencida))

REsp. 858047/SE

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 458 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ALEGADA CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E VEDAÇÃO AO EFEITO CONFISCO). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES. OBRIGATORIEDADE. PRERROGATIVA QUE NÃO É ASSEGURADA PELOS ARTS. 100, II, E 103, II, DO CTN.

[...]

6. Os arts. 100, II, e 103, II, do CTN, não impõem a publicação de todas as decisões proferidas em sede de processo administrativo.

Como bem esclarece Hugo de Brito Machado, incluem-se na previsão do art. 100, II, do CTN, "as decisões proferidas por órgãos singulares ou coletivos incumbidos de julgar administrativamente as pendências entre o Fisco e os contribuintes, desde que a lei atribua a essas decisões valor de norma". Incluem-se nessa categoria, atualmente, conforme exemplo citado pelo autor referido, "os denominados pareceres normativos emitidos pela Coordenação do Sistema de Tributação do Ministério da Fazenda, órgão incumbido de unificar a interpretação da legislação tributária, mediante solução de consultas". Considerando que, na hipótese, a decisão proferida em sede de processo administrativo não se amolda ao contexto legal, não há falar em violação dos artigos em comento.

Por fim conclui o referido voto divergente (vencido, fl. 11 do Acórdão):

Note-se, especialmente, o item nº 6 da decisão acima, que diz claramente que é necessária lei que atribua eficácia normativa às decisões administrativas, e ainda cita como exemplo os pareceres normativos, em que a lei lhes atribuiu a eficácia normativa exigida pelo art. 100 do CTN.

Assim, no presente caso, devemos considerar norma com eficácia e densidade normativa apenas o parecer normativo RFB nº 23 e, por não ter sido recepcionada pelo CTN, não podemos dar a densidade normativa pretendida pelo relator ao art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502, de 1964.

Esta decisão é a decisão mais recente da 3ª T. da CSRF e representa o atual estágio da controvérsia na 3ª Seção do CARF.

Cita-se também a decisão da 2ª TO da 4ª C., cuja ementa segue abaixo:

Acórdão nº 3402-002.992 (Embargos) – 4ª Câmara – 2ª Turma Ordinária

Julgado em 26 de abril de 2016

Relator: Antonio Carlos Atulim

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. Verificada omissão no acórdão embargado, o vício deve ser saneado por meio do acolhimento dos embargos de declaração.

MULTAS. EXCLUSÃO. CONDUTA DO CONTRIBUINTE CONSOANTE DECISÃO IRRECORRÍVEL NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

Conquanto o art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 não tenha sido recepcionado pelo art. 100, II, do CTN, o art. 486, II, do RIPI/2002 e o art. 567, II, do RIPI 2010 determinaram a não aplicação de penalidades aos que, enquanto prevalecer o entendimento, tiverem agido ou pago o imposto de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecurável de última instância administrativa.

Veja-se que, neste caso, embora o Acórdão não unânime (4 x 3) tenha afastado a recepção do art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/1964 em face do CTN, manteve sua aplicação, porquanto está reproduzido no texto do RIPI, e o CARF não tem autonomia de julgamento suficiente para afastar decretos presidenciais. Embora não se trate aqui de fazer a referência a méritos do processo em si, cabe reproduzir o trecho do voto do Relator onde estabelece o deslinde desta questão:

Acórdão nº 3402-002.992 (Embargos) – 4ª Câmara – 2ª Turma Ordinária (fl. 3 do voto do Relator)

Por tais motivos é que me mantenho firme na convicção de que o art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico a partir do advento do CTN, entendimento que declinei nas razões de decidir do Acórdão 3403003.323, julgado em 2014.

Entretanto, conforme bem apontou o ilustre Patrono, os Regulamentos do IPI têm considerado que o art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 está vigente e eficaz, conforme se pode conferir no art. 567, II, do RIPI 2010 e também no art. 486, II, do RIPI 2002.

Sendo assim, embora os regulamentos dos outros tributos não tenham contemplado a vigência do art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64, é fora de dúvida que tal disposição foi mantida por meio dos decretos que instituíram os regulamentos do IPI, devendo tais decretos serem observados de forma obrigatória pelo CARF, a teor do que dispõe o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72.

Afinal de contas, este colegiado aplicou a vinculação contida no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 no julgamento dos Acórdãos 3402-002.856 e 3402002.928, para fazer cumprir a letra dos arts. 169, II, b, e 388, ambos do RIPI/2002, a fim de condicionar o direito de crédito do IPI por devoluções e retornos à escrituração do Livro Modelo 3 ou do Controle Permanente de Estoque. Igualmente, no Acórdão 3402-002.929, este colegiado fez prevalecer o disposto no art. 10 do Decreto nº 4.195/2002, para manter a atuação da CIDE TECNOLOGIA sobre contratos que não envolviam transferência de tecnologia.

Agora se trata de aplicar a mesma vinculação estabelecida no art. 26-A do Decreto nº 70.235/72 para fazer valer a letra do art. 486, II, do RIPI/2002 e o art. 567, II, do RIPI/2010, ainda que pessoalmente este relator considere que seu suporte legal não foi recepcionado pelo CTN.

A aplicabilidade do art. 486, II, do RIPI/2002 parece ter sido admitida de forma implícita no Acórdão 3302-001.790, por meio do qual o relator, ilustre Conselheiro José Antônio Francisco, silenciou quanto à eficácia do art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64, mas indeferiu o pedido de exclusão da multa, sob o argumento de que os Acórdãos CSRF/0203.677; 0202.979; 0203.029; 0203.585; 930301.274 e 930300.854 traduziram uma mudança no entendimento da CSRF.

Há inúmeros acórdãos da 3ª seção do CARF sobre o tema. Porém, no sentido de estabelecer a existência da controvérsia cita-se um recente acórdão, contrário à decisão da CSRF acima transcrita e à decisão da 2ª TO da 4ª C também citada acima, que deixa de aplicar a norma, ainda que conste do RIPI, como segue.

Acórdão CARF nº 3301-003.005 – 3ª Câmara - 1ª Turma Ordinária

Julgado em 22 de junho de 2016

(Decisão, nesta parte, por maioria (7x1))

Relator: Francisco José Barroso Rios

EMENTA:

[...]

MULTA. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. ARTIGO 76, II, A, DA LEI Nº 4.502/64. NÃO RECEPÇÃO PELO ARTIGO 100, II, DO CTN. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA A QUE A LEI ATRIBUA EFICÁCIA NORMATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA MULTA. É verdade que o artigo 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64, dispensa a aplicação de penalidades em relação aos que agiram "(...) de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, seja ou não parte o interessado". A despeito de referida prescrição ainda constar do Regulamento do IPI, aludida norma não foi recepcionada pelo CTN, já que o artigo 100, inciso II, atribui força de norma concernente a "decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa", unicamente, àqueles "a que a lei atribua eficácia normativa". Diante da inexistência de decisão administrativa nos termos do artigo 100, inciso II, do CTN, impossível exonerar a multa de ofício lavrada contra o sujeito passivo.

Assim, fica evidenciado que, mesmo no âmbito da aplicação restrito ao IPI, há controvérsias ainda a resolver, no âmbito da jurisprudência do CARF.

4.2. Primeira Seção

Alguns acordos mais recentes da 1ª Seção passaram a tratar do tema, em geral suscitado em memoriais pelos contribuintes. Contudo, não se encontra menção a tal discussão em ementas das decisões, conquanto sejam encontradas no bojo dos votos dos Acórdãos. Cita-se, por exemplo:

Acórdão CARF nº 1201-001.190 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Julgado em 24 de março de 2015

Relator: Roberto Caparroz de Almeida

(Afastou a aplicação do 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 por voto de qualidade)

Acórdão CARF nº 9101-002.225 – 1ª T. da CSRF

Julgado em 04 de fevereiro de 2016

Relator: Adriana Gomes Rego

(Afastou a aplicação do 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 por maioria (8x2))

Acórdão CARF nº 9101-002.226 – 1ª T. da CSRF

Julgado em 04 de fevereiro de 2016

Relator: Rafael Vidal de Araujo

(Afastou a aplicação do 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 por maioria (8x2))

Acórdão CARF nº 9101-002.227 – 1ª T. da CSRF

Julgado em 04 de fevereiro de 2016

Relator: Rafael Vidal de Araujo

(Afastou a aplicação do 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 por maioria (8x2))

Acórdão CARF nº 9101-002.262 – 1ª T. da CSRF

Julgado em 03 de março de 2016

Relatora: Cristiane Silva Costa

(Afastou a aplicação do 76, II, "a", da Lei nº 4.502/64 por maioria (6x4))

Veja-se que no caso da 1ª Seção a discussão pressupõe a recepção do art. 76, II, "a", da Lei nº 4.502/1964 em face do CTN, e se centra na possibilidade, ou não, de expandir sua aplicação para outros tributos. Destaco adiante argumentos trazidos a favor e contra essa extensão.

Acórdão nº 1201-001.190 – 2ª Câmara – 1ª Turma Ordinária

Julgado em 24 de março de 2015

Relator: Roberto Caparroz de Almeida

(Trecho do voto do Relator, fls. 9-10)

No que tange à suposta inobservância ao artigo 76, inciso II, alínea "a", da Lei nº 4.502/1964 (que cuida do "imposto de consumo"), cabem as seguintes observações:

Em primeiro lugar, trata-se de argumento novo para artigo velho, cujo objetivo seria aplicar, de forma universal para as penalidades tributárias, o benefício veiculado pelo citado dispositivo, abaixo reproduzido:

[reproduz o dispositivo]

Ocorre que o inciso II expressamente utiliza o termo "imposto", que é o antigo imposto sobre consumo, atual IPI, de sorte que **não é possível alargar o benefício para figuras tributárias distintas**, por ofensa ao princípio da legalidade.

Conquanto a Lei nº 4.502/64 traga dispositivos de aplicação ampla, como os famosos artigos 71, 72 e 73, que tratam de sonegação, fraude e conluio, isso somente é possível porque a Lei nº 9.430/96 (que é norma geral tributária no âmbito federal) lhes faz expressa remissão, como se pode depreender do artigo 44, § 1º. Daí a pretender que **todos os dispositivos de uma lei específica sejam aplicados a todas as penalidades tributárias há enorme distância**, embora, a título de argumentação, a tese tenha defensores de escol. Todavia, não há como prosperar a pretensão da Recorrente. Afasto, ainda, pelas razões acima aduzidas, o argumento de que a multa de ofício deveria ser cancelada pela prática consuetudinária deste Conselho (item 2.4, fls. 72 do Recurso Voluntário). (Negritos no original)

Acórdão CARF nº 9101-002.226 – 1ª Turma da CSRF

Julgado em 04 de fevereiro de 2016

Relator: Rafael Vidal de Araujo

(Trecho do voto do Relator, fls. 28-29)

Ocorre que a Lei nº 4.502/64 expressamente regula o antigo imposto sobre o consumo, atualmente substituído, no âmbito federal, pelo imposto sobre produtos industrializados – IPI. A Lei nº 4.502/64 se utilizou de uma antiga técnica legislativa que consistia em delimitar no art. 1º de qual imposto estava tratando e nos demais artigos utilizar-se apenas do termo "imposto".

Percorrendo a Lei nº 4.502/64, observa-se o seguinte: o artigo 2º trata do fato gerador do imposto, os artigos 6 a 9 cuida das isenções do imposto, o artigo 32 ocupa-se do ônus da não transferência do imposto para a restituição, e o artigo 76 maneja a questão do **common law** administrativo para o imposto.

Portanto, se eu ampliar o termo imposto do artigo 76 da Lei nº 4.502/64 para o imposto de renda, por **coerência** eu teria que, por exemplo, estender as isenções dos artigos 6 a 9, o ônus do artigo 32, etc. Se eu andar por essa linha, as empresas que fabricam caixões, as empresas que fazem painéis, que produzem chapéus, que fabricam roupas de couro, as empresas que fazem material bélico para a União não pagarão mais imposto de renda.

Conquanto a Lei nº 4.502/64 traga dispositivos de aplicação ampla, como os famosos artigos 71, 72 e 73, que tratam de sonegação, fraude e conluio, isso somente é possível porque a Lei nº 9.430/96 ... lhes faz expressa remissão, como se pode depreender do seu artigo 44, § 1º. (Acórdão nº 1201-001.190, de 24/03/2015, fl. 855, relator Roberto Caparroz de Almeida.)

Logo, pela estrutura com que a Lei nº 4502/64 foi construída e porque o termo “imposto”, de que se vale o seu artigo 76, está destinado apenas para o IPI, então entendo que o **stare decisis** administrativo não tem efeito no âmbito do imposto de renda e nem da contribuição social sobre o lucro líquido (em relação à CSLL acredito nem haver espaço para essa investigação, pois é um espécimen diferente de imposto, ambos integrantes do gênero tributo, mas com características diferenciadoras bem acentuadas).

Corroborar essa leitura, o fato de que o Regulamento do IPI (Decreto nº 4.544/2002) alberga, em seu art. 486, o art. 76 da Lei nº 4.502/64. E, de forma diversa, o Regulamento do IRPJ (Decreto nº 3.000/1999) não contempla o disposto no referido art. 76. Especificamente quanto às multas impostas em virtude de lançamento de ofício, o RIR/99 reproduz, em seu art. 957, o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, o qual não traz hipótese semelhante àquela prevista no art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502/64. (Acórdão nº 1201-000.888, de 2013, fl.12/13, já citado.)

Conclui-se, portanto, que a multa de ofício exigida nos presentes autos, imposta com fulcro no art. 44 da Lei nº 9.430/96, não pode ser afastada pelo prescrito no art. 76 da Lei nº 4.502/64. (Destques no original)

Em sentido contrário, transcrevem-se trechos de votos proferidos na CSRF:

Acórdão CARF nº 9101-002.226 – 1ª Turma da CSRF

Julgado em 04 de fevereiro de 2016

Declaração de voto (vencida): C. Luis Flávio Neto

(fls. 62-63)

A atribuição de *eficácia normativa individual e concreta* às referidas decisões é suficiente para os propósitos da *norma de escusa de penalidade à conduta razoável*: evidenciar que outros contribuintes, mesmo que estranhos ao procedimento administrativo, poderiam ter justificáveis “**dúvidas**” sobre a vedação de uma conduta. Foi o que reconheceu o art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502/64, suscitado pelo contribuinte em sede de memoriais:

[Reproduz o dispositivo.]

Deve ser verificada a relevância ao presente recurso especial desse dispositivo suscitado pelo contribuinte. Analisadas as normas do CTN sobre a matéria, é possível avançar na análise do ciclo de positividade do Direito tributário para cogitar, por hipótese, três possíveis reações do legislador ordinário: **i)** regular, sem restringir, a fruição da norma de escusa de penalidade à conduta razoável; **ii)** restringir ou mesmo proibir a interpretação mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida na penalização de conduta razoável; **iii)** quedar-se silente, tendo em vista que os aplicadores do Direito tributário já se encontram suficientemente tutelados sobre a questão.

O art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502/64, como se vê, cuida da fruição da *norma de escusa de penalidade à conduta razoável*. O legislador ordinário requereu decisão da CSRF como requisito para a

demonstração da razoabilidade da conduta do acusado capaz de evidenciar “dúvida” que lhe garanta a mais favorecida das interpretações e o afastamento de penalidades (“decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal”). Além disso, o legislador ordinário não exigiu qualquer *constância de entendimento* do Tribunal, valendo-se do singular (“decisão irrecorrível”) para fazer referência àquilo que serviria de escusa à aplicação de penalidade, enfatizando que o contribuinte não necessita ser parte do procedimento administrativo que deu origem à decisão paradigmática (“seja ou não parte o interessado”).

Assim, parece correto compreender que a Lei nº 4.502/64, art. 76, II, “a”, apresenta três espectros normativos. Primeiro, apenas declara a *norma de escusa de penalidade à conduta razoável* já prescrita pelo CTN, ao que se poderia chamar de meramente pedagógica ou didática. Segundo, ao tornar prescindível a pluralidade das decisões de mesmo sentido, satisfazendo-se com uma única decisão irrecorrível da CSRF, o legislador ordinário tornou mais objetiva a aferição da “dúvida” que garante ao acusado a mais favorecida das interpretações. Por fim, ao exigir decisão irrecorrível da CSRF, o enunciado prescritivo pode ser considerado restritivo (*sic*), pois tais condições não foram requeridas pelo legislador complementar.

São controvertidas algumas questões sobre a eficácia da Lei nº 4.502/64, art. 76, II, “a”. Seria possível, por exemplo, questionar se haveria proporcionalidade na suposta distinção do legislador em agraciar exclusivamente as relações jurídico-tributárias atinentes ao IPI com uma *norma de escusa de penalidade à conduta razoável*. Por que o legislador garantiria apenas em relação às relações em torno do IPI a aplicação de tal norma que, afinal, vivifica a segurança jurídica, a justiça fiscal e a boa-fé?

Acórdão nº 9101-002.262 – 1ª Turma da CSRF

Julgado em 03 de março de 2016

Relatora: Cristiane Silva Costa

Declaração de voto (vencida): C. Ronaldo Apelbaum

(fls. 70-71)

Outra argumentação, aduzida pelo Contribuinte, se refere à aplicabilidade do art. 76, II, “a”, da Lei 4.502/64. Embora a Lei tenha sido promulgada há mais de 4 décadas, podemos dizer que sua pertinência à situação em discussão é matéria nova no âmbito dessa Câmara. Alega que deveria ocorrer a exclusão de penalidade por ter agido de boa-fé, acompanhando o entendimento consolidado deste Tribunal à época dos fatos.

Em primeiro lugar, cumpre transcrever a Lei nº 4.502/64, art. 76, II, “a”:

[Reproduz o dispositivo.]

Defende o Contribuinte, baseado nesse artigo e inciso mencionados, que à época dos fatos interpretou o dispositivo legal em conformidade com interpretação constante de decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais e, portanto, irrecorrível dentro da sistemática aplicável ao processo administrativo.

Em relação à vigência e aplicabilidade desse dispositivo nos tempos atuais, utiliza como argumentação a expedição do recente Parecer RFB 23/2013 como fundamento da aplicabilidade desse artigo. Nesse ponto, ousou discordar frontalmente do Contribuinte, já que o Parecer não se presta a essa finalidade, apenas mencionando o artigo em questão e não reforçando sua validade. Todavia, entendo que tal discussão não é relevante, já que o art. 76 da Lei 4.502/64 encontra-se em sua plena vigência. Baseio-me no fato de que a legislação do IPI (origem do dispositivo) passou por diversas mudanças e sua última regulamentação (Decreto 7.212/10, art. 567) ainda reproduz tal regra.

Portanto, em minha opinião, não há dúvidas sobre sua vigência e aplicabilidade. E o Poder Executivo corrobora esse entendimento. Mas remanesceu a dúvida desse fato em razão da evolução legislativa no tempo. Isso porque o Código Tributário Nacional, recepcionado como Lei Complementar e posterior à Lei 4.506/64, traz regras específicas a respeito da matéria. Durante o julgamento, foi suscitado o art. 100 do Código, que, em seu inciso II, claramente menciona que as decisões dos órgãos administrativos somente podem ser encaradas como regra universal e postas se houver Lei que atribua caráter normativo à decisão. Senão vejamos:

[Reproduz o dispositivo.]

Ora, a leitura desse inciso do art. 100 do Código Tributário Nacional não coloca dúvidas a respeito sobre a continuidade do art. 76 da Lei. Especificamente em relação ao inciso III, que dá natureza de norma complementar às práticas reiteradas das autoridades administrativas, quantas seriam as decisões desse Conselho necessárias para considerar uma prática como reiterada? Não se trata de equação de simples solução, já que estamos navegando em um sistema tributário altamente complexo e de difícil compreensão.

Contudo, a argumentação de que o Código Tributário Nacional, em seu artigo 100, disciplinou as situações em que as condutas das autoridades fiscais possuem força normativa, ainda que complementar, não explica a existência da ressalva do artigo 76, II, da Lei 4.502/64. A saída não está no artigo que dispõe sobre a força dos atos de autoridade, mas sim naquele que disciplina a aplicação de penalidades.

As decisões encontradas na 1ª Seção, embora não unânimes, são todas no sentido de não admitir a aplicação da norma constante do art. 76, II, “a”, da Lei nº 4.502/64 ao IRPJ e CSLL.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece ser razoável concluir que é indiscutível que o art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964 não se aplica a outros tributos que não o IPI.

Resta controverso se, de fato, aplica-se ao IPI – questão da recepção específica, e nesta hipótese, caso se entenda pela recepção, entendimento razoável, tanto mais considerando que o dispositivo controverso consta do RIPI em vigor, subsiste a controvérsia da aplicação de decisões do CARF a contribuintes que não sejam parte do processo.

Permanece também controversa, para o caso de aplicação do art. 76, inciso II, “a”, da Lei nº 4.502/1964, qual a extensão dos conceitos de “entendimento prevalecente” (*caput* do inciso II) e do que seja “decisão irrecorrível de última instância administrativa” para efeito de aplicação do referido dispositivo.

Tais problemas interpretativos, tormentosos e difíceis de resolver, devem-se aos esqueletos legislativos que, de tempos em tempos, saltam das catacumbas e passam a assombrar os hermeneutas. A solução é enterrá-los definitivamente, seja fazendo com que suas almas permaneçam vivas, pela paradoxal via da sua adoção sob uma nova roupagem adequada ao ordenamento tributário atual, seja sepultando-os de vez, pela via da revogação expressa, de forma que suas almas descansem em paz no reino jurídico da eternidade (que para uns é o céu e para outros o inferno).

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOURA, Frederico Araújo Seabra de. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Rogério Pires da. A observância da jurisprudência fiscal dos tribunais administrativos na esfera federal e a possibilidade de exclusão de penalidades. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n. 29, p. 112-121, jun. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ASPECTOS RELEVANTES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DEMORA NA SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ADMINISTRATIVOS – REFLEXÕES SOBRE A ESTRUTURA ATUAL DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL

Ricardo Antonio Carvalho Barbosa*

Resumo: O capítulo trata dos aspectos relevantes do processo administrativo fiscal considerando a demora na solução dos litígios administrativos e fazendo reflexões sobre a estrutura atual do contencioso administrativo fiscal federal, considerando em termos comparativos outros modelos estrangeiros.

Abstract: *The chapter deals with the relevant aspects of the tax administrative process, considering the delay in the resolution of administrative litigation and reflecting on the current structure of the federal tax administrative litigation, considering in comparative terms other foreign models.*

*Ricardo Antonio Carvalho Barbosa é Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil – AFRFB, ocupando atualmente o cargo de Delegado da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE. É pós-graduado em Direito Processual Tributário, pela Universidade de Brasília, e em Direito Tributário, pelo Instituto Cearense de Estudos Tributários. Exerce também atividades de professor de Processo Administrativo Fiscal, Direito Tributário e Legislação Tributária em cursos promovidos pela Escola de Administração Fazendária e pela Universidade Federal do Ceará. É o atual coordenador da disciplina Processo Administrativo Fiscal, no curso de formação de auditores-fiscais e analistas tributários da RFB.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. O SISTEMA FRANCÊS DE DUALIDADE DE JURISDIÇÃO**
- 3. O SISTEMA INGLÊS DE JURISDIÇÃO UNA – O MODELO NORTE-AMERICANO**
- 4. O MODELO PORTUGUÊS**
- 5. CONCLUSÕES**

1. INTRODUÇÃO

A demora na solução definitiva do processo tributário em litígio tem trazido grandes prejuízos para as partes envolvidas. Ao contribuinte, por não ter uma posição definitiva em prazo razoável sobre a sua questão em lide, e à Fazenda Pública, que fica tolhida de receber o tributo supostamente devido.

Nesse contexto, dois aspectos devem ser destacados. Primeiro, no que concerne aos reflexos sobre o sistema de execução fiscal. Estudos apontam que o sucesso do sistema de cobrança depende basicamente de dois fatores: celeridade na ação e a obtenção de garantias. O longo tempo que o processo fiscal leva nas diversas instâncias administrativas federais atualmente existentes permite que o contribuinte malicioso desfaça o seu patrimônio, caso não esteja sob medida cautelar fiscal, tornando írritas as ações de execução futuras.

O segundo aspecto diz respeito à possibilidade de a demora no contencioso tornar mais atraente para o contribuinte a opção em aplicar o montante devido no mercado financeiro, efetuando o pagamento do crédito tributário somente após a decisão definitiva na esfera administrativa. A vantagem financeira decorre do fato de a dívida tributária, após o lançamento de ofício, estar sujeita somente ao acréscimo de juros de mora baseados na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais, calculados sob a sistemática de juros simples.

Por sua vez, o valor aplicado no mercado financeiro, embora muito provavelmente esteja sujeito a uma taxa de juros menor do que a taxa Selic, tem os rendimentos apurados na base de juros compostos. Mesmo que se considere a perda relacionada à redução da multa de ofício, com certeza em um ponto futuro a aplicação financeira superará o montante da dívida tributária atualizada.

Apesar de termos pleno conhecimento dos esforços atuais que são desenvolvidos no âmbito das duas instâncias administrativas federais para racionalização da atividade de julgamento, com a seleção de processos em lotes e matérias conexas, tal atividade, por si só, não tem se mostrado suficiente para reduzir de forma significativa a temporalidade dos processos.

Com efeito, é necessário que direcionemos nossa análise à estrutura do contencioso administrativo atual.

No nosso ordenamento jurídico, a partir da Constituição de 1988, dois princípios balizam o processo tributário: o do Contraditório e Ampla Defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Carta Magna; e o do Livre Acesso ao Poder Judiciário, inciso XXXV do mesmo artigo. Com eles, é vedado ao legislador tanto o afastamento do processo no âmbito administrativo, quanto a adoção de restrições à opção pela via judicial.

O contribuinte, portanto, tem a garantia constitucional de discussão da exigência fiscal na esfera administrativa, e depois (ou antes ou concomitante) o ingresso na via judicial. Dentro desse diapasão, a mesma matéria tributária pode ser analisada por quatro, cinco ou mais instâncias.

É racional o atual modelo brasileiro?

Para responder a essa questão, irei tomar como parâmetro o que ocorre em outros países, tais como França, Estados Unidos da América e Portugal, que possuem estruturas de contencioso fiscal diversas da nossa.

2. O SISTEMA FRANCÊS DE DUALIDADE DE JURISDIÇÃO

A justiça francesa divide-se em dois grandes ramos, absolutamente independentes: Justiça Administrativa e Justiça Judiciária. Essa opção teve como marco a Revolução Francesa, com a extinção do Absolutismo, que tinha o Rei como instância última de revisão das decisões.

No modelo atualmente em vigor, estão previstos tribunais administrativos, com poder jurisdicional, que, como regra, apreciam os litígios em que a administração figura como parte.

De acordo com o Código de Justiça Administrativa (*Code de Justice Administrative*¹), a atual organização é composta de três instâncias:

- Tribunal Administrativo (*Tribunal Administratif*);
- Corte Administrativa de Apelação (*Cour Administrative d'appel*); e
- Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*).

Os Juízes do contencioso administrativo advêm da Escola Nacional da Administração – ENA, não possuindo a mesma formação de juiz afeto à jurisdição comum.

Os órgãos de jurisdição administrativa não possuem qualquer ligação com a administração tributária francesa, que é exercida pela Direção Geral das Finanças Públicas – DGFIP.

A legislação francesa possibilita que o contribuinte, antes de ingressar com o litígio nos tribunais administrativos, submeta a questão a uma das diversas comissões existentes na França.

Essas comissões, compostas por igual número geral de representantes dos contribuintes e funcionários administrativos, estão autorizadas a ocorrer, quer quando surgem divergências entre os contribuintes e o serviço das finanças públicas nas diversas fases da exigência fiscal, quer como parte da avaliação da base tributária.

Por exemplo, nos termos do artigo L59 do Processo Tributário (*livre des procédures fiscales – LPF*), quando no contexto do processo de retificação do contraditório existe um desacordo entre o contribuinte e a administração, em matéria de impostos sobre lucros ou receitas fiscais, a controvérsia poderá ser submetida à comissão departamental de impostos diretos e dos impostos sobre as receitas (CDIDTCA), a pedido de qualquer das partes².

As comissões não têm poder de decisão, assim os seus pareceres não vinculam as partes envolvidas. Se o litígio persistir, o ônus da prova na fase contenciosa ficará sempre a cargo da Administração.

3. O SISTEMA INGLÊS DE JURISDIÇÃO UNA – O MODELO NORTE-AMERICANO

A administração tributária norte-americana é exercida pelo *IRS – Internal Revenue Service* (Receita Federal Americana). Dentre as funções do órgão, destacam-se: lançamento e cobrança de tributos federais, determinação de montantes devidos, investigações de fraudes e a apreciação de apelos administrativos (grifei). O órgão responsável pela apreciação dos recursos administrativos é o *IRS Office of Appeals* (Departamento de Recursos), sendo uma organização independente dentro da estrutura do IRS.

No próprio sítio do *IRS Office of Appeals* na *internet*³ é evidenciada a necessidade de o departamento ser objetivo, imparcial e neutro para exercer suas atividades de forma eficaz. Ressaltam, inclusive, que, se os contribuintes percebem que não terão um julgamento justo no Departamento de Recursos, mais

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933> (acesso em 01/07/2017)

² Lorsque le désaccord persiste sur les rectifications notifiées, l'administration, si le contribuable le demande, soumet le litige à l'avis soit de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires prévue à l'article 1651 du code général des impôts, soit de la Commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires prévue à l'article 1651 H du même code, soit du comité consultative prévu à l'article 1653 F du même code, soit de la commission départementale de conciliation prévue à l'article 667 du même code. Les commissions peuvent également être saisies à l'initiative de l'administration.

³ <https://www.irs.gov/individuals/appeals-an-independent-organization>: Independence is the most important of Appeals' core values. Independence from IRS compliance functions is critical for Appeals to accomplish its mission. To resolve disputes effectively, Appeals must show itself to be objective, impartial, and neutral in fact as well as appearance. If taxpayers perceive they will not get a fair hearing in Appeals, more tax controversies would be litigated in Tax Court, which would increase the cost and burden to both the taxpayer and the Federal Government.

controvérsias fiscais serão levadas ao Poder Judiciário, o que aumentaria os custos e encargos tanto para o contribuinte como para o Governo Federal.

Nos EUA também é assegurado ao contribuinte a possibilidade de contestação na via judicial, em petição ao *Tax Court* (Tribunal Fiscal), e em segunda instância à *US Court of Appeals* (Corte de Apelação). O prazo para ingresso é de 90 dias após o recebimento do aviso legal de deficiência (*statutory notice of deficiency*), após decisão do Departamento de Recursos.

O Tribunal Fiscal é o único fórum em que os contribuintes podem fazê-lo sem antes ter pago o imposto controvertido na íntegra. Outras opções: *United States District Court* ou *the United States Court of Federal Claims*.

Destaca-se no modelo norte-americano a existência de previsão legal para acordos administrativos, com benefícios para o contribuinte e vantagens para a administração, que aloca recursos a custos relativamente baixos.

4. O MODELO PORTUGUÊS

Em Portugal, o processo tributário é julgado por órgãos especializados que fazem parte da ordem judiciária portuguesa. São previstas três instâncias: Tribunais Administrativos de Círculo e os Tribunais Tributários, Tribunais Centrais Administrativos e Supremo Tribunal Administrativo (art. 8º da Lei nº 13/2002 – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais).

A administração tributária está sob a responsabilidade da “Autoridade Tributária e Aduaneira”, que tem por missão administrar os impostos, direitos aduaneiros e demais tributos que lhe sejam atribuídos, bem como exercer o controlo da fronteira externa da União Europeia e do território aduaneiro nacional.

Apesar de a administração tributária não ter competência para apreciar recursos administrativos, o art. 68 do Código de Procedimento e de Processo Tributário – CPPT (aprovado pelo Decreto-Lei nº 433, de 1999) estabelece um procedimento específico intitulado de “reclamação graciosa”, que visa à anulação total ou parcial dos atos tributários por iniciativa do contribuinte, incluindo, nos termos da lei, os substitutos e responsáveis⁴.

A reclamação graciosa tem como principais características a simplicidade dos termos e isenção de custas, sendo apreciada, via de regra, pelo dirigente do órgão periférico regional da área do domicílio ou sede do contribuinte. A sua interposição não é condição necessária para um posterior ingresso de impugnação contenciosa.

5. CONCLUSÕES

Apesar de os três modelos abordados serem distintos (França – dualidade de jurisdição; EUA – sistema de jurisdição una, com órgão de julgamento administrativo sem poder jurisdicional; e Portugal, com tribunais especializados na área fiscal, dentro da ordem judiciária), pode-se identificar as seguintes características em comum:

1. como regra, têm-se no máximo três instâncias com competência para apreciar os litígios tributários (administrativa e/ou judicial); e

⁴ Art. 68 – Procedimento de reclamação graciosa

1- O procedimento de reclamação graciosa visa à anulação total ou parcial dos actos tributários por iniciativa do contribuinte, incluindo, nos termos da lei, os substitutos e responsáveis.

2 - Não pode ser deduzida reclamação graciosa quando tiver sido apresentada impugnação judicial com o mesmo fundamento. (Lei nº 15, de 5 de junho de 2001)

2. todos possuem tribunais especializados na área tributária com poder jurisdicional.

Pela exposição efetuada, verifica-se que o nosso modelo muito se assemelha ao norte-americano (unidade de jurisdição com órgão de julgamento administrativo sem poder jurisdicional). No entanto, adotamos um maior número de instâncias administrativas, e não temos uma justiça especializada na área tributária. Também praticamente não dispomos de instrumentos de negociação, com o intuito de evitar ou extinguir litígios na esfera administrativa (com exceção da possibilidade de redução da multa de ofício lançada, no prazo para impugnação ou recurso voluntário).

Precisamos ter até três instâncias administrativas, sem poder jurisdicional, para dar segurança e transparência à relação tributária? Levando-se em conta que o contribuinte, após discussão administrativa, pode recorrer ao Poder Judiciário, é possível que, dependendo da matéria em litígio, tenhamos até seis instâncias envolvidas. Um contrassenso.

O número de processos em estoque nas DRJ e no CARF, e a temporalidade atual para conclusão dos julgamentos são mais que suficientes para demonstrar a necessidade de revisão do nosso modelo⁵.

É certo que esse problema já vem sendo discutido há longa data, tendo sido adotadas algumas medidas que não lograram êxito. Dentre elas, destacam-se:

1. Limitação das hipóteses para interposição do recurso voluntário – art. 10 da Medida Provisória nº 232/04, não convertida em Lei;
2. Depósito Recursal e Arrolamento de Bens – o depósito recursal foi criado pela Medida Provisória 1.621/30, de 1997. Por sua vez, o art. 32 da Lei nº 10.522, de 2002, alterou a redação do art. 33 do Decreto nº 70.235, de 1972, passando a exigir, como condição para seguimento do recurso voluntário, a efetivação de arrolamento de bens e direitos no valor equivalente a 30% da exigência fiscal. Por decisão unânime, prolatada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1976-7, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), disse ser inconstitucional lei que determina o arrolamento de bens no caso de interposição de recurso administrativo voluntário.

Apesar de algumas tentativas sem grande êxito, a necessidade de reforma do contencioso administrativo fiscal se torna cada vez mais evidente. É possível a adoção de reformas sem comprometer os princípios constitucionais albergados na Carta de 1988. Nesse diapasão, incluem-se as seguintes questões:

1. redução do número de instâncias administrativas;
2. criação de mecanismos que possibilitem o incremento das hipóteses de negociação do crédito tributário lançado de ofício, com o intuito de evitar ou extinguir os litígios tributários;
3. estabelecimento de vínculos entre o processo administrativo e o Judicial;
4. criação de justiça especializada na área tributária; e
5. revisão das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Por fim, cabe uma breve reflexão sobre a atuação dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – AFRFB no julgamento administrativo. Podem eles ser intitulados de “representantes da fazenda pública”?

Como servidores públicos, os AFRFB têm o dever de observar as normas legais e regulamentares (art. 116, da Lei nº 8.112, de 1990). No caso específico do julgamento no âmbito das DRJ, a Portaria MF nº

⁵ De acordo com o Portal do Contencioso Administrativo da Receita Federal, existem em estoque atualmente cerca de 240.000 processos só na primeira instância. No CARF, existem atualmente cerca de 115.000 processos.

341, de 2011, estabelece também que é dever do julgador observar o entendimento da Receita Federal expresso em atos normativos.

Evidente, pois, que é imprecisa a adoção da expressão “representante da fazenda pública” para os auditores-fiscais que atuam como julgadores administrativos, no sentido de que estariam agindo de forma parcial no contencioso administrativo. Aliás, se agirem desta forma estarão manifestadamente infringindo a lei, e sujeitos às sanções dela decorrentes.

O Departamento de Recursos dos Estados Unidos da América (*IRS Office of Appeals*) é composto por membros da administração tributária, que primam em atuar de forma imparcial na apreciação de recursos administrativos, conforme já citado. O nosso caso não pode ser diferente.

A rigor, o único e verdadeiro representante da Fazenda Nacional que atua no contencioso administrativo é o Procurador da Fazenda Nacional, que participa ativamente no julgamento em segunda instância ou instância especial, elaborando contrarrazões ou recursos, e fazendo a sustentação oral (Regimento Interno do CARF Portaria MF nº 343, de 2015).



O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Francisco Marconi Oliveira*

Resumo: O novo Código de Processo Civil que entrou em vigor no ano de 2016, ainda que de aplicação supletiva ou subsidiária, causou impacto no processo administrativo tributário. Apesar de o contencioso federal já adotar em suas decisões aspectos expressos no texto da nova lei processual civil, a partir de agora a questão passa a ser analisada de outro ângulo. O alinhamento do processo administrativo aos precedentes necessários à uniformidade da jurisprudência permitirá ampliar a segurança jurídica e, ao longo do tempo, reduzir a litigiosidade na esfera administrativa.

Abstract: *The new Brazilian Civil Procedure Code, which came into force in 2016, even if as a supplementary or subsidiary application, had an impact on the administrative tax process. Although the federal litigation already adopts in its decisions aspects expressed in the text of the new civil procedural law, the matter will now be analyzed from another angle. The alignment of the administrative procedure with the precedents necessary for the uniformity of the case-law will increase legal certainty and, over time, reduce litigation at the administrative level.*

* Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Mestre em Administração Pública (UFRN). Especialista em Direito Tributário (UFPE/ESAF). Bacharel em Contabilidade e Administração.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. OS PRECEDENTES E MODELO CULTURAL APLICADO NO BRASIL**
- 3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**
- 4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO**
 - 4.1 Processo administrativo como meio alternativo às demandas judiciais**
 - 4.2 Uniformidade e estabilidade da Jurisprudência**
 - 4.3 Aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao processo administrativo**
- 5. CONCLUSÕES**
- 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (CPC) teve a sua versão final publicada em março de 2015, depois de anos de estudos e discussões entre especialistas e operadores do Direito no Congresso Nacional. Até o início de sua vigência¹, em março de 2016, e depois dela, o Código provocou novos e acalorados debates no meio jurídico, principalmente, em relação à valorização dos precedentes judiciais, mecanismo de uniformização de jurisprudência dos tribunais.

Em razão da unicidade jurídica, era de se esperar que as alterações promovidas pelo novo CPC repercutissem nas demais áreas do conhecimento do Direito, principalmente, ao determinar sua aplicação supletiva e subsidiária aos demais sistemas processuais judiciais e administrativos existentes na ordem jurídica brasileira.

O fortalecimento do uso de precedentes, com base na harmonização e ampla divulgação de julgados dos tribunais, tende a suscitar mudanças na forma de argumentação das petições e decisões, com a utilização da jurisprudência como uma importante fonte do Direito. E o Tributário, haja vista o volume de temas que se repetem, certamente, será um dos mais afetados pelas alterações no CPC, que, por conseguinte, irá desaguar no processo administrativo tributário, um meio alternativo às demandas judiciais intensamente utilizado pelos contribuintes em função das vantagens relativas que oferece.

Neste artigo serão abordadas algumas destas questões. A primeira delas, se a valorização dos precedentes judiciais muda ou tende a mudar o modelo cultural jurídico brasileiro, aproximando-o do *common law*. A segunda, de como isso interfere no litígio do processo administrativo tributário e na maneira de como ocorrerá o julgamento do processo nessa relevante fase de controle do lançamento.

2. OS PRECEDENTES E MODELO CULTURAL APLICADO NO BRASIL

O novo CPC encerrou diversas normas que tratam da sistematização dos precedentes judiciais, passando-os a ser de observância obrigatória. E, ao que parece, esse é o aspecto que causará maior impacto nas normas de processo civil no campo administrativo tributário.

Foram dados passos neste sentido quando, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a Constituição Federal foi modificada ensejando que fosse produzida a legislação regulatória que tratou da repercussão geral. Em seguida, para os recursos repetitivos. Essas medidas permitiram uma tramitação mais rápida do processo, bem como uma maior uniformidade do Direito. O mecanismo de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal foi regulado pela Lei nº 11.418, de 2006, e a introdução do recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça com a instituição da Lei nº 11.672, de 2008. Porém, o novo Código veio fazer mais que isso. Ele avança com esses institutos e estabelece o prazo de um ano a partir da afetação de um tema de repercussão geral ou para ser julgado sob o regime repetitivo.

As mudanças, provocadas pela necessidade de uniformização e celeridade nas decisões, fortaleceram o uso de precedentes pelos operadores do Direito e abriram uma discussão teórica na comunidade jurídica: se o Direito contemporâneo está ou não rumando para o modelo de *common law*. Conceitualmente, essa se fundamenta na lei não escrita, no direito jurisprudencial e nos costumes, enquanto o *civil law* se alicerça na lei devidamente positivada e codificada.

¹ CPC, art. 1.045. "Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial."

Para Guedes (2006), o que existe no Brasil é um sistema normativo que pertence à tradição jurídica do *civil law*, que abarca diversos subsistemas, um dos quais o sistema de precedente. Portanto, não haveria que se falar em migração para a tradição jurídica de *common law*².

Entretanto, se de um lado os tribunais judiciais e administrativos estão investindo na harmonização e ampla divulgação de seus julgados, de outro, diante dessa maior visibilidade, passa-se a ter uma valorização do modo de argumentação – das petições e das decisões – baseado em entendimentos firmados pelas cortes em casos pretéritos, não sendo mais a jurisprudência pátria apenas uma fonte secundária do Direito.

Apesar de o modelo cultural brasileiro ser *civil law*, não cabe afirmar, diante da valorização dos precedentes, que seja, atualmente, um modelo puro, no qual se aplica unicamente a norma produzida pelo Poder Legislativo e os atos infralegais complementares, até porque, "mesmo na tradição do *common law*, o precedente não é um totem onde todos erguem os braços em sua direção e lançam seus destinos" (BRENNER e SPAETH, 1995, *apud* CAVALCANTE, 2016).

O novo CPC, como elemento normativo, visa à regulação de condutas e revela a existência de um sistema prescritivo que pretende, dentre outros objetivos, estruturar uma sistemática dos precedentes judiciais no Brasil.

No específico contexto brasileiro, dizem Cunha, Macêdo e Ataíde Jr. (2015), não seria novidade o ordenamento jurídico-pátrio encontrar-se permeável à utilização do direito jurisprudencial como fonte normativa, pois os enunciados de súmula da jurisprudência dominante dos tribunais superiores possuiriam características aproximadas às dos assentos portugueses da época Colonial e Imperial. E que o Código evidencia um aspecto implementado nas últimas duas décadas³, iniciado com a criação dos tais enunciados.

Mesmo considerando que precedente judicial no Brasil não tem a função de preencher as lacunas da lei, pois o Poder Judiciário atua com base nela (Inciso II, art. 5º da CF), dando-lhe ou impondo-lhe sua interpretação, ainda assim pode-se dizer que há uma tendência de se adotar um modelo híbrido de norma escrita e de precedentes. Nessa toada, considerando como traço marcante do CPC a preocupação com a segurança jurídica decorrente das decisões judiciais, pela expressa atribuição de caráter vinculante aos precedentes, há sentido na declaração do Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, proferida no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional (CANÁRIO, 2015) de que o Brasil "caminha a passos largos para o *common law*".

3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

O processo administrativo tributário tem grande relevância no controle da legalidade do lançamento, uma vez que possibilita ser realizada pela própria administração a verificação dos requisitos de liquidez

² Para Guedes (2006), Fenômeno motivado, dentre tantas outras razões, pela necessidade de uniformização dos julgados; pela visibilidade que os julgados têm alcançado com amplo acesso dos jurisdicionados; pelo modo de argumentação das peças processuais e das decisões judiciais, nas quais as citações doutrinárias são cada vez mais escassas, enquanto que os entendimentos firmados pelas cortes em casos pretéritos apresentam-se volumosos e listados. Além disso, no ordenamento jurídico pátrio, a vinculação aos precedentes judiciais depende de previsão legal, diferentemente do que acontece nos sistemas de tradição jurídica do *common law*, no qual o *stare decisis et no quieta movere* é mandamento construído nas cortes.

³ Nas últimas duas décadas, foram implementadas inúmeras reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial, desde a criação dos referidos enunciados de súmulas (inicialmente, apenas nos regimentos internos dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio da Lei nº 8.756/1998, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/1973, e da Lei nº 11.276/2006, que acrescentou o § 1º ao art. 518 do mesmo diploma), da Súmula Vinculante (art. 103-A do CPC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC/1973, introduzido pela Lei nº 11.277/2006), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (art. 102, § 3º, da CR, introduzido pela EC nº 45/2004, e arts. 543-A a 543-C do CPC/1973, criados pelas Leis nº 11.418/2006 e 11.672/2008).

e certeza do crédito tributário, nos termos dos arts. 201 e 204 do Código Tributário Nacional (CTN)⁴ e da Lei de Execução Fiscal⁵. E, ao mesmo tempo em que permite aos órgãos envolvidos na atividade administrativa de julgamento adotar solução de litígio tributário entre os particulares e a Fazenda Pública, cumpre um relevante papel de desafogar o Poder Judiciário. Como disse Machado (*Apud* NEDER e MARTINEZ LOPES, 2004, p. 25), o contencioso administrativo deve funcionar como um filtro para reduzir a presença da Administração Pública em ações judiciais.

Nos últimos tempos, face às vantagens comparativas para o sujeito passivo em relação à lide judicial, como ressalta Michels (2015, p. 6), o processo administrativo tem ampliado progressivamente sua importância, principalmente, destaca o autor (MICHELS 2015, p. 33), por permitir a suspensão imediata da exigibilidade do crédito tributário, a simplificação e flexibilização da forma⁶, a gratuidade do processo e a possibilidade de apreciação das alegações por mais de uma instância de julgamento especializado.

Para Silva (2004, p. 18), "é imprescindível que o ordenamento coloque à disposição" do contribuinte "instrumentos para assegurar que a atividade desempenhada pela fiscalização irá se manter dentro dos marcos da legalidade". Essa seria, na visão do autor, "a razão existencial do processo administrativo fiscal".

Mesmo considerando não haver, quando da instauração do processo administrativo fiscal, lide a ser solucionada, Silva (2004, p. 22-25) enfatiza a sua importância e relaciona a ele as seguintes funções:

- a. Legitimação da atividade estatal a partir da participação do sujeito passivo do dever tributário na formação do entendimento final da Fazenda Pública sobre a legalidade da cobrança formulada;
- b. Garantia dos direitos dos sujeitos passivos, assegurando-se-lhes a possibilidade de questionar a legalidade de cada ato administrativo de exigência fiscal que lhe seja encaminhado;
- c. Controle da Administração Fazendária, abrindo-se ao sujeito passivo a possibilidade de arguir e utilizar de todos os meios lícitos para demonstrar a ilegalidade do ato administrativo de cobrança;
- d. Melhor aplicação das regras tributárias, já que a participação do sujeito passivo possibilita a prática de um ato administrativo fiscal que melhor represente os fatos como efetivamente ocorridos, com uma mais correta aplicação das normas fiscais.

Ou seja, o processo administrativo tributário, como um instrumento democrático de legitimação, tem o condão de controlar os atos da Administração Tributária, sendo suas decisões fundamentais para o aperfeiçoamento das exigências fiscais e o bom funcionamento de todo o sistema.

No Direito brasileiro, o contencioso administrativo tributário é uma faculdade que garante ao sujeito passivo o poder de insurgir-se contra ato praticado pela Administração. Sua disciplina está gravada no art. 5º, principalmente no inciso LIV, que trata do devido processo legal, e no LV, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. São essas disposições que determinam as diretrizes para toda a legislação infraconstitucional sobre o processo, quer seja administrativo, quer seja judicial, e também orientam a interpretação e a aplicação que se vai fazer dessa legislação. O amparo constitucional é complementado pelo disposto na alínea "a" do inciso XXXIV do art. 5º, quando assegura ao cidadão, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

⁴ Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

⁵ Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

⁶ Para evitar que se perca a visão do processo como instrumento e das formas como garantia, a Lei nº 9.784/1999, no art. 2º, parágrafo único, incisos VIII e IX, prescreve que, no processo administrativo, serão observadas formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados.

Como o nosso sistema é de jurisdição única, não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, como expresso no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, nem inclui qualquer exigência de obrigatoriedade de acesso prévio às instâncias administrativas para contestação em âmbito judicial. Assim, não há limitações ou impedimentos de que o sujeito passivo recorra contra os atos da Administração Tributária Federal à esfera judicial, posteriormente, ao término da discussão administrativa, podendo o debate ser integralmente renovado sem que haja limites no litígio. O único impedimento é que a mesma contestação não seja impetrada, simultaneamente, nos dois campos. Por força desse princípio constitucional, o deslocamento da lide para o Poder Judiciário faz perder sentido a revisão do ato na esfera administrativa, prevalecendo sempre a decisão judicial. Essa disposição atualmente encontra-se regulada no parágrafo único, art. 38, da Lei nº 6.830, de 1980, e consolidada no art. 87 do Decreto nº 7.574, de 2011. No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), o entendimento é externado na Súmula⁷ nº 1.

O texto constitucional outorga ao processo administrativo a competência para a prevenção das controvérsias envolvendo a Administração Pública, ainda que a lide possa ser submetida à apreciação judicial. Porém, como disse Neder e Martines Lopes (2004, p. 25), caso a administração declare sua concordância com o pleito do sujeito passivo, não haverá demanda judicial.

Assim, é garantido ao litigante o direito de palmilhar a esfera administrativa tributária, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa por meio do devido processo legal de maneira irrestrita e incondicional.

Assegurar o contraditório significa dizer que o processo deve ser conduzido de forma que o sujeito passivo tenha o direito de se manifestar sobre todas as teses e provas que foram trazidas aos autos. E, em relação à ampla defesa, que ele pode defender-se livremente, sem qualquer limitação, salvo as que o próprio Direito lhe impõe em face de inexistência de determinação absoluta⁸.

Especificamente, o diploma legal básico que suporta o processo administrativo no âmbito federal é o Decreto nº 70.235, de 1972, que rege a "determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a legislação tributária aplicável. "É um ato normativo infralegal recepcionado pela Carta de 1988 que possui, atualmente, o *status* de lei ordinária. As inúmeras e sucessivas alterações algumas vezes incorporaram avanços e fecharam lacunas, noutras, retrocessos. Porém, o Decreto continua aplicável e, até hoje, produzindo seus efeitos.

Em 1999, foi promulgada a Lei Geral do Processo Administrativo Federal⁹, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito federal. Como o Decreto 70.235, de 1972, não cuida, explicitamente, dos princípios da atividade administrativa julgadora, cabe a aplicação subsidiária da Lei Geral ao processo tributário. Assim, a Lei nº 9.784/1999 positivou vários princípios administrativos (art. 2º) e estabeleceu (art. 69) que "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei".

Em 2007, a Lei nº 11.457, de 2007, que unificou as secretarias da Receita Federal e a Receita Previdenciária na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), também promoveu alterações no processo administrativo tributário.

⁷ Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

⁸ Martins, 2008, p. 73. Impende observar que [...] nenhuma regra do sistema, incluindo as constitucionais, consiste numa determinação absoluta. Como toda regra concretiza um princípio, ela é sempre uma determinação relativa. Em outras palavras: não se pode negar a possibilidade de que, diante das circunstâncias, a incidência dos princípios opostos aos concretizados pela regra exija seu afastamento. Reconhece-se forte imperatividade às regras constitucionais instituidoras de reservas legais; o peso das regras constitucionais – vale lembrar – é intensificado pelo peso do princípio formal que dá primazia às ponderações do constituinte. Porém, diante da relatividade ínsita à natureza de toda regra, admite-se, em teoria, a possibilidade de que mesmo as reservas legais, diante das circunstâncias fáticas, em casos excepcionalíssimos, possam ser afastadas.

⁹ Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Em 2011 foi editado o Decreto nº 7.574 – o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –, que consolidou o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e outros processos sobre matérias administradas pela RFB.

Em 2015 foram promulgadas duas importantes leis com reflexo no processo administrativo tributário. Uma delas, a Lei nº 13.140, de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, entrou em vigor no dia 26 de dezembro daquele ano. A outra, a Lei nº 13.105, de 2015, o novo CPC, também de aplicação subsidiária e supletiva, vigente a partir de março de 2016, que orienta o julgador para os casos omissos na legislação específica.

4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO ADMINISTRATIVO

A nova edição do CPC vem marcar um novo tempo em termos de relações processuais, de isonomia na solução dos litígios, para provocar uma relativa modificação na maneira de os julgadores trabalharem, de os advogados operarem e de as pessoas estudarem o Direito.

O campo tributário, devido ao elevado volume de relações jurídicas produzidas nas esferas judicial e administrativa, provavelmente será onde a disciplina processual apresentará um maior impacto. Por serem vocacionados a lides de massa, os mecanismos de coletivização de julgamentos permitirão a uniformização de soluções para os milhares de litígios. Isso, por sua vez, tende a provocar uma significativa mudança na maneira de como os operadores do Direito vão se comportar.

4.1. Processo administrativo como meio alternativo às demandas judiciais

Logo na sua abertura, o Código, ao tratar da conciliação, da mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos (art. 1º, § 3º), diz que esses métodos devem ser estimulados, inclusive no curso do processo judicial. Isso já demonstra, de pronto, a intenção do legislador de que sejam buscados outros remédios, numa clara demonstração de que se quer mudança na cultura jurídica brasileira.

Sabe-se que essa é uma questão muito difícil de ser alterada. Mas é isso que o Código se propõe: mudar a mentalidade dos operadores do Direito para buscar mecanismos mais céleres e menos custosos do que o processo judicial. Muito mais que isso, buscar meios alternativos.

E, no Brasil, independentemente das soluções consensuais expressas no art. 1º, § 3º do novo CPC, o meio alternativo mais importante ao processo judicial tributário para a solução de um conflito é o processo administrativo. E, certamente, a nova diretriz processual dará mais importância a essa solução, deixando a lide judicial para cuidar dos litígios mais complexos que não forem solucionados por outros meios. Ou seja, daqueles que imperiosamente precisem da intervenção judicial para a sua elucidação.

O processo administrativo, além de ser o meio alternativo mais antigo, tem-se demonstrado eficiente na solução dos litígios. Uma significativa parte das demandas tributárias se encerra na esfera administrativa, seja nas unidades da Receita Federal do Brasil de julgamento, seja no CARF, desafogando o Poder Judiciário.

De janeiro a agosto de 2016, conforme consta no Relatório das decisões publicado no sítio do CARF, em https://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2016/relatorio-julgamentos-do-carf-jan_ags_2016-1.pdf, foram julgados 5.996 recursos. Deste total, 602 decisões foram proferidas na sistemática prevista no art. 47, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do órgão, que estabelece o julgamento em lote para recursos repetitivos.

Dentre os recursos julgados, 80,6% foram interpostos pelo contribuinte que, no cômputo geral, foi favorecido em 52% das decisões. Além dessas, outro quantitativo de demandas do sujeito passivo foi encerrado na primeira instância, no âmbito das Delegacias da Receita Federal de Julgamento.

A prestação judicial deveria ser, em regra, como salientado por Ibrahim (2011 p. 149), uma garantia secundária. Para o autor, a incapacidade do Judiciário em atender às demandas desestimula, inclusive, a busca por outros meios assegurados aos cidadãos:

A crença contemporânea na onipotência do Judiciário tem efeito contrário, expondo as dificuldades concretas em atender a todas as demandas e trazendo um sentimento de ineficácia, produzindo acomodação e ignorância de que tais direitos podem ser assegurados por outros meios. A prestação jurisdicional deveria, em regra, ser uma garantia secundária.

Diante da proclamação preliminar do Código de Processo Civil, espera-se que o processo administrativo ganhe um maior *status* e passe a ser, cada vez mais, o caminho natural para a solução dos litígios.

4.2. Uniformidade e estabilidade da Jurisprudência

A uniformidade é uma das tônicas principais do novo Código, para que se busquem soluções equivalentes para situações iguais. Ao longo da codificação foram espalhadas diversas regras estabelecendo mecanismos nesse sentido e fornecendo estímulos para a sua aceitabilidade, além de atribuir efeito vinculante quanto à jurisprudência com vista ao manejo dos precedentes e de sua aplicação aos casos idênticos.

Consta do art. 926 do novo CPC¹⁰ que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". Já o art. 927 do referido diploma¹¹ enfatiza a ideia de uniformidade quanto à necessidade do respeito a súmulas, precedentes superiores e orientações de plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados, impondo a vinculação das decisões à jurisprudência. Para Mantovanni (2016), fica patente a estratégia do Código de Processo Civil de 2015 de primeiro uniformizar a jurisprudência para depois atribuir efeito vinculante a essa suposta jurisprudência uniformizada.

As medidas trazidas pelo novo CPC, como observam Faro e Moreira (2015, p. 297), além de privilegiar a celeridade e a economia processual, prestigiam a uniformização e a estabilização da jurisprudência. Nas palavras dos autores:

Essa maior previsibilidade quanto ao teor das decisões que serão proferidas beneficia os litigantes, além de observar a isonomia e a segurança jurídica (e seu corolário, a proteção da confiança), em face da repetição de processos que contenham a mesma controvérsia sobre questão de direito, material ou processual.

A estabilização da jurisprudência, nas situações em que não caberá mais nenhum recurso, afeta a todos. Depois de consolidada nos termos do CPC, a solução terá que ser adotada em todas as instâncias judiciais e administrativas.

¹⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

^{§ 1º} Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

^{§ 2º} Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

¹¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A aplicação da jurisprudência produzida pelos tribunais superiores no âmbito do processo administrativo, reforçada com o novo *Códex*, já vinha sendo adotada. Nos últimos anos houve avanços significativos no sentido de se adotar comportamentos como, por exemplo, de a administração fazendária federal não mais recorrer quando os tribunais superiores firmam uma orientação em relação a qual não cabe mais recurso. A Fazenda Nacional tem editado vários atos normativos dispensando recursos para situações em que a jurisprudência está cristalizada, permitido, assim, cuidar de questões que ainda precisam de uma solução, de uma definição.

O CARF tem se empenhado na unidade do ordenamento jurídico, com a uniformidade de seus procedimentos. Desde 2010 consta no Regimento Interno (RICARF 2009, art. 62-A, do Anexo II) a obrigação de os relatores reproduzirem em seus votos a jurisprudência do STF e do STJ, proferidas na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 343-C do CPC de 1973.

O Atual Regimento interno do CARF (art. 62, *caput* e § 1º) veda expressamente que se afaste a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto no julgamento de recursos, exceto se já tiver sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do STF ou que fundamente crédito tributário objeto de (a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal; (b) Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº 5.869/1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105/2015 (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária; (c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522/2002; (d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/1993; e (e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73/1973.

Vale salientar que desde 2010 a Procuradoria da Fazenda Nacional¹², na mesma linha, tem sistematicamente incluído algumas situações em que não mais contestará a decisão ou interporá recursos nos tribunais superiores.

As decisões administrativas reiteradas e uniformes do CARF vêm sendo periodicamente consubstanciadas em súmulas, de obrigatória aplicação pelos seus membros. Algumas delas têm efeito vinculante em relação à administração tributária federal. Isso, além de impor um alinhamento entre os órgãos administrativos, contribui para a segurança jurídica.

Não apenas o CARF e a PGFN, mas a partir da edição da Lei nº 12.844, de 2013, toda a administração tributária federal, após expressa manifestação da Fazenda Nacional em decisões que lhe foram desfavoráveis proferidas em sede de recursos extraordinários com repercussão geral do STF ou em recursos repetitivos do STJ, tem adotado posicionamento de vincular os seus procedimentos.

Como afirmou Faro e Moreira (2015, p. 298), essa preocupação de a administração preservar a unidade do ordenamento jurídico, uniformizando seus procedimentos e decisões de acordo com os precedentes do Supremo ou do STJ, é meritória porque ao se dar tratamento igual a contribuintes que se encontram em situações idênticas, em última análise, cumpre-se o princípio da isonomia, independentemente de se estar litigando perante a justiça ou no processo administrativo.

4.3. Aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao processo administrativo

Nos termos do art. 15 do novo CPC, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições nele dispostas lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

¹² Ver Portaria PGFN nº 294/2010 (revogada pela Portaria 502, de 12 de maio de 2016) e Pareceres PGFN/CRJ nº 492 e PGFN/CDA/CRJ nº 396/2013.

O fato de ter aplicação subsidiária indica ordem de preferência, integrando as disposições do novo Código à legislação principal de modo a preencher os claros e as lacunas, sejam axiológicas ou normativas. A supletiva se refere à complementaridade.

Muito antes de o CPC expressar isso, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto nº 4.657, de 1942, art. 4º) já dispunha que, no caso de omissão da lei, o juiz decidiria o caso "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Orientação similar também se encontra no art. 108 do CTN, ao dispor sobre a interpretação da legislação tributária, o qual diz que, na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada, a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade. A Lei nº 9.784, de 1999, também tem aplicação subsidiária no processo administrativo fiscal nos casos omissos na lei específica (art. 69).

Em relação à jurisprudência processual, o CARF e os Conselhos de Contribuintes que o antecederam se mostraram zelosos no julgamento dos processos administrativos tributários, mesmo antes da vigência do atual CPC. Verificam-se diversas decisões nas quais o código anterior era aplicado subsidiariamente¹³.

Neste ponto, pode-se evidenciar o dever de fundamentar e o julgamento de processos conexos.

O novo CPC traz em seu bojo dispositivo específico sobre o dever de fundamentar. De acordo com o art. 10, o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Para Faro e Moreira (2015, p. 290) ainda que se invoque um precedente, não será considerada fundamentada a decisão que não mencione seu adequado enquadramento à hipótese sob julgamento.

São elementos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo, conforme detalhado no art. 489, CPC de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

¹³ Exemplificativamente podem ser citados os acórdãos nº 2302-001.843, 2201-001.980 e 201-70.652:

Acórdão CARF nº 2302-001.843, sessão de 02 de agosto de 2012.

PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INOVAÇÃO EM RECURSO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA. [...] No mesmo sentido é disposto no art. 473 do CPC, aplicado subsidiariamente no processo administrativo tributário, em que se proíbe à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Assim, todas as alegações devem ser concentradas na impugnação, que é a primeira oportunidade que o sujeito passivo possui para se manifestar nos autos do processo administrativo.

Acórdão CARF nº 2201-001.980, sessão de 23 de janeiro de 2013.

IRRF. ÔNUS DA PROVA. CPC ARTIGO 333. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. A regra contida no artigo 333 do CPC é de aplicação subsidiária ao PAF. Cabe ao contribuinte a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do fisco. Não comprovada a retenção pela fonte pagadora, tampouco o recolhimento por parte do beneficiário dos rendimentos, incabível o aproveitamento do respectivo valor na Declaração de Ajuste Anual.

Acórdão 2º Conselho de Contribuintes/1ª Câmara nº 201-70.652, sessão de 16 de abril de 1997.

² ITR. FALTA DE INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. 1 - O próprio sujeito passivo, em processo administrativo, ao contrário do judicial, pode subscrever impugnações e recursos. O fazendo através de Advogado, deverá ser anexado instrumento de procuração. Não estando o processo devidamente instruído com a mesma, deverá a autoridade julgadora *a quo*, saneando o processo nos termos do art. 13 do CPC, intimar o contribuinte para anexá-la. Decisão que não conheça do recurso por falta de instrumento de procuração, sem antes intimá-lo nos termos supra, será nula por afetar o direito de defesa do contribuinte. 2 [...].

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Essas disposições, que detalham a exigência constante do art. 92, incisos IX e X da Constituição Federal, visam atender aos anseios de todos para uma melhor prestação jurisdicional.

Algumas dessas regras já se encontravam na Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784/1999, como o dever de fundamentar (art. 2º, *caput*), o uso de reproduções de fundamentos em casos reiterados, desde que não prejudique direito ou garantia das partes (art. 5º, § 2º), a exigência de referência dos elementos probatórios na motivação (art. 38, § 1º), a exigência de motivação (art. 50, § 1º).

No Direito Tributário, a seara em que se encontra o processo administrativo tributário, se de um lado não cabe ao julgador administrativo inovar na motivação esposada pela autoridade administrativa, estando o ato vinculado à motivação do agente que produziu o ato, de outro deve fundamentar sua decisão com os motivos que levem a prover ou negar o recurso da parte, evitando as decisões simplistas com cláusulas abertas ou conceitos indeterminados. Ao decidir mudando ou inovando os motivos, ou mesmo deixando de motivar as razões, o julgador estará violando o direito de defesa da parte interessada. Se o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha se dado às partes a oportunidade de se manifestar, por analogia, muito menos a autoridade julgadora administrativa.

A questão da exigência de fundamentar as razões da decisão fica clara no Regimento Interno do CARF (art. 63, § 8º, do Anexo II) quando se exige do relator que faça constar no voto e na ementa do acórdão os fundamentos adotados pela maioria dos conselheiros, na hipótese em que a decisão por maioria ou por voto de qualidade acolher apenas a conclusão¹⁴.

A obrigatoriedade da reunião dos processos conexos está disciplinada no art. 55 do novo CPC. E o § 3º do mesmo artigo dispõe do julgamento conjunto dos processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso sejam decididos separadamente, ainda que não sejam conexos.

No CARF (art. 6º do Anexo II do RICARF) essa vinculação ocorre respeitando-se a competência de cada Seção de Julgamento ou das Turmas da Câmara Superior¹⁵, quando forem constatados processos que tenham conexão, sejam decorrentes ou reflexos. A conexão se dá entre processos que tratam de

¹⁴ NULIDADE DE ACÓRDÃO DA TURMA A QUO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

Com base no inciso IX do art. 93 da Constituição Republicana de 1988 e nos arts. 131, 165 e 458, II, do CPC, é nulo, por ausência de fundamentação, o Acórdão no qual a maioria dos conselheiros acolher apenas a conclusão do voto do relator e não estiverem escritos os fundamentos adotados pela maioria dos conselheiros, em declaração de voto ou por reprodução, pelo relator, no seu voto e na ementa do acórdão, desses fundamentos majoritários. (CARF/CSRF. Sessão 19/01/2016, Acórdão nº 9101-002.179).

¹⁵ Mesmo que os processos sejam relativos a um mesmo sujeito passivo, ou formalizados em face do mesmo procedimento fiscal, se a matéria neles contida é de competência de Seções distintas, serão julgados em separado.

exigência de crédito tributário ou de pedido do sujeito passivo, fundamentados em fatos idênticos, inclusive aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos. A decorrência é constatada a partir de processos formalizados em razão de procedimento fiscal anterior ou de atos do sujeito passivo acerca de direito creditório ou de benefício fiscal anteriormente praticados, ainda que veiculem outras matérias autônomas. Os processos reflexos são formalizados em um mesmo procedimento fiscal, com base nos mesmos elementos de prova, mas referentes a tributos distintos.

As competências das Seções de Julgamento e das Turmas da Câmara Superior do CARF, em relação ao processamento e julgamentos dos recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância administrativa que versem sobre aplicação da legislação tributária e previdenciária, estão disciplinadas nos arts. 2º, 3º, 4º e 9º do Anexo II do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 343 de 9 de junho de 2015. Ao Pleno da CSRF, conforme disciplinado no art. 10 do Anexo II, compete a uniformização de decisões divergentes, em tese, das turmas da CSRF, por meio de resolução.

Outros pontos pertinentes ao processo administrativo são o ônus da prova e a obrigatoriedade do julgamento em ordem cronológica.

O ônus da prova é tratado no art. 373 do CPC. Os incisos I e II são meras reproduções do que já existia. Porém, foram acrescentados dois parágrafos que trazem inovações relevantes, não apenas ao processo judicial, mas ao administrativo.

O primeiro trata da possibilidade de o juiz mitigar o ônus da prova se, diante das circunstâncias do caso concreto, entender que não é o autor que deve fazer a prova do fato constitutivo do seu direito, por exemplo, por ser extremamente difícil ou mesmo impossível fazê-lo, como expresso no § 1º do artigo acima citado.

Até há jurisprudência neste sentido e a doutrina já preconizava essa solução. Porém, o fato de estar disciplinada no CPC permitirá uma aplicação corrente e não eventual. Essa mitigação ou essa reordenação do ônus da prova, diante das circunstâncias do caso concreto, é uma modificação interessante.

O segundo está relacionado ao equilíbrio da incumbência e à própria desincumbência do ônus da prova. Assim diz o § 2º do art. 373 do CPC: "A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil." Ou seja, caberá ao juiz, fundamentadamente, reordenar como esse ônus da prova vai se colocar entre as partes.

Essa colocação está associada ao processo judicial. Porém, sem dúvida, essa é uma abertura que permite reflexões de desdobramento em matéria probatória quanto a sua aplicação no processo administrativo, numa situação específica em que o julgador entender que a prova do fato constitutivo do direito do recorrente somente pode ser feita pela Fazenda Pública.

O julgamento de processos conforme sua ordem cronológica, ressalvadas prioridades legais, é uma determinação relevante para a transparência que se encontra no art. 12 do CPC¹⁶, aplicável ao processo administrativo fiscal.

¹⁶ Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do *caput*:

[...]

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

5. CONCLUSÃO

Com base no exposto, verifica-se que o novo Código de Processo Civil tem como traço marcante a preocupação com a segurança jurídica decorrente das decisões judiciais, representado pela expressa atribuição de caráter vinculante aos precedentes superiores.

Porém, é importante ressaltar, o fato de o CPC aplicar-se em relação aos processos administrativos não significa qualquer revogação da Lei nº 9.784/1999, do Decreto nº 70.235/1972 ou de outras leis especiais, que continuam válidas. A sua aplicação pressupõe a harmonização recíproca dos diplomas normativos suprimindo-lhes as lacunas das leis processuais, seja suprimindo a ausência de normas, seja atualizando a construção de normas.

O que se observa, na verdade, é uma possibilidade ampla de aplicação subsidiária e supletiva de diversos dispositivos do novo CPC ao julgamento administrativo tributário, com vistas a fortalecer a coerência do ordenamento jurídico-tributário, bem como dar concretude aos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, principalmente, em relação à uniformização da jurisprudência e ao respeito aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e do devido processo legal.

Cabe destacar que muitas das questões trazidas no CPC de 2015 não são novas. Ainda que não houvesse disposição expressa no Código nesse sentido, grande parte dos quesitos já tinha aplicação no processo administrativo tributário. Porém, o destaque no atual Código, muito embora não altere a prática, vai enfatizá-la e enaltecê-la. Por isso, a importância de o novo CPC inovar e proclamar sua aplicação supletiva e subsidiária aos processos de outra natureza, aproveitando-se as regras processuais não apenas na ausência de norma do processo administrativo, mas complementando as matérias já previstas.

A cultura de precedente vem como uma forte manifestação de segurança jurídica, externando uma ideia de previsibilidade dos comportamentos, de confiança nos atos do poder público e de estabilidade das relações jurídicas. Os mecanismos de coletivização dos julgamentos, por sua vez, tendem a maximizar os efeitos de uniformização e de redução de litígio pretendidos no novo CPC, principalmente no Direito Tributário, onde as soluções se repetem a milhares de casos. Isso tende a uma menor litigiosidade no futuro na medida em que os fundamentos forem se consolidando e os recorrentes forem se desencorajando a discutir matérias já apreciadas e com jurisprudência sedimentada, resultando, com isso, na melhoria da celeridade processual.

Portanto, são meritorias as propostas do novo CPC, sobretudo porque buscam, independentemente de se estar litigando no Poder Judiciário ou no contencioso administrativo, oferecer tratamento igual a contribuintes que se encontrem em idêntica situação.

REFERÊNCIAS

CANÁRIO, Pedro. *“Caminhamos a passos largos para o common law”, afirma Teori Zavascki*. São Paulo, 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

CAVALCANTE. Mantovanni Colares. *Uniformização de jurisprudência e precedentes no CPC/2015 e a linguagem prescritiva sequenciada*: Primeiro, uniformizar; depois, vincular. fev. 2016. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Mantovanni-Colares-Cavalcante.pdf>>. Acesso em: 11 de nov. 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção novo CPC e novos temas).

FARO, Maurício Pereira; MOREIRA, Bernardo Motta. O Novo CPC e os reflexos no processo tributário administrativo. In: SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. de;

CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015.

GUEDES, Lorena Braga d'Almeida. *Há subsistema de precedentes judiciais no direito brasileiro?* Disponível em: <<http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no estado contemporâneo*. [S.l.]: Impetus, 2011.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeito dos vícios dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MICHELS, Gilson Wessler. *Processo administrativo fiscal: comentários e anotações ao Decreto nº 70.235/1972*. Versão 20. atual. até fev. 2015. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/Decreto/ProcAdmFiscal/PAF.Pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

NEDER, Marcos Vinícius; MARTINEZ LOPES, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal: (decreto nº 70.235/72 e lei nº 9.784/99)*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, Sergio André Rocha Gomes da Silva. *Controle administrativo do lançamento tributário: o processo administrativo fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A importância do processo administrativo fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 33-44, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43856/44714>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

PARTE II
TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL



A LEI Nº 12.973/2014 E OS TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA

Marcus Lívio Gomes*
Renata S. Cunha Pinheiro**

Resumo: Analisam-se as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 na sistemática da tributação em bases universais, cotejando-as em face dos tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda. Contextualiza-se o cenário histórico em que a lei foi editada, notadamente como vem sendo abordada a questão do planejamento tributário e do combate às práticas antielisivas no Direito Comparado.

Abstract: *We analyze the changes introduced by Law No. 12,973/2014 in the scheme of CFC rules, comparing them in the face of the treaties signed by Brazil to avoid double taxation of income. Contextualizes the historical setting in which the Law was enacted, particularly as the issue of tax planning and tax evasion has been treated in Comparative Law and in Double Taxation Treaties.*

* Juiz Federal. Professor Adjunto de Direito Tributário da UERJ. Membro do Comitê Executivo do Instituto Latino-americano de Direito Tributário.

** Advogada. Mestranda em Direito Tributário pela UERJ.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO**
- 3. DOS TRATADOS CELEBRADOS PELO BRASIL**
 - 3.1 Da interpretação dos tratados**
- 4. AS NORMAS “CFC” E AS CDTS**
 - 4.1 O art. 7º (1) dos tratados**
- 5. CONCLUSÕES**
- 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

Há muito tempo o Brasil firma tratados internacionais, para evitar a dupla tributação da renda¹, com diversos países, sendo o mais antigo o celebrado em 1967 com o Japão e o mais recente o firmado com a Turquia em 2012, promulgando-se o último com a Venezuela em 2014. Não são necessários maiores esforços para reconhecer quantas mudanças ocorreram na sociedade desde o primeiro tratado celebrado e como elas impactaram a forma de interação entre as nações, em especial seus residentes.

Embora o objetivo de todos os trinta e três tratados firmados até hoje tenha sido evitar a dupla tributação da renda, o que pressupõe a atuação dos particulares em mais de um Estado, é fato incontroverso que o cenário existente à época em que eles foram firmados mudou abruptamente, apresentando-se hoje de forma nunca antes imaginada por conta da economia digital, da mobilidade dos ativos e dos fatores de produção.

O processo de globalização, cujo curso foi e continua sendo impossível para qualquer país conter ou modificar, traz em si diversos problemas que, por sua vez, vão demandando soluções coordenadas por parte dos países em razão da absoluta incapacidade de enfrentá-los isoladamente, no âmbito de seus próprios territórios.

Nesse cenário, os tratados em matéria tributária caracterizam-se como alternativa viável aos Estados na conciliação de seus próprios interesses fiscais e arrecadatórios, de modo a manter hígida sua base de tributação, com a manutenção da competitividade de suas empresas e atração de investimentos, evitando que sofram dupla ou nenhuma tributação de suas rendas.

São diversos os desafios impostos pela globalização, representados pela competição entre as jurisdições para atrair investimentos, assim como pela sofisticação das medidas adotadas pelos contribuintes para evitar o pagamento de impostos a fim de aumentar seus lucros, medidas essas que vêm fazendo com que os Estados adotem outras tantas a fim de manter sua soberania e suas bases tributárias, sem as quais não conseguem fazer frente às demandas sociais a que devem atender.

Na busca dos contribuintes por maximizar seus lucros, os tratados serviram como hábeis instrumentos para atingir tal desiderato e, muitas vezes, foram utilizados de forma articulada, através de interpostas pessoas jurídicas cuja constituição não tinha outra finalidade que não se valer do acordo celebrado com determinado país para permitir o gozo dos benefícios dele advindos, ainda que a atividade efetivamente exercida se desse em outro Estado não alcançado pelo pacto bilateralmente celebrado.

Os tratados de outrora continuam sendo o melhor mecanismo de estímulo aos particulares que desejam expandir seus negócios para além de suas fronteiras e, por outro lado, também servem para que os Estados orientem suas políticas de incentivo ou desincentivo à determinada prática e com determinado país.

O combate ao planejamento tributário tido como agressivo, foco principal do mundo como um todo na atual quadra e, em especial, pela OCDE através do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), passa pelos tratados para evitar a dupla tributação da renda e, mais recentemente, pelos acordos para intercâmbio de informações relativas a tributos.

Quanto a essa última espécie, chamados no Direito Tributário Internacional por *Tax Information Exchange Agreements* (TIEA), trata-se de acordos que no Brasil não seguiram o formalismo dos tratados

¹ Para os fins do presente trabalho nos referiremos a “Acordo para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda”, nomenclatura utilizada nos textos destes instrumentos internacionais celebrados pelo Brasil, como Tratados para Evitar a Dupla Tributação ou Convenções para Evitar a Dupla Tributação, utilizando a sigla CDT.

em geral, tendo sido assinados apenas pelas autoridades competentes², de forma que não estão inseridos no ordenamento jurídico com o mesmo *status* das CDTs.

No Brasil, não obstante os trinta e três tratados firmados e o longo tempo já transcorrido desde a assinatura do primeiro, ainda é controversa a aplicação dos mesmos, notadamente diante da legislação interna que, muitas vezes, parece ser redigida de modo a permitir o afastamento das disposições destas convenções.

A interpretação dos tratados torna-se fator de decisiva importância na aplicação dos mesmos e tem sido objeto de divergência entre os tribunais administrativos e judiciais, o que reflete o cenário de insegurança jurídica e, por consequência, imprevisibilidade legal, não favorecendo um ambiente de estabilidade para os investimentos externos no Brasil e a internacionalização das empresas nacionais no cenário global.

Ante a necessária delimitação temática a ser imposta ao presente trabalho, será objeto de estudo o conteúdo das CDTs firmadas pelo Brasil com as normas de “*Controlled Foreign Companies*” (CFC)³. Num contexto global e sem levar em conta a especificidade da legislação interna de qualquer país, já sobressai um aparente conflito entre esse tipo de norma, cuja finalidade precípua é combater o planejamento tributário, e as CDTs, na medida em que é incompatível a aplicação simultânea dos dois, mesmo quando formalmente se esteja diante de situação que demande a incidência do tratado. Como já ressaltado anteriormente, a questão adquire contornos delicados e bastante controversos em razão das particularidades da legislação brasileira no que se refere à tributação da renda em bases universais.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

O procedimento de celebração de acordos no Brasil está previsto na Constituição Federal que, em seu art. 84, inciso VIII, confere ao Presidente da República competência privativa para a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeita a referendo do Congresso Nacional. Uma vez promulgado o Tratado por ato do Presidente da República, a veiculação no *Diário Oficial* torna pública a sua existência, com efeitos *ex-tunc* em relação às datas previstas em seu texto quanto a sua vigência.

Surgem do ato de publicação duas questões de relevante importância relacionadas aos tratados: (i) como são incorporados ao ordenamento jurídico em vigor e (ii) qual a posição que ocuparão em relação às normas internas.

Um aspecto fundamental em relação aos tratados está na voluntariedade de sua celebração, consistindo, pois, no “ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se (REZEK, 1991, p. 54).

² Código Tributário Nacional:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela LC nº 104, de 2001)

³ MACIEL (2007, p. 45) explica a origem do regime: “O regime de TLCE teve origem nos Estados Unidos, da década de 1930, com as *foreign personal holding companies* de 1934 e as companhias *holding* estrangeiras de 1937. Mas somente em 1962, quando a administração Kennedy incorporou essas normas à Subpart F do Código Tributário (Internal Revenue Service Code), o regime passou a ser conhecido, no mundo inteiro, como *Controlled Foreign Corporation CFC Subpart F Provisions*, daí que, na literatura fiscal do direito comparado, o regime de TLCE seja muitas vezes referido como *CFC legislation, Subpart F rules ou CFC rules*. Em síntese, as disposições da *Subpart F* determinam o afastamento da regra que prevê a tributação dos lucros das controladas estrangeiras nos Estados Unidos apenas no momento da distribuição para o controlador norte-americano, de forma que, mediante o cumprimento de certos requisitos legais, tais lucros poderão ser tributados independentemente de sua efetiva distribuição. Atualmente, vários outros países incluem normas do tipo CFC em sua legislação tributária, tais como Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Japão, França, Alemanha, Dinamarca, Hungria, Reino Unido, Itália, Espanha, Portugal, Suécia, Noruega, Finlândia, Estônia, Lituânia, Indonésia, África do Sul, Israel e, dentre outros, os latino-americanos Argentina, Venezuela, México e Brasil.”

Quando um País decide pela celebração de um tratado e, de acordo com as normas de seu ordenamento jurídico interno, obedece a todas as formalidades estabelecidas para a sua entrada em vigor, obriga-se, por vontade própria, perante o outro País signatário a cumprir e respeitar as cláusulas nele estabelecidas, pelo que não seria coerente invocar suas normas internas para descumprir as disposições nele contidas.

Trata-se do princípio do *pacta sunt servanda*, consagrado no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual foi ratificada pelo Brasil somente em 2009, segundo o qual nenhum Estado pode invocar as suas normas internas para justificar o descumprimento do tratado.

XAVIER (2015, p. 86) afirma que esse princípio corresponde a uma regra de senso comum, pois de pouco ou nada valeria a celebração de um tratado se as suas disposições pudessem ser legitimamente modificadas ou revogadas por ação direta e unilateral de um dos Estados, sem obediência aos mecanismos próprios de denúncia ou renegociação previstos no Direito Internacional Público.

Já sob esse aspecto poder-se-ia deixar de lado a discussão acerca da posição dos tratados em relação às normas internas para concluir-se pela sua superioridade hierárquica. Ocorre que as controvérsias que surgem acerca das CDTs nem sempre podem ser resolvidas pelo critério da superioridade hierárquica, como, por exemplo, quando se tem a coincidência de aplicação, para uma mesma situação, das disposições de um tratado e de um ato normativo interno.

Acerca desse ponto, duas teses se apresentam: (i) a dualista, que afirma que somente após ser transformado em lei interna é que o tratado se incorpora efetivamente ao ordenamento jurídico e (ii) a monista que entende o direito como uma unidade, sendo a ordem interna ou internacional meras manifestações dessa unidade.

No que tange à questão hierárquica das convenções internacionais, para a teoria dualista o tratado ocuparia a posição do ato normativo que o transformasse em norma interna; enquanto que para a teoria monista a sua superioridade seria automática na medida em que não pode ser modificado por quaisquer leis supervenientes, senão pelos próprios mecanismos estabelecidos no Direito dos Tratados.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema monista ao reconhecer a validade dos tratados na forma como o são, sem que para sua incorporação ao ordenamento jurídico existente devam ser convertidos em lei interna. Isso é o que se depreende do disposto no § 2º do art. 5º que dispõe que os direitos e garantias expressos na carta constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. Esta previsão deixa claro o alcance dos Tratados no sentido de que as normas deles constantes devem prevalecer sobre as normas internas nas matérias a que se referem.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou tal entendimento ao estabelecer que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, e, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais", tendo, contudo, delimitado seu alcance aos tratados que tenham por objeto os direitos humanos.

No plano legal, comentando o art. 98 do CTN, ROCHA (2013, p. 65) afirma que a lei complementar não poderia tomar posição sobre esse tema sem autorização constitucional, pois conquanto não dotada de superioridade hierárquica sobre a lei ordinária, exerceria "um papel de guia do legislador ordinário, não podendo este se desassociar das previsões naquele contidas".

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento acerca desse ponto no sentido de que o disposto no art. 98 do CTN confere aos tratados caráter especial em face da legislação interna e, em razão dessa especialidade, afasta a incidência da norma nas situações sobre as quais se refira. Ressaltou a Corte que a antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional. Assentou que o art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*,

não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção⁴.

Segundo o *decisum*, os tratados não são dotados de superioridade hierárquica em face das normas de direito interno, mas sobre elas se sobrepõem pelo critério da especialidade que, por sua vez, acaba por ensejar a prevalência desses em face da lei interna na medida em que serão sempre mais específicos, pois tratarão de apenas uma, dentre as hipóteses generalizadas abrangidas pela lei.

Já pelo critério cronológico não nos parece correto tal entendimento na medida em que, nesse caso, uma norma interna posterior ao tratado teria o condão de revogá-lo, o que definitivamente vai de encontro ao texto constitucional que prevê forma específica de denúncia, sem contar na usurpação de competência do Poder Executivo (*treaty override*⁵).

Ademais, importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça faz distinção entre os tratados-contratos, como o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e a Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e os tratados normativos, dos quais são exemplos aqueles celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda. Para os primeiros, aplica o disposto no art. 98 do CTN no sentido de atribuir-lhes superioridade hierárquica em face da legislação interna⁶.

Em contraposição a esse posicionamento, XAVIER (2015, pp. 106/107) ressalta a carência de fundamento dessa diferenciação ante a ausência de qualquer distinção pela lei entre os tipos de tratado, valendo a máxima de hermenêutica de que não é lícito ao intérprete distinguir o que o legislador não o fez.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido que atualmente os direitos fundamentais globalizados estão no caminho do impedimento da dupla tributação, a qual vem sendo condenada por “princípios que estão acima até da própria norma constitucional”, manteve-se o entendimento majoritário de que o art. 98 do CTN permite a distinção entre os tratados-contratos e os tratados normativos⁷.

O Supremo Tribunal Federal se manifestará acerca da superioridade hierárquica dos tratados em matéria tributária no RE 460.320, que já conta com voto do Ministro Gilmar Mendes no sentido de reconhecer que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária, inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e sem sombra de dúvida precisa ser refutada por esta Corte⁸.

⁴ REsp.1.161.467, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJE 01.06.2012.

⁵ *Treaty Override* caracteriza-se pela edição de legislação nacional pelo Legislativo com o propósito de produzir efeitos em clara contradição com as obrigações assumidas em tratados internacionais.

⁶ REsp.37.065, Primeira Turma, Ministro Demócrito Reinaldo, DJE 21.02.94.

⁷ TRIBUNAL. REGIME INTERNACIONAL. DUPLA TRIBUTAÇÃO. IRPF. IMPEDIMENTO. ACORDO GATT. BRASIL E SUÉCIA. DIVIDENDOS ENVIADOS A SÓCIO RESIDENTE NO EXTERIOR. ARTS. 98 DO CTN, 2º DA LEI 4.131/62, 3º DO GATT.

• Os direitos fundamentais globalizados, atualmente, estão sempre no caminho do impedimento da dupla tributação. Esta vem sendo condenada por princípios que estão acima até da própria norma constitucional.

• O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento (art. 2º da Lei 4.131/1962, recepcionado pelo art. 172 da CF), legalmente reconhecido no art. 150, II, da CF, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas.

• O art. 98 do CTN permite a distinção entre os chamados tratados-contratos e os tratados-leis. Toda a construção a respeito da prevalência da norma interna com o poder de revogar os tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi feita tendo em vista os designados tratados, contratos, e não os tratados-leis.

• Sendo o princípio da não discriminação tributária adotado na ordem interna, deve ser adotado também na ordem internacional, sob pena de desvalorizarmos as relações internacionais e a melhor convivência entre os países.

• Supremacia do princípio da não discriminação do regime internacional tributário e do art. 3º do GATT.

• Recurso especial provido. (REsp. 426.945, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 25/08/2004).

⁸ O Supremo Tribunal Federal iniciou a análise sobre a obrigatoriedade ou não de pagamento, por empresas da Volvo, de Imposto de Renda (IR) incidente sobre o lucro e dividendos da empresa distribuídos a sócios residentes ou domiciliados no exterior quanto ao ano-base de 1993. A Volvo afirma que Convenção firmada entre Brasil e Suécia impede a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda. A União, por sua vez, contesta decisão do Superior Tribunal de Justiça que acolheu o pedido das empresas da Volvo e assegurou o não recolhimento do IR aos súditos suecos residentes no Brasil e no exterior.

Ressaltou o Ministro Gilmar Mendes que os Estados Modernos são “Estados Constitucionais Cooperativos” e por isto demandam a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, posto que seu descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

A preponderância dos tratados sobre o direito interno foi expressamente reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes, ao explicitar que o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Referindo-se aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, §§ 2º, 3º, e 4º, da Constituição Federal, aponta que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional. Obtempera que, além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II, e § 2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal.

Argumenta que, especificamente os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, § 12, e 48, § 16 da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos⁹.

A definição da posição dos tratados, em especial a categorização quanto à existência ou não dos tratados normativos no ordenamento jurídico brasileiro em face da legislação interna, é questão de fundamental importância ante o cenário globalizado que se apresenta atualmente.

A permitir-se que o Brasil deixe de aplicar os tratados para evitar a dupla tributação da renda aos quais se obrigou voluntária e publicamente, num contexto em que os países cada vez mais interagem entre si e buscam estreitar e formalizar suas relações através desses acordos internacionais, será tornar letra morta as convenções e, como será demonstrado adiante, prejudicar o processo de internacionalização das empresas brasileiras no exterior, assim como a posição do país no cenário globalizado.

3. DOS TRATADOS CELEBRADOS PELO BRASIL

Apesar de o Brasil não ser membro da OCDE, de forma geral, observou a estrutura da Convenção Modelo criada pela Organização em todos os tratados dos quais é signatário, embora com influências do Modelo de Tratado da ONU quanto à tributação na fonte dos rendimentos concernentes aos juros, dividendos e *royalties*, aí incluído o controverso conceito de serviço técnico.

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Convenção Modelo, os tratados sobre dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda aplicam-se a todos os tributos que revestem tal natureza, seja qual for a denominação que tenham ou a forma como cobrados. Conforme explicitado, o Brasil repetiu o modelo em seus tratados e discriminou que os mesmos se aplicam ao imposto sobre a renda, excluindo da incidência as remessas excedentes e atividades de menor importância, com a ressalva de que a convenção se aplicará também a quaisquer impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem posteriormente introduzidos, seja em adição aos já existentes, seja em sua substituição.

⁹ “O texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, §§ 2º, 3º, e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional. Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II, e § 2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal. Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos.”

No que tange às pessoas, os tratados definem no art. 1º que a convenção “aplica-se às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados contratantes”, tendo sido eleito o critério da residência como o fator determinante para a sujeição, em substituição ao critério da nacionalidade.

O âmbito de incidência, considerando o aspecto territorial, segue a regra constante do art. 29 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), o qual estabelece que o Tratado será obrigatório para cada uma das partes pelo que respeita à totalidade do seu território, salvo se uma intenção diversa dele se deduz ou dele conste de modo diferente.

Há algumas convenções que estabelecem limitações em seus territórios no que tange aos efeitos dos tratados, como a celebrada com a Dinamarca, que exclui as Ilhas Faroer e a Groenlândia, e também a celebrada com a Noruega, que exclui Sitsbergen, Jan Mayen e os territórios noruegueses fora da Europa.

A denúncia dos tratados é regulada pelo Direito Constitucional, com fundamento no princípio da simetria, seguindo o mesmo rito para a sua celebração, cabendo ao Presidente da República, com o referendo do Congresso Nacional, conforme o disposto no art. 84 da Constituição Federal.

3.1. Da interpretação dos tratados

Além da problemática envolvendo a questão da posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno, há outro ponto de grande relevância jurídica e prática, que diz respeito à interpretação das disposições contidas nos mesmos. A interpretação dos tratados passa por diversas problemáticas que se apresentam cada vez mais atuais, agravadas pela sofisticação das relações que se estabelecem entre os particulares, a criação de novos tributos por parte dos Estados e o surgimento de novas figuras cuja previsão sequer consta dos textos originais das convenções.

Por ser o principal objetivo dos tratados evitar a dupla tributação da renda, o que favorece os particulares no exercício e desenvolvimento de suas atividades num mundo cada vez mais interligado em nível global, é certo que estes buscam orientar suas atuações de forma a se beneficiarem dos seus termos.

Por outro lado, os Estados, embora voluntariamente tenham deliberado pela celebração desses instrumentos, buscam manter suas bases tributárias, cada vez mais ameaçadas, e, nesse desiderato, estabelecem restrições ou criam novos tributos que estejam fora do âmbito dos tratados.

Trata-se de situação bastante conflituosa e que representa linha tênue de tensão entre particulares e Estado, acentuada pela existência de termos vagos, ambíguos e conceitos indeterminados na redação das convenções, deixando-as mais abertas à interpretação do que as leis tributárias internas.

No Brasil a questão adquire contornos especiais diante do regramento estabelecido pela Lei nº 12.973/2014, que estabeleceu a nova sistemática da tributação em bases universais, dos atos administrativos de cunho decisório e interpretativo expedidos pela Secretaria da Receita Federal e pela Procuradoria da Fazenda Nacional e da jurisprudência que vem se firmando acerca do tema no âmbito dos Tribunais Superiores e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. O ambiente é de grande instabilidade e incerteza quanto a conceitos de institutos importantes para aplicação dos tratados.

A interpretação dos Tratados pode se dar de duas formas: (i) pelas próprias partes envolvidas, sendo essa a interpretação autêntica, prevista no art. 25, § 3º do Modelo OCDE, reproduzido na quase generalidade dos tratados firmados pelo Brasil¹⁰ e (ii) pelos países signatários, individualmente, no âmbito de seus próprios territórios e no exercício de sua soberania.

¹⁰ Vide como exemplo o Tratado firmado com o México: “3. As autoridades competentes dos Estados Contratantes farão o possível para resolver as dificuldades ou dirimir as dúvidas a que possa dar lugar a interpretação ou aplicação da Convenção.”

Há na Convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário, regras de interpretação dos tratados, previstas nos arts. 31 a 33, que estabelecem que deverão ser interpretados de boa-fé, de harmonia com o significado comum a ser dado aos termos no seu contexto e à luz do seu objeto e propósito. O art. 32 da CVDT estabelece que é legítimo o recurso a meios de interpretação suplementar, incluindo os trabalhos preparatórios e as circunstâncias de sua celebração.

É certo que os próprios tratados trazem em seus textos diversas definições para os conceitos jurídicos neles estabelecidos, como se verifica, por exemplo, no art. 3º do Modelo OCDE que especifica “pessoas”, “empresa de um Estado contratante” e “nacionais”.

O mesmo art. 3º, em seu § 2º prevê que para aplicação da convenção, por um Estado Contratante, qualquer termo ou expressão que nele não se encontra definido, a não ser que o contexto exija de outro modo interpretação diferente, terá o significado que a esse tempo lhe for atribuído pela legislação desse Estado relativa aos impostos aos quais aplica-se, prevalecendo o significado atribuído a esse termo ou expressão pelas leis tributárias desse Estado sobre qualquer significado que lhe atribuam outras leis desse Estado¹¹.

Dentro da problemática envolvendo a interpretação dos tratados há um outro ponto, de grande relevância, relativo à qualificação dos conceitos jurídicos neles contidos. É certo que as convenções trazem em seu contexto uma série de institutos que devem ser qualificados diante de um fato concreto para que se chegue à conclusão de sua adequação ou não ao que dispõe o tratado.

XAVIER (2015, pp. 165/166) destaca essa situação afirmando que o problema da qualificação consiste em verificar se uma certa situação concreta da vida é subsumível num conceito do tratado, para o que é preciso valorá-la à luz de regras jurídicas que permitam ao órgão de aplicação do direito decidir se se está perante um caso de juros, *royalties*, de pensão, de residência, de pessoa, de pessoa nacional, entre outros.

O mesmo autor enumera uma série de hipóteses em que a problemática envolvendo a qualificação se verifica como, por exemplo, a categorização dos juros cuja taxa exceda a taxa corrente de mercado, os quais poderiam qualificar-se como juros ou como distribuição de lucros (disfarçada); a categorização da remuneração de uma debênture com cláusula de participação nos lucros, a qual poderia ser qualificada como juros ou como dividendo; a categorização dos valores restituídos aos sócios em caso de dissolução de uma sociedade, os quais dariam lugar a dividendo ou a ganho de capital; a categorização da remuneração paga ao chefe de orquestra pela execução de um concerto, a qual poderia ser qualificada como *royalty* ou como remuneração de um trabalho independente; a categorização da remuneração por renúncia a um direito de locação ou arrendamento de bem imóvel, a qual poderia ou não ser qualificada como rendimento imobiliário; a categorização da emissão de bonificações ou ações gratuitas, a qual configuraria ou não rendimento equiparável a dividendo.

A resposta a essas e tantas outras questões que decorrem das situações concretas e cada vez mais sofisticadas muitas vezes não pode ser obtida diretamente do contexto e texto dos tratados, sendo necessária a sua valoração com os conceitos existentes no direito de cada País, ocorrendo inevitavelmente o reenvio.

Surge então o problema da harmonização do direito interno com os objetivos visados no tratado, na medida em que se a qualificação feita por cada País for diferente da do outro País signatário, é possível que, se tenha uma dupla ou nenhuma tributação da renda, sendo essas duas situações as que as convenções visam evitar.

Isso acontecerá, por exemplo, se um determinado Estado qualificar um rendimento como *royalty* sujeito a tributação, e o outro Estado o qualificar como remuneração de serviço prestado, também sujeito a tributação. É necessário, então, ter como norte, na forma do que dispõe o art. 31 da CVDT, o objetivo e o

¹¹ Essa redação da versão de 1995 da Convenção Modelo já se encontra refletida nos tratados celebrados pelo Brasil com a África do Sul, Chile, Israel, México, Peru, Portugal, Trinidad e Tobago, Turquia e Ucrânia.

propósito do tratado, sob pena de, como citado anteriormente, chegar-se aos extremos da dupla ou nenhuma tributação.

XAVIER (2015, p. 174) teoriza acerca do problema, trazendo situações em que as competências para a qualificação estão pontuadas: (i) competência qualificatória exclusiva do Estado da fonte¹²; (ii) competência qualificatória exclusiva da *lex situationis*¹³.

Decorre da regra de competência qualificatória exclusiva do Estado da fonte a obrigatoriedade de o Estado da residência aceitar a qualificação dada pelo primeiro e, na forma do que dispõe o art. 23 da Convenção Modelo da OCDE, permitir um crédito contra o imposto pago no outro Estado.

Não obstante o disposto no citado art. 23, presente na generalidade dos tratados firmados pelo Brasil, há situações que não se enquadram no problema da qualificação, mas de interpretação, e acabam fora do âmbito de aplicação do citado artigo, como ocorre, por exemplo, com a interpretação restritiva dada pelo Brasil em relação ao art. 7º dos tratados quando exclui os serviços do seu âmbito de incidência.

4. AS NORMAS “CFC” E AS CDTS

Alguns artigos da Convenção Modelo da OCDE apresentam dificuldade de interpretação e conciliação com determinados tipos de normas que vêm ganhando proporção e importância no cenário mundial, que são as normas “CFC” – *Controlled Foreign Companies*.

Apesar da especificidade desse tipo de norma de acordo com cada país que a implementa, e não sendo objeto do presente trabalho um estudo mais aprofundado acerca das mesmas, pode-se estabelecer como característica geral inerente às normas de “CFC” a instituição de um regime especial de tributação em que os lucros auferidos no exterior são imediatamente considerados como auferidos diretamente pela pessoa jurídica residente.

A especialidade dessa forma de tributação decorre da sua aplicação apenas quando presentes circunstâncias específicas que denotam ou têm o condão de indicar abuso por parte dos particulares na realização de seus negócios jurídicos, através do que se denomina planejamento fiscal tido como agressivo, visando evitar a incidência tributária sobre suas rendas e gerando, por consequência, a erosão das bases tributárias dos Estados (MACIEL, 2007, p 30)¹⁴.

¹² “No que concerne aos conceitos referentes ao conceito-quadro, as convenções consagraram a solução de atribuir competência qualificatória *exclusiva* ao Estado em que se localiza a referida *fonte* de produção ou pagamento. É o que decorre do § 3º do art. 10 do Modelo, segundo o qual o termo dividendos abrange os rendimentos de ações ou assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributária do Estado contratante em que seja residente a sociedade que os distribuir. Embora o Modelo (na versão de 1977) não explicita esta regra para juros (porque pretendia dar uma definição ‘cerrada’), as Convenções brasileiras dispõem, em matéria de juros, que este conceito compreende rendimentos que, pela legislação tributária do Estado contratante de que provenham, sejam assemelhados aos rendimentos de importâncias emprestadas. Também em matéria de rendimentos imobiliários, estabelece-se que a expressão bens imobiliários é definida de acordo com a legislação do Estado contratante em que os bens em questão estiverem situados. Esta última regra (art. 6º, § 2º, do Modelo OCDE), longe de ser uma regra excepcional, como pretende a chamada teoria da *lex fori* ou da competência qualificatória cumulativa, insere-se na regra geral, segundo a qual a competência qualificatória em relação aos tipos de rendimentos pertence exclusivamente ao Estado da fonte” (XAVIER, 2015, p. 172).

¹³ “Das considerações e exemplos precedentes pode, pois, concluir-se que certo tipo de situação que configure um ‘pressuposto’ de aplicação do tratado e que seja descrita por um conceito jurídico deve ser exclusivamente qualificada pela ordem jurídica que com ela tenha mais estrita conexão (*lex situationis*), conexão essa que há de ser descoberta por um esforço interpretativo próprio do tratado” (XAVIER, 2015, p. 174).

¹⁴ A autora obtempera que “Na maioria dos países, o tipo de rendimento auferido pela sociedade é relevante para determinar a aplicação das regras de TLCE. Também há dois métodos em relação a esse teste. No primeiro, também chamado de transacional (*transactional approach*), apenas a renda ‘contaminada’ é submetida à tributação. No segundo, ou a totalidade da renda auferida pela sociedade (contaminada e não contaminada) ou nenhuma renda é submetida à tributação (*entity approach*). Na determinação do que seja a renda contaminada, as definições legais também são variáveis. De modo geral, pode-se dizer que os países excluem as rendas provenientes do exercício de efetiva atividade empresarial e tributam as rendas passivas (*passive income*) – juros, dividendos, aluguéis, *royalties* e ganhos de capital – e, em alguns casos, também as chamadas rendas do tipo companhia-base (*base companies in come*).”

Por serem normas de exceção, e dada a forma como estabelecem a tributação da renda auferida no exterior, quando se estiver diante de situação que atraia a sua incidência e, ao mesmo tempo, de tratado para evitar a dupla tributação da renda, acaba-se afastando esse último em detrimento da primeira.

É desse contexto que emerge a controvérsia relativa à compatibilidade e conciliação dessas normas com os tratados, sintetizada por BIANCO (2010, p. 148), que apontou os principais pontos dessa problemática. Aponta o autor que (i) não existe um modelo padrão de legislação sobre CFCs aprovado por todos os países, de forma que o exame da compatibilidade da lei interna com os tratados vai depender do tipo de regime de tributação de cada país; (ii) dependendo da forma como foi instituído o regime de tributação das CFCs, diferentes artigos dos tratados são aplicáveis, dificultando o exame da compatibilidade entre ambos; e (iii) cada país regula a relação entre os tratados e a lei interna de forma diferente.

Nos Comentários da OCDE ao Modelo de Convenção é ressaltada a aplicação das normas “CFC” quando não estiver caracterizado planejamento tributário agressivo, na medida em que o objetivo dessas é manter a equidade e neutralidade em um ambiente internacional caracterizado por diferentes cargas fiscais, pelo que não devem ser utilizadas quando os rendimentos forem submetidos a um regime de tributação comparável ao do país de residência do contribuinte¹⁵.

Não obstante essa problemática, uma coisa é certa: quando determinado Estado firma um Tratado com outro Estado, está se comprometendo publicamente a observar as disposições nele estabelecidas sempre que configurada a relação societária entre sociedades residentes em ambos os Estados signatários dos respectivos tratados.

Esta afirmação encontra amparo na CVDT, da qual o Brasil é signatário desde 2009, a qual dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, ponto ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 460.320, no único voto proferido até então neste processo¹⁶.

Essa é a posição que se espera dentro de um ambiente de mínima segurança jurídica e boa-fé de um país signatário de determinado tratado, no sentido de que a forma como será tributada a renda, lucro ou o que mais estiver estabelecido no acordo será observado no âmbito de seu território, quando diante da situação concreta a ele submetida.

Embora o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.588 não tenha decidido sobre a compatibilidade da lei interna (MP nº 2.158/2001) com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, o Ministro Ayres Britto ressaltou expressamente em seu voto a necessária observância dos mesmos, frisando a necessidade do cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributação.

Apesar do movimento crescente no Direito Comparado de criação e sofisticação das normas “CFC”, capitaneado pela OCDE através dos planos de ações que visam combater o planejamento fiscal agressivo (BEPS), em especial o plano de ação 3, exsurge fundamental adequar as ações dos Estados na manutenção de suas bases tributáveis com a aplicação e respeito aos tratados.

O que acontece no Brasil, todavia, é que desde que foi instituído o regime de tributação universal da renda, com a edição da Lei nº 9.249/95, a opção legislativa adotada foi no sentido de tratar toda e qualquer

¹⁵ Comentário 26 ao art. 1º: “States that adopt controlled foreign companies provisions or the anti-abuse rules referred to above in their domestic laws seek to maintain the equity and neutrality of these laws in an international environment characterized by different tax burdens, but such measures should be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer.”

¹⁶ (...) o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que, em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

situação de investimento no exterior sob as mesmas condições dos investimentos no Brasil, sem critérios de distinção que permitissem selecionar as hipóteses de planejamento tributário agressivo.

Enquanto o movimento que se verifica no Direito Comparado é de sofisticação das normas “CFC” como normas de exceção, aplicáveis somente quando verificadas certas condições que denotam a intenção deliberada de evitar a incidência ou diferimento dos tributos através de estruturas artificiais, no Brasil seguiu-se tributando todo o lucro apurado no exterior, independentemente de sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira.

Não são objeto do presente estudo as discussões acerca da constitucionalidade ou não dessa forma de tributação do lucro auferido no exterior desde a edição da Lei nº 9.249/95, partindo-se do princípio de que se trata de uma opção política do país que, não obstante os argumentos acerca da perda da competitividade das empresas brasileiras no cenário mundial, foi mantida com a edição da Lei nº 12.973/2014. A questão que remanesce em decorrência dessa opção refere-se à tributação automática dos lucros da pessoa jurídica no exterior quando a mesma for residente em país com o qual o Brasil tenha firmado tratado para evitar a dupla tributação da renda.

Ante o claro confronto da legislação interna com o disposto no art. 7º dos tratados, o qual será objeto de análise aprofundada, verifica-se que, através de uma interpretação de cunho mais formal, a União tenta fazer parecer que não se está tributando o lucro da sociedade no exterior para afastar a aplicação dos tratados quanto a esse ponto.

Com a edição da Lei nº 12.973/2014 ficou clara a intenção do legislador em afastar, através da aparente mudança de classificação do rendimento, a incidência dos tratados para manter a tributação automática e irrestrita do lucro das empresas controladas no exterior antes da sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira.

Isso é o que se extrai do art. 77, que prevê a tributação da parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda, cujo intuito é fazer crer que não se tributa o lucro da pessoa jurídica no exterior. Está fora de dúvida que essa tal parcela do ajuste do valor do investimento é o lucro das empresas estrangeiras. Não houve qualquer alteração na materialidade tributável estabelecida pela MP 2.158-35/2001, que continua sendo o lucro auferido pela controlada no exterior.

A nosso ver, esse ponto é de suma importância dado o cenário que se apresenta, em que o Brasil tem buscado ampliar sua participação nas políticas de combate ao planejamento tributário agressivo capitaneadas pela OCDE já que, se mantido o entendimento de que é possível tributar de forma automática os lucros auferidos pela pessoa jurídica no exterior antes da sua disponibilização à pessoa jurídica brasileira, quando auferido em país com o qual exista tratado para evitar a dupla tributação da renda, será tornar letra morta o disposto no art. 7º de todos as convenções firmadas pelo Brasil, o que torna sua posição no contexto mundial bastante contraditória e controversa.

4.1. O art. 7º (1) dos tratados

Foi por ocasião da edição da MP nº 2.158-35/2001 que se passou a discutir a compatibilidade da forma de tributação do lucro auferido no exterior com o disposto, dentre outros, no art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação da renda, firmados pelo Brasil.

Consoante o parágrafo primeiro deste artigo, reproduzido em todos os tratados firmados pelo Brasil, o direito de tributar os lucros das empresas, é exclusivo do Estado Contratante em que as pessoas

jurídicas sejam residentes¹⁷. A primeira parte do artigo estabelece a competência exclusiva do país em que se encontra domiciliada a sociedade controlada e a segunda parte estabelece a competência cumulativa quando não for o caso de pessoa jurídica independente, mas de estabelecimento permanente.

O art. 7º contém o preceito basilar dos Tratados Internacionais posto que prevê, justamente, a impossibilidade da dupla tributação da renda na fonte do lucro e no local de residência do sócio, tendo XAVIER (2015, p. 490) se referido ao mesmo como o “coração dos tratados contra a dupla tributação”.

Não obstante a sistemática da tributação automática dos lucros auferidos no exterior tenha sido inaugurada pela Lei nº 9.249/95, foi somente com a edição da MP nº 2.158-35/2001, art. 74¹⁸, que de fato estabeleceu-se essa forma de tributação automática, motivo pelo qual foi a partir daí que as discussões em torno do tema se intensificaram e ganharam aplicação prática, principalmente no que se refere ao art. 7º dos tratados.

À época da vigência do art. 74 da MP nº 2.158/2001, sustentou-se majoritariamente na doutrina que o parágrafo 1º do art. 7º dos tratados afastaria a incidência da MP, ante a evidente incompatibilidade entre a tributação automática dos lucros auferidos por pessoa jurídica no exterior e o citado artigo, quando essa pessoa jurídica fosse residente em país com o qual o Brasil tivesse firmado tratado para evitar a dupla tributação da renda.

Posicionando-se pela compatibilidade da tributação automática dos lucros auferidos no exterior independentemente de sua disponibilização mesmo diante dos tratados, a Secretaria da Receita Federal formalizou entendimento de que inexistia qualquer incompatibilidade entre o art. 74 da MP 2.158-35/2001 e o art. 7º das convenções porque o que estava sendo tributado no Brasil era o resultado do ajuste da equivalência patrimonial e não o lucro da pessoa jurídica no exterior, através da Solução de Consulta Interna COSIT nº 18/2013¹⁹.

Sustentou-se na Solução de Consulta que o art. 74 da MP 2.158-35/2001 previa a tributação da renda dos sócios brasileiros decorrente de sua participação em empresas domiciliadas no exterior, de forma que a norma interna estaria incidindo em contribuinte brasileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros.

SCHOUERI (2013, p. 74) criticou o posicionamento, explicitando que o raciocínio desenvolvido peca ao não perceber que não é verdade que o art. 7º se limita a proteger do imposto brasileiro as empresas sediadas no exterior, aduzindo que o escopo do art. 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas).

Com efeito, é falso o dilema que examina quem assume o ônus do imposto, posto que a limitação do art. 7º alcança os lucros de uma empresa de um Estado Contratante, pouco interessando, *in casu*, indagar quem suporta o encargo, seja a empresa estrangeira, seja a nacional, importando que nem uma nem outra estão sujeitas ao imposto brasileiro calculado sobre o lucro da empresa localizada no exterior.

¹⁷ Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante serão tributáveis apenas nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por intermédio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas somente no tocante à parte dos lucros atribuível a esse estabelecimento permanente, *v.g.*, Convenção Entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da África do Sul para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda.

¹⁸ Art. 74. “Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados.”

¹⁹ LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR. A aplicação do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação. (...) 16. Ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora reconhece a parcela dos lucros de suas coligadas e controladas. Sendo assim, verifica-se acréscimo patrimonial correspondente a sua participação no lucro total das investidas. 17. Ressalte-se que o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, se aplica a investimentos avaliados pelo MEP, pois só se pode falar de disponibilidade econômica e acréscimo patrimonial, decorrente de lucro apurado na investida, mas ainda não pago ao investidor, se esse investimento for avaliado pela equivalência patrimonial – já que, no caso de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, só há disponibilidade econômica após o recebimento de lucros ou dividendos pela investidora.

Destarte, a opção feita pela tributação da pessoa jurídica brasileira como sujeito passivo da relação jurídica tributária é equivocada, pois o Brasil não teria como exercer sua pretensão arrecadatória diretamente em face do lucro da pessoa jurídica estrangeira.

Outro ponto da Solução de Consulta que merece crítica é o relativo à possibilidade de compensação dos tributos pagos no exterior como suficiente para que se alcance o objetivo visado pelos tratados, que é o de evitar a dupla tributação da renda²⁰. XAVIER (2015, p. 493) ressaltou a impropriedade do argumento, já considerando a sistemática adotada pela Lei nº 12.973/2014, postulando que o mecanismo de crédito do imposto pago no exterior previsto na lei brasileira não é capaz de eliminar por completo a dupla tributação.

Para justificar seu raciocínio observa que em caso de existência de controladas indiretas, a Lei nº 12.973/2014 permite a compensação do *underlying credit*, mas não dos impostos retidos na fonte em cada uma das distribuições na cadeia vertical de controle, exceto nas relações diretas com o controlador no Brasil. Desta forma, o Brasil acaba por tributar mais do que o controlador brasileiro teria recebido como dividendos se os lucros tivessem sido totalmente distribuídos ao longo de toda a cadeia.

Conforme frisado, com o advento da Lei nº 12.973/2014, estabeleceu o legislador, no novo regime de tributação da renda em bases universais, que a materialidade tributável no Brasil, no que se refere aos rendimentos auferidos no exterior, seria a equivalente à parcela do ajuste do valor do investimento²¹.

Ao prever a inclusão no lucro real da “parcela do ajuste do valor do investimento”, tributa-se, na verdade, o lucro travestido de outro nome para justificar o argumento de que os lucros tributados seriam, de fato, pertencentes à controladora no Brasil e não da controlada no exterior, de modo a afastar-se a incompatibilidade com o art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação.

Valeu-se o legislador, em deliberada intenção de evitar o conflito entre a tributação prevista para as controladas diretas e indiretas no exterior, e para as coligadas equiparadas às controladas, de nova denominação – parcela do ajuste do valor do investimento –, mas que em nada altera a sistemática anterior que se resume à tributação do lucro²².

²⁰ Solução de Consulta COSIT nº 18/2013: ... 29. É certo que a função primordial dos tratados é promover, mediante a eliminação da dupla tributação, as trocas de bens e serviços e a movimentação de capitais e pessoas. Esse objetivo é igualmente alcançado uma vez que o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autoriza a compensação dos tributos pagos no exterior, na hipótese de reconhecimento de lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real. Portanto, a aplicação da norma interna brasileira não acarreta bitributação econômica dos lucros decorrentes de investimentos no exterior.

²¹ Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76. (Vigência)

§ 1º A parcela do ajuste de que trata o *caput* compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

§ 2º O prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores à produção de efeitos desta Lei poderá ser compensado com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB.

§ 3º Observado o disposto no § 1º do art. 91 da Lei nº 12.708, de 17 de agosto de 2012, a parcela do lucro auferido no exterior, por controlada, direta ou indireta, ou coligada, correspondente às atividades de afretamento por tempo ou casco nu, arrendamento mercantil operacional, aluguel, empréstimo de bens ou prestação de serviços diretamente relacionados à prospecção e exploração de petróleo e gás, em território brasileiro, não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil.

§ 4º O disposto no § 3º aplica-se somente nos casos de controlada, direta ou indireta, ou coligada no exterior de pessoa jurídica brasileira:

I – detentora de concessão ou autorização nos termos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, ou sob o regime de partilha de produção de que trata a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, ou sob o regime de cessão onerosa previsto na Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010;

II – contratada pela pessoa jurídica de que trata o inciso I.

§ 5º O disposto no § 3º aplica-se inclusive nos casos de coligada de controlada direta ou indireta de pessoa jurídica brasileira.

²² Essa também é a posição de Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano: “Logo se vê ser absolutamente equivocada a interpretação de que a nova legislação não alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio da investidora, pelos resultados positivos da equivalência patrimonial. Trata-se de mero jogo de palavras, em tentativa de se camuflar uma tributação sobre os lucros de empresas no exterior, que conflita com o art. 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação. (BARRETO e TAKANO, 2014. p. 371)”

Quanto à compatibilidade do art. 77 da Lei nº 12.973/2014 com o art. 7º, podemos reafirmar os mesmos argumentos já levantados por ocasião da MP nº 2.158-35/2001, eis que nos termos deste artigo, reproduzido em todos os tratados celebrados pela Brasil, há renúncia da competência do país de residência do investidor em favor do país de domicílio da subsidiária para a tributação dos resultados auferidos pela referida subsidiária.

ROCHA (2013, p. 93) compartilha do mesmo entendimento, tendo ressaltado que a intenção do legislador foi assentar que não haveria incompatibilidade entre a tributação no Brasil e os tratados que possuem regra de isenção de dividendos distribuídos, já que não se estaria tributando lucros ou dividendos, mas sim o reflexo daqueles na pessoa jurídica controladora no Brasil.

Tendo a Lei nº 12.973/2014 mantido como materialidade tributável o lucro da controlada no exterior, sua aplicação deveria ser afastada nos casos em que houver tratado internacional celebrado pelo Brasil, em razão da incompatibilidade da nova norma com o art. 7º das Convenções²³.

Esse é o posicionamento de XAVIER (2015, p. 492) desde a Lei nº 9.249/95, aplicável à Lei nº 12.973/14, no sentido de que infringiria frontalmente os tratados qualquer tentativa de aplicação de preceito legal que determinasse a adição à base de cálculo do imposto, lucro líquido da sociedade brasileira, contribuinte de um Estado, dos lucros próprios da sociedade controlada domiciliada em outro Estado contratante, pois tal significaria o Brasil arrogar-se uma competência tributária cumulativa, quando o tratado é expresso em atribuir ao Estado de domicílio da controlada ou coligada no exterior uma competência tributária exclusiva.

No mesmo sentido é o entendimento de BIANCO (2007, p. 151), para quem a legislação das CFCs que considere transparente para fins fiscais a sociedade investida no exterior, e exija a tributação de seus lucros antes da efetiva distribuição, é incompatível com o disposto no art. 7º, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo. E as consequências dessa incompatibilidade deverão ser então examinadas à luz de cada ordenamento jurídico, para determinar-se qual das duas normas deverá prevalecer: se a norma convencional ou se a regra de lei interna.

SCHOUERI (2001, p. 205) também se posicionou neste sentido ao afirmar que não possuindo a subsidiária um estabelecimento permanente no Brasil, a regra do parágrafo 1º do art VII não deixa dúvidas de

²³ Enquanto vigente o art. 74 da MP 2.158-35/2001, discutiu-se qual seria a materialidade tributável estabelecida pelo legislador a fim de que, a partir daí, se pudesse verificar a (in)compatibilidade da legislação brasileira com o disposto nos Tratados para evitar a Dupla Tributação da Renda firmados pelo Brasil. A incompatibilidade com o art. 7º dos Tratados pressupunha, como já enfrentado ao longo do presente artigo, que se estivesse tributando o lucro da pessoa jurídica domiciliada no exterior. Por outro lado, partindo-se do pressuposto de que a materialidade tributável instituída pelo art. 74 da MP 2.158-35/2001 eram os dividendos considerados fictamente como distribuídos, a incompatibilidade se evidenciaria diante do art. 10 combinado com o art. 23 das Convenções para Evitar a Dupla Tributação da Renda. A norma do artigo dos tratados internacionais, adotando o modelo da OCDE, permite a tributação em ambos os países contratantes dos dividendos pagos pela sociedade estrangeira: “1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente de outro Estado contratante são tributáveis nesse outro Estado. 2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos dividendos.” Embora o art. 10 estabeleça uma limitação percentual à tributação incidente no país de fonte sobre os dividendos pagos, por outro lado permite a dupla tributação dessa renda, o que acaba por colidir com o objetivo dos tratados. Nesse cenário, caberá ao art. 23 estabelecer os “métodos para eliminar a dupla tributação”. MACIEL (2007, 162) entendia que era essa a materialidade tributável do art. 74 da MP 2.158-35/2001, sustentando que “o Brasil adota a teoria do dividendo fictício (*fictive dividend approach*), de forma que o art. 10 dos tratados veda a aplicação da norma interna”. O CARF oscilou quanto à natureza da regra brasileira, ora tendendo para defender que a tributação era sobre os lucros, ora sobre os dividendos fictamente distribuídos. Os Acórdãos nº 1302-001.629 e 1302-001.630, ambos de fevereiro de 2015, são exemplos recentes do entendimento do CARF no sentido de que ao tratar de “lucros disponibilizados” o art. 74 estaria se referindo “dividendos fictos ou presumidos”. Desde quando vigente o art. 74 da MP 2.158-35/2001, ROCHA (2013, 336 e 337) ressaltava que o debate a respeito da natureza da regra prevista no art. 74 da MP 2.158 perdia um pouco a relevância prática na medida em que, em se tratando de dividendos fictos, a tributação brasileira estaria afastada pelo art. 10, em se tratando de tributação de um acréscimo patrimonial reflexo do lucro da empresa não residente, a tributação seria afastada pelo art. 7º. Agora na vigência da Lei 12.973/2014, nos parece que a questão fica mais sedimentada quando se tem em conta que o legislador estabeleceu claramente como objeto da tributação no Brasil o lucro auferido pela sociedade estrangeira. Nesse mesmo sentido, XAVIER (2015, p. 483) afirma que “dada a revogação expressa daquele dispositivo legal pelo art. 117, inciso IX da Lei nº 12.973/2014, não sendo mais sustentável perante o art. 77 da Lei nº 12.973/2014 que não faz qualquer referência ao conceito de ‘disponibilização’, considerando como objeto de tributação os *lucros das sociedades estrangeiras*.”

que seus lucros só podem ser tributados no outro Estado Contratante. O termo “só” utilizado no acordo implica tributação exclusiva naquele Estado, excluindo-se qualquer pretensão tributária brasileira sobre os lucros da subsidiária.

A nosso ver, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 1.325.709²⁴, se aplica integralmente à sistemática de tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior estabelecida pela Lei nº 12.973/14, valendo ressaltar o exame específico do art. 7 das Convenções Tributárias firmadas pelo Brasil no voto do Ministro Ari Pargendler no referido REsp. Desta forma, nenhuma alteração se verifica no regime de tributação estabelecido pela Lei nº 12.973/14, que permanece incompatível com o art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação, firmados pelo Brasil.

Ao que parece, a controvérsia acerca do conflito entre a legislação interna e os tratados firmados pelo Brasil foi o principal fator que motivou a mudança na nomenclatura da materialidade tributável inaugurada pela Lei nº 12.973/2014 que, ao invés de fazer referência ao lucro, determina a adição, na apuração do Imposto de Renda e da CSLL, da parcela do ajuste do valor do investimento. Se antes a tentativa de evitar o conflito com o art. 7º dos tratados decorria de Instrução Normativa e Solução de Consulta da Receita Federal, agora decorre do texto legal que, a despeito da mudança formal na nomenclatura, segundo entendimento manifestado nesse texto, continua tributando o lucro.

Quanto a esse ponto, parece existir uma convergência da jurisprudência dos tribunais pátrios, quando se estiver diante de país com o qual o Brasil tenha firmado tratado para evitar a dupla tributação, no sentido de respeitar-se a convenção para afastar a aplicação da legislação doméstica acerca da tributação automática dos lucros antes da sua efetiva disponibilização. Mantida a tributação sobre os lucros da pessoa jurídica controlada no exterior, permanecem válidos os mesmos argumentos da decisão do STJ, e agora do TRF da 4ª Região²⁵, de forma que estando a controlada direta sediada em país com o qual o Brasil mantenha tratado para evitar a dupla tributação da renda, haverá que ser afastada a tributação automática dos lucros, na forma do art. 77 da Lei nº 12.973/2014, para que sejam os mesmos tributados apenas quando da sua efetiva disponibilização à controladora brasileira e desde que assim o permitam os arts. 10 e 23 do Tratado²⁶.

Embora não seja objeto deste artigo, importante ressaltar que, em recente julgado, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – apreciou matéria conexa, tendo decidido, por voto de

²⁴ Recurso Especial Tributário e Processual Civil. Mandado de Segurança Denegado na Origem. Apelação. Efeito apenas Devolutivo. Precedente. Nulidade dos Acórdãos Recorridos por Irregularidade na Convocação de Juiz Federal. Não Pré-questionamento. Súmulas 282 e 356/STF. IRPJ e CSLL. Lucros Obtidos por Empresas Controladas Nacionais Sediadas em Países com Tributação Regulada. Prevalência dos Tratados sobre Bitributação Assinados pelo Brasil com a Bélgica (Decreto 72.542/1973), a Dinamarca (Decreto 75.106/1974) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/1980). Empresa Controlada Sediada nas Bermudas. Art. 74, *caput* da MP 2.158-35/2001. Disponibilização dos Lucros para a Empresa Controladora na Data do Balanço no qual tiverem Sido Apurados, Excluído o Resultado da Contrapartida do ajuste do Valor do Investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial. Recurso Especial Conhecido e parcialmente Provido, para conceder a Segurança, em Parte.

²⁵ Tributário. IRPJ. CSLL. Lucros auferidos por empresas controladas sediadas no exterior. Tratados internacionais para evitar a dupla tributação. Conflito de normas. Art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35/2001. Princípio da especialidade. Prevalência da norma veiculada nos tratados. Tributação exclusiva dos lucros no país de domicílio. Reavaliação positiva dos investimentos em controladas situadas no exterior. Neutralidade do método da equivalência patrimonial para fins fiscais. Art. 23, parágrafo único, do DL nº 1.598/1977. Apelação/Reexame necessário nº 2003.72.01.000014-4/SC, Relator Desembargador Federal Joel Ilan Paciornik, de 24.09.15.

²⁶ Sérgio André Rocha entende que nem mesmo com a disponibilização dos lucros deve haver tributação no Brasil: “Ora, se o fato econômico passível de incidência fiscal, sob o regime anterior, era aquele previsto no artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, que estabelecia a tributação dos lucros auferidos pela empresa estrangeira; e se o artigo 7º das convenções internacionais tributárias celebradas pelo Brasil estabelece a competência exclusiva do país de residência para a tributação de tais lucros, a conclusão a que se chega é que a aplicação do mencionado artigo 7º leva à não tributação dos lucros estrangeiros no Brasil, não apenas no momento em que foram auferidos, mas a qualquer tempo. Dessa maneira, havendo, posteriormente à apuração do lucro pela empresa estrangeira, sua distribuição para a investidora brasileira, este evento, em si, deveria ser indiferente para fins tributários, uma vez que a distribuição do dividendo não era prevista como fato tributável no regime anterior à Lei 12.973. ROCHA, Sérgio André. A Lei nº 12.973/2014 e os Tratados Internacionais Tributários Celebrados pelo Brasil.” In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.) *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximação e Distanciamento)*. 6º vol. São Paulo: Dialética, 2014, p. 556.

qualidade, no sentido de que não há incompatibilidade entre o art. 7º dos tratados e o que dispunha o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001²⁷.

O voto vencedor, proferido pelo Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, fez minuciosa análise acerca do tema, cujo enfrentamento pormenorizado não é possível no espaço limitado deste estudo, sustentando que o objeto da tributação no Brasil não é o lucro da pessoa jurídica estrangeira, mas sim a variação patrimonial positiva (acréscimo patrimonial) auferida no Brasil correspondente ao lucro obtido no estrangeiro pela controladora brasileira.

Partindo dessa premissa, sustentou que não há interferência do Fisco brasileiro, através dos seus poderes coercitivos e sancionatórios, em território estrangeiro, pois a entidade tributada é a brasileira. Nesse passo, a metodologia estabelecida pela IN nº 213/02 quanto ao cálculo do imposto, no sentido de incluir na tributação o valor antes de deduzidos os tributos pagos no exterior, para somente depois permitir sua dedução, é a única forma de cálculo que permite a dedução do imposto pago no exterior e, assim, visa proteger o contribuinte brasileiro.

No que se refere ao enfrentamento do art. 7º dos tratados propriamente dito, o ponto nodal do voto vencedor foi no sentido de que se trata de um dispositivo que visa disciplinar a tributação dos estabelecimentos permanentes, não permitindo a tributação no outro estado, quando lá não há estabelecimento permanente, aplicando-se os outros artigos do tratado, se for o caso.

Na linha de argumentação do que foi sustentado ao longo do presente artigo, não parece ser correto esse entendimento, seja porque (i) é claro que o que se tributa no Brasil é o lucro da pessoa jurídica no estrangeiro, na medida em que a variação positiva supostamente verificada pela controladora brasileira só tem aplicação contábil e não reflete a efetiva aquisição dessa renda, tanto no aspecto econômico quanto no jurídico e (ii) na forma do que dispõe o próprio art. 7º, em sentido absolutamente contrário ao entendimento manifestado no voto vencedor, somente quando se estiver diante de um estabelecimento permanente é que poderá haver a tributação nos dois países contratantes, de forma que não sendo essa a hipótese, haveria que ser afastada a tributação automática dos lucros auferidos pela pessoa jurídica estrangeira, antes da sua disponibilização à controladora brasileira.

5. CONCLUSÕES

Embora se reconheça a importância da adoção de medidas que visem combater o planejamento fiscal agressivo, o qual permite aos particulares aumentar seus lucros através da criação de estruturas artificiais, que acabam por prejudicar a necessária arrecadação dos Estados e, via de consequência, a sociedade como um todo; também se reconhece a importância de estabelecer um ambiente de segurança e previsibilidade onde esses mesmos particulares possam exercer suas atividades auferindo lucros e, também, por consequência, aumentar a arrecadação estatal.

A Lei nº 12.973/2014 inegavelmente representa um avanço no regime da tributação universal da renda, ainda que remanescentes antigas controvérsias quanto à sua constitucionalidade. Aparentemente o

²⁷ Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ Ano-calendário: 2007 LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da CSLL os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior são considerados disponibilizados para a controladora no Brasil na data do balanço no qual tiveram sido apurados. Lançamento precedente. LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-PAÍSES BAIXOS DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE A RENDA. ART. 74 DA MP Nº 2.158-35/2001. NÃO OFENSA. Não há incompatibilidade entre a Convenção Brasil-Holanda (Países Baixos) e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN, por inexistência de conflito. Recurso Especial do contribuinte negado. (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Câmara Superior de Recursos Fiscais – Processo nº 11052.000921/2010-63, Voto vencedor Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, julgado em 04 de maio de 2016).

legislador buscou, como opção política, o princípio da neutralidade da exportação, adequando-se ao julgamento da ADI 2.588 pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, ainda que possa buscar o Poder Judiciário para restaurar a constitucionalidade ou legalidade de situações em que o legislador foi além dos limites a que estava adstrito, o que se espera é que também o Poder Executivo, cujo Chefe é a pessoa legitimada pela Constituição Federal para celebrar os Tratados firmados pelo Brasil, os cumpra.

As alterações formais na Lei, notadamente no que se refere ao art. 77, não devem servir para justificar o descumprimento dos Tratados, o que se presta muito mais a reduzir os investimentos no exterior por parte das pessoas jurídicas brasileiras do que aumentar a arrecadação tributária.

O art. 7º dos Tratados firmados pelo Brasil representa o núcleo dos tratados para evitar a dupla tributação da renda. Interpretações que elidam a sua aplicação acabam por tornar sem sentido a própria convenção, abrindo as portas para uma guerra fiscal entre Estados e permitindo que a riqueza tributável em uma jurisdição seja objeto de pretensões fiscais cumulativas de outras, invasivas de soberania estrangeira.

A opção político-legislativa de não ter uma norma de “CFC” propriamente dita, mas sim uma regra geral restritiva, aplicável em todos os casos e todas as situações, não pode ter o condão de permitir o descumprimento dos Tratados voluntariamente firmados pelo Brasil.

É inegável que a Lei nº 12.973/2014 estabelece a tributação automática dos lucros auferidos por controladas no exterior e, por consequência, colide com o disposto no art. 7º. Nesse ponto, diante de uma controlada sediada em país com o qual o Brasil tenha firmado Tratado para Evitar a Dupla Tributação da Renda, é inafastável a aplicação da convenção em detrimento da legislação interna.

6. REFERÊNCIAS

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OCDE. *Action plan on base erosion and profitshifting*. [S.l.]: OECD Publishing, 2013.

_____. *Addressing base erosion and profit shifting*. [S.l.]: OECD Publishing, 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: [s.n.], 1991.

ROCHA, Sérgio André. A Lei nº 12.973/2014 e os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis*: aproximação e distanciamento. São Paulo: Dialética, 2014. v. 6.

_____. *Tributação de lucros auferidos no exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Lucros no exterior e acordo de bitributação*: reflexão sobre a solução de consulta interna nº 18/2013. *RDDT*, n. 219, 2013.

XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética. 2014.

_____. Aspectos inconstitucionais da lei nº 12.973/2014 em matéria de tributação de controladas e coligadas no exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 239, ago. 2015.

_____. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



O PROJETO BEPS DA OCDE/G20 E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO AGRESSIVO

Aloisio Flávio Ferreira de Almeida*
Ivo Tambasco Guimarães Júnior**
Lucas Syrto Octavio de Souza***

Resumo: Esta pesquisa foi produzida para o Segundo Seminário do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), realizado em agosto de 2016, e tem por objetivo apresentar o Projeto BEPS da OCDE/G20, que visa à revisão das regras tributárias internacionais, em um esforço coordenado para combater a erosão das bases tributárias e o deslocamento artificial de lucros para jurisdições de baixa tributação. São abordadas aqui as Ações que fazem parte do padrão mínimo (Ações 5, 6, 13 e 14), as ligadas ao combate ao planejamento tributário agressivo (Ações 2, 3, 4 e 12) e a Ação 1, que trata da economia digital. O Projeto BEPS representa um marco nas relações tributárias entre os países e pode trazer mudanças nos tratados para evitar a dupla tributação, bem assim nas legislações internas de várias jurisdições.

Abstract: *This research was produced for the Second Seminar of the Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) of the Brazilian Ministry of Finance held in August 2016, and aims to present the BEPS project of the OECD/G20, which aims to review international tax rules in a coordinated effort to combat erosion of tax bases and artificial shifting of profits to low-tax jurisdictions. It addresses the actions that are part of the minimum standard (Actions 5, 6, 13 and 14), those relating to the fight against aggressive tax planning (Actions 2, 3, 4 and 12) and Action 1, which deals with the digital economy. The BEPS project represents a milestone in tax relations between countries and may cause changes in the treaties to avoid double taxation, as well as in the domestic laws of various jurisdictions.*

*Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, Doutor em Administração Pública e Governo e Coordenador-Geral Substituto de Relações Internacionais.

** Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

*** Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. AS ORIGENS DO PROJETO BEPS**
- 3. O PLANO DE AÇÃO BEPS**
 - 3.1 Os padrões mínimos do BEPS**
 - 3.2 Combate ao planejamento tributário agressivo**
 - 3.3 A economia digital e o BEPS – Ação 1 (OCDE, 2015)**
- 4. CONCLUSÕES**
- 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

Desde que foi publicado o Modelo de Convenção para Evitar a Dupla Tributação da Liga das Nações em 1928, as regras de tributação internacional sofreram algumas alterações e foram interpretadas por muitos estudiosos. Em nossos dias, essas regras estão diante de críticas intensas, pois a globalização econômica trouxe novos desafios ao papel dos Estados, com a crescente necessidade de *accountability* perante os cidadãos eleitores. Escândalos diversos e crises fiscais ao redor do mundo impuseram a revisão dessas regras e o momento atual é de reforma dos antigos pilares, de construção de um novo caminho para o Direito Tributário Internacional, que contemple maior transparência e coordenação entre os Estados. Há um consenso de que empresas e indivíduos devem realizar transações internacionais sem deixar de pagar os tributos onde as atividades econômicas geram valor. Nesse contexto é que surgiu o Projeto BEPS da OCDE/G20.

Este artigo tem por objetivo apresentar o Projeto BEPS da OCDE/G20 e foi produzido para o Segundo Seminário do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), realizado em agosto de 2016. Aborda o contexto em que surgiu o Projeto BEPS, permitindo o entendimento sobre eventuais mudanças que estão em discussão para aperfeiçoar o Direito Tributário Internacional. Na primeira seção será feita uma breve exposição sobre as origens do Projeto BEPS, mostrando que a combinação de práticas de planejamento tributário com a reação do público perante a crise fiscal que sucedeu à crise financeira de 2008 está entre as razões para a concepção do Projeto. A seção 2 traz à baila o Plano de Ação do BEPS, com a descrição dos padrões mínimos e das ações mais voltadas ao controle do planejamento tributário agressivo. Na conclusão, vislumbra-se o Projeto BEPS como um marco nas relações tributárias entre os países com potencial para gerar mudanças nos modelos de convenção para evitar a dupla tributação, assim como várias alterações em legislações internas de muitos países.

2. AS ORIGENS DO PROJETO BEPS

Escândalos associados à falta de pagamento de tributos envolvendo grandes empresas não são privilégio dos tempos recentes, porém ganharam destaque na mídia após a crise financeira que desestabilizou as principais economias do mundo em 2008. Se antes as operações de multinacionais em paraísos fiscais não ocupavam as manchetes, agora o cenário mudou. A crise financeira tornou escassos os recursos públicos em países da Europa e nos EUA, fazendo com que os respectivos governos fossem obrigados a dar explicações. Cidadãos de diversas nacionalidades clamaram por justiça, após a divulgação de que grandes corporações utilizaram brechas nas regras de tributação internacional para transferir lucros para jurisdições de baixa tributação, onde não mantinham operações substanciais. Empresas como Apple, GE, Pfizer, Microsoft e outras das 500 maiores empresas do mundo¹ foram identificadas como mantenedoras de cerca de dois trilhões de dólares de lucros em paraísos fiscais, evitando, assim, o pagamento de imposto de renda nos EUA (McIntyre, Phillips, & Baxandall, 2015). Os dados foram divulgados pela Reuters, causando grande impacto no público norte-americano.

No Reino Unido, a exposição do alto faturamento em contraposição ao baixo imposto de renda pago por empresas como Google, Starbucks e Amazon teve grande repercussão. De acordo com reportagem circulada na revista da BBC², em 21 de maio de 2013 (Barford & Holt, 2013), essas e outras multinacionais, bem como indivíduos detentores de grandes fortunas, deixaram de pagar impostos (ou pagaram quantias bem inferiores às esperadas) ao realizar operações com empresas em paraísos fiscais. Por exemplo, a Starbucks faturou cerca de 400 milhões de libras esterlinas em 2012, mas não apurou lucro tributável no Reino Unido. A Starbucks britânica teria transferido *royalties* para empresa holandesa do

¹ Segundo a revista *Fortune*.

² British Broadcasting Corporation.

mesmo grupo, comprado café da Suíça e pago altos juros a empresas do grupo. O escândalo causou indignação da população e do governo britânico, mas a empresa alegou que as operações estavam absolutamente dentro da legalidade.

De fato, é sabido que várias multinacionais se beneficiaram por anos de rendimentos não tributados obtidos de operações em jurisdições outras que não as de suas sedes. As razões para esse fenômeno estariam associadas aos seguintes fatores (Avi-Yonah & XU, 2016):

- i. Dificuldade de tributação no país da fonte – as regras de tributação internacional privilegiam o país da residência e geralmente é exigida a presença física da empresa por meio de um estabelecimento permanente (EP) para que o país da fonte tenha o direito de tributar. No mundo de hoje, são comuns as transações virtuais, de modo que a exigência de presença física parece desconectada da realidade econômica. Ademais, as regras para determinar a presença de estabelecimento permanente são difíceis de aplicar.
- ii. Desestímulo à tributação pelo país de residência – o receio de fuga de capitais pela eventual transferência da sede de uma multinacional para uma jurisdição de mais baixa tributação desestimula a tributação nos países de residência.

Em outro prisma, casos como o *Panama Papers* mostram que muitos indivíduos valeram-se da fragilidade das regras para intercâmbio de informações tributárias para ocultar somas vultosas em paraísos fiscais. Empresas *offshore* e *trusts* utilizaram-se de regras de sigilo para impedir o acesso de autoridades fiscais sobre os beneficiários de contas no exterior. Por essa razão, alguns países, como o Brasil, resolveram tributar na fonte as remessas para jurisdições constantes de uma determinada lista, reconhecidas pela incapacidade ou dificuldade de trocar informações, além de outros critérios possíveis (exemplo: baixo nível de tributação, falta de atividade econômica substantiva etc.). Vários outros países, entretanto, deixaram de aplicar tributação na fonte sobre tais remessas.

Esse comportamento de pessoas físicas e jurídicas afeta a credibilidade do imposto de renda, tributo de grande relevância nos países desenvolvidos e economias emergentes. A progressividade do imposto de renda não pode ser mantida, visto que a ausência de tributação da renda que flui pelas fronteiras beneficia os que possuem mais facilidade em operar internacionalmente (Avi-Yonah & XU, 2016).

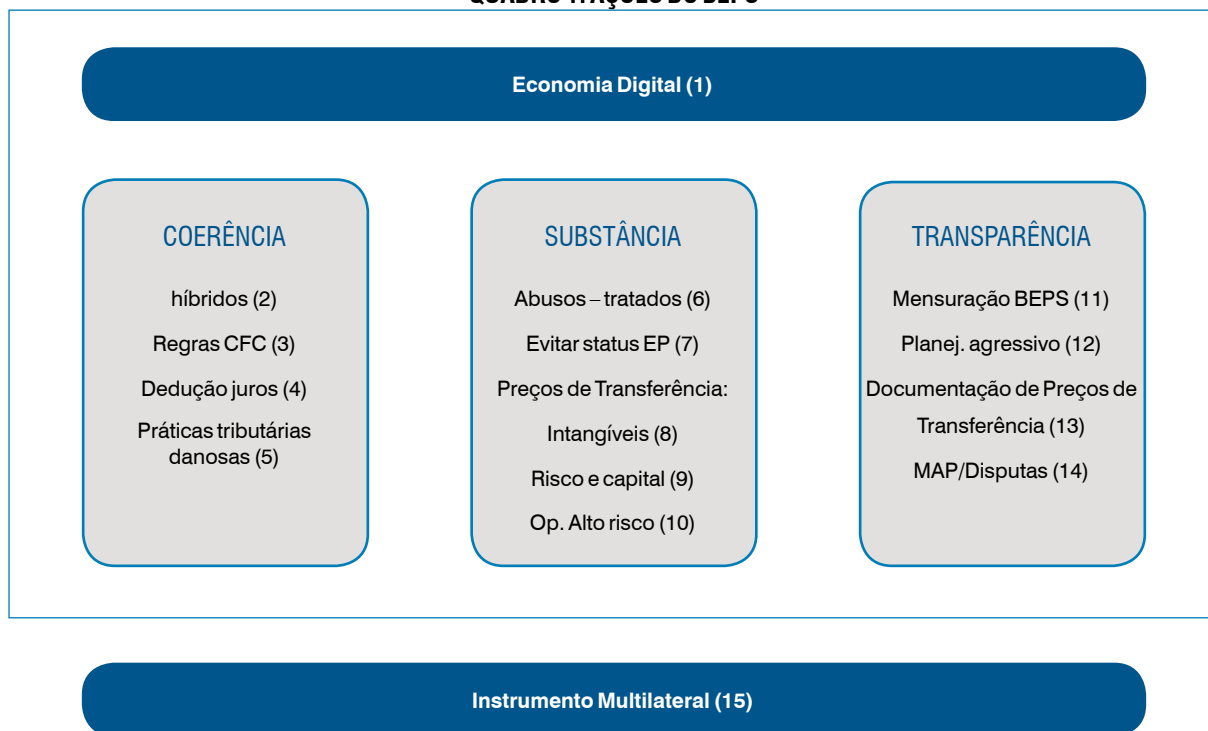
Nesse contexto de conturbados escândalos e crise fiscal, os governos dos países do G20 e da OCDE decidiram que seria necessário alterar as regras de tributação internacional. Em 2013, o Projeto BEPS (acrônimo para *Base Erosion and Profit Shifting*) foi lançado com objetivo de rever essas regras, desenhadas há cerca de um século, e alinhá-las ao contexto da economia mundial. Por princípio, os lucros deveriam ser tributados onde as atividades econômicas são realizadas e o valor criado. O Projeto BEPS parte da observação de que as regras de tributação internacional careciam de coordenação e por isso geravam a erosão de bases tributárias e o deslocamento artificial de lucros para jurisdições onde as atividades econômicas eram inexpressivas. Em seu relatório inicial *Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros* (OCDE, 2013a), a OCDE explicou que nenhuma regra doméstica causa BEPS *per se*, mas, sim, a interação descoordenada da aplicação dessas regras. Por essa razão, o esforço de revisão não poderia partir de jurisdições isoladas, mas do consenso de vários países relevantes para uniformizar as regras e evitar a incerteza nas transações internacionais.

3. O PLANO DE AÇÃO BEPS

Identificada a necessidade de agir e os objetivos colimados, seguiu-se a elaboração do Plano de Ação. No documento intitulado *O Plano de Ação para o Combate à Erosão da Base Tributária e à Transferência de Lucros* (OCDE, 2013b), a OCDE identificou 15 ações, “com três pilares fundamentais: introduzir a

coerência nas regras nacionais que afetam as atividades transfronteiriças, reforçar os requisitos de substância dentro do padrão internacional existente e aprimorar a transparência, assim como a segurança para os negócios que não tomam posições agressivas”. A figura a seguir, adaptada do relatório da OCDE (2013b), apresenta um quadro sinótico das ações do BEPS.

QUADRO 1: AÇÕES DO BEPS



O quadro apresenta as 15 ações do BEPS, divididas segundo os respectivos pilares do projeto. As ações 2 a 5 estão ligadas à coerência das regras de tributação internacional e visam, principalmente, evitar (i) a dupla não tributação, (ii) a dedução múltipla de despesas e (iii) os créditos exagerados de impostos (ação 2 – neutralizar os efeitos dos arranjos híbridos, ação 3 – reforçar as normas CFC, ação 4 – limitar as deduções de juros, ação 5 – combater as práticas tributárias danosas). As ações 6 a 10 foram concebidas para reforçar os requisitos de substância das regras de tributação internacional (ação 6 – prevenir a utilização abusiva dos convênios para evitar a dupla tributação, ação 7 – prevenir que se evite artificialmente o reconhecimento de Estabelecimento Permanente, ações 8, 9 e 10 – alinhar os preços de transferência com a criação de valor (i) dos intangíveis, (ii) em relação aos riscos e ao capital, (iii) em relação a transações de maior risco). As ações 11 a 14 visam garantir maior transparência (ação 11 – estabelecer metodologias para coleta e análise de dados sobre BEPS, ação 12 – estabelecer medidas para que contribuintes divulguem operações de planejamento tributário agressivo, ação 13 – redesenhar a documentação de preços de transferência, ação 14 – tornar os mecanismos de resolução de disputas mais eficazes). Completam o quadro as ações 1 e 15, que abrangem os objetivos de coerência, substância e transparência (ação 1 – abordar os desafios da economia digital, ação 15 – desenvolver o instrumento multilateral).

3.1. Os padrões mínimos do BEPS

A discussão de representantes dos países da OCDE e G20 a respeito de seus sistemas tributários e das mudanças que esses deveriam sofrer para a criação de um conjunto de regras aceitas internacionalmente ficou longe de obter consenso e nem seria isso esperado. Diferenças históricas, culturais e políticas

teriam que ser afastadas em prol de um novo sistema de regras de tributação internacional. Certamente, os interesses divergentes dos países não poderiam ser ignorados. Entretanto, se esses interesses fossem rígidos, os objetivos do BEPS não teriam avançado. É possível que a cobrança do público sobre os governantes para que houvesse uma solução para o baixo nível de arrecadação de receitas tributárias devidas pelas multinacionais tenha motivado a percepção de que existia um bem de interesse geral, qual seja, a preservação da confiança dos cidadãos na capacidade de os sistemas tributários nacionais promoverem a justa arrecadação de impostos, entendida como estando de acordo com a capacidade contributiva dos contribuintes. A ausência de um marco regulatório para a preservação das receitas tributárias assemelha-se à situação da tragédia dos comuns, em que os agentes individualmente maximizam suas posições e com isso levam à deterioração do bem coletivo (RUSSET; STARR; KINSELLA, 2000).

Para recuperar a confiança na capacidade de tributar dos Estados, os representantes dos países que tomaram assento nas discussões do BEPS deveriam optar racionalmente entre manter o *status quo* ou alterar determinada regra tributária. Ou seja, a escolha racional entre assumir o compromisso por mudanças e permanecer fiel às regras atuais passa pela análise dos benefícios obtidos com o novo modelo em face dos custos econômicos e políticos de eventual migração. Obviamente, esse tipo de análise nem sempre garante consenso e, dessa forma, a OCDE, ao tomar a coordenação do BEPS, estabeleceu uma gradação no compromisso dos países com relação ao novo pacote de medidas propostas. Essas medidas abrangem os **padrões mínimos** do BEPS, de cumprimento obrigatório para evitar efeitos adversos em outras jurisdições, as **melhores práticas**, que são recomendações (*soft law*) para melhoria dos sistemas tributários, e **abordagens comuns**, que servem para facilitar a convergência das práticas tributárias nacionais (OCDE, 2015a, p. 6).

Percebendo que o alcance das medidas de seu Plano de Ação deveria abranger, se possível, todas as jurisdições da Terra, a fim de evitar que jurisdições não cooperantes mantivessem práticas de BEPS, a OCDE lançou, em junho de 2016, o **Inclusive Framework**, programa que busca agregar ao Projeto BEPS o maior número possível de jurisdições. Evidentemente, deixar de adotar regras de combate ao BEPS expõe o país à posição do *free rider* (Russet, Starr, & Kinsella, 2000), *i.e.*, aquele que deseja usufruir de um bem coletivo, sem dar a devida contrapartida. Obviamente, a escolha³ de uma jurisdição pela posição de *free rider* pode levá-la à marginalização perante a comunidade internacional, com eventuais prejuízos para sua inserção na economia global, além de danos à imagem e à participação política no campo internacional.

Contudo, países não membros da OCDE vincularam-se formalmente apenas aos padrões mínimos do Projeto BEPS, sendo esse o caso do Brasil. Certamente, a implantação do Projeto BEPS em países em desenvolvimento requer cautela, não somente pela complexidade das medidas propostas, mas também pelo fato de que nem todas essas medidas têm aplicação uniforme em todas as jurisdições. É o que mostra recente pesquisa de opinião obtida junto aos países em desenvolvimento sobre o Projeto BEPS (Peters, 2015). De fato, países como Brasil, China, Chile, Índia e México concordam com a necessidade de melhorar as regras de tributação internacional para combater o BEPS, mas não se mostram igualmente afetados por todas as medidas do Plano de Ação. Por essa razão, a vinculação a padrões mínimos evita que o país assuma a condição de *free rider*, ao mesmo tempo em que lhe proporciona a oportunidade de participar do Projeto BEPS, sem a necessidade de comprometer-se com ações que teria dificuldade de implementar.

Dessa forma, a OCDE definiu como padrões mínimos medidas que deveriam ser adotadas pelos países no âmbito das ações 5 (combater as práticas tributárias danosas), 6 (prevenir a utilização abusiva dos convênios para evitar a dupla tributação), 13 (redesenhar a documentação de preços de transferência) e 14 (tornar os mecanismos de resolução de disputas mais eficazes). A seguir, um resumo desses padrões mínimos.

³ Considerando que esse país não tem condição de comandar a agenda de determinação das regras internacionais de tributação, por não possuir suporte econômico, militar e político que o sustentem.

AÇÃO 5 – COMBATER AS PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS DANOSAS (OCDE, 2015B)

Com o intuito de combater o uso de regimes tributários preferenciais para o deslocamento artificial de lucros e a falta de transparência relativamente a determinados tipos de “*rulings*”⁴, a Ação 5 retoma os trabalhos conduzidos pela OCDE em 1998, quando publicou o relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (OCDE, 1998). Produzido pelo Fórum sobre Práticas Tributárias Danosas (*Forum Harmful Tax Competition-FHTP*) da OCDE, o relatório concentra-se em três aspectos principais: (i) desenvolvimento de metodologia para verificar a existência de atividade substantiva ao avaliar a nocividade de regimes preferenciais, sobretudo em relação a intangíveis; (ii) melhoria da transparência por meio do intercâmbio de “*rulings*” que podem provocar BEPS; e (iii) avaliação dos regimes preferenciais existentes.

Visando realinhar a tributação dos lucros às atividades substanciais que os geraram, a Ação 5 propõe a abordagem do “nexo”. Partindo do princípio que regimes tributários preferenciais, sejam eles relacionados à atividade de pesquisa e desenvolvimento ou a outras atividades, têm por objetivo fomentar o crescimento econômico e o emprego, essa abordagem utiliza a despesa como uma *proxy*⁵ para a atividade substantiva desenvolvida. Assim, os benefícios de um regime preferencial deveriam ser concedidos a um determinado contribuinte somente na medida em que este tenha arcado com os custos necessários à geração dos rendimentos correspondentes. Essa abordagem é especialmente relevante no caso de atividades com maior mobilidade geográfica, tais como serviços financeiros e propriedade intelectual.

No curso do Projeto BEPS, o FHTP revisou 43 regimes preferenciais dos países participantes do Projeto, 16 dos quais se referem a intangíveis, a fim de avaliar a consistência desses regimes com a abordagem do “nexo” e determinar se podem gerar BEPS. Regimes considerados nocivos serão objeto de revisão e alteração no futuro.

Na área de transparência, a Ação 5 estabelece a necessidade de intercâmbio de “*rulings*”, que, embora possam não gerar risco de BEPS nos demais países, a falta de seu conhecimento por parte de outras administrações tributárias pode resultar em dupla não tributação. Dessa forma, os países acordaram intercambiar determinadas categorias de “*rulings*” de contribuintes com todas as administrações tributárias interessadas, de modo a minimizar possíveis efeitos BEPS decorrentes do descasamento de informações.

AÇÃO 6 – PREVENIR A UTILIZAÇÃO ABUSIVA DOS CONVÊNIOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO (OCDE, 2015C)

O abuso de tratados, especialmente o *treaty shopping*⁶, foi identificado como uma das principais fontes de BEPS. Tal fenômeno pode ocorrer, por exemplo, quando os contribuintes utilizam empresas de fachada com o único propósito de obter um benefício tributário que de outra forma não lhes seria devido. A fim de combatê-lo, a Ação 6 propõe diversas medidas antiabuso a serem implementadas nos tratados para evitar a dupla tributação, algumas delas de aplicação obrigatória a todos os países participantes do BEPS.

A primeira delas propõe a inclusão, no preâmbulo dos tratados, de texto afirmando não ser intenção das Partes Contratantes a criação de oportunidades para a dupla não tributação ou para a tributação reduzida em decorrência da evasão tributária, inclusive por meio de *treaty shopping*. Ao explicitar tal intenção, afasta-se a possibilidade de interpretação do texto contrária ao espírito do acordo. Em segundo lugar, recomenda-se a inclusão nos tratados de regras antiabuso específicas, também conhecidas como

⁴ Assim entendidos como qualquer conselho, informação ou garantia dada pela administração tributária a um contribuinte (ou grupo de contribuintes), em relação a sua situação tributária.

⁵ Termo utilizado em referência a uma variável que pode ser quantificada e que, por isso, deve substituir uma outra variável de mensuração difícil ou impossível.

⁶ Termo utilizado para designar arranjos por meio dos quais um não residente de um Estado contratante busca obter benefícios concedidos por uma convenção tributária aos residentes daquele Estado.

regras de limitação de benefícios (regras LOB), as quais impedem o acesso a determinados benefícios do tratado a entidades que se enquadrem em determinadas situações, baseadas em sua natureza legal, propriedade ou atividade desempenhada, entre outras.

Por último, a fim de prevenir outras formas de abuso não cobertas pelas regras LOB, propõe-se a inclusão de uma regra antiabuso geral, de caráter subjetivo, baseada no propósito principal da transação (regra PPT). De acordo com essa regra, o benefício de uma convenção deve ser negado, caso um dos propósitos principais de um arranjo seja a obtenção de benefícios.

AÇÃO 13 – REDESENHAR A DOCUMENTAÇÃO DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA (OCDE, 2015D)

Reconhecendo que a transparência é parte essencial para lidar com os problemas de transferência de lucros e erosão da base tributável, a Ação 13 teve por objetivo desenvolver regras relativas à documentação de preços de transferência, a fim de melhorar a transparência para as administrações tributárias e supri-las de informações adequadas. Como resultado, a documentação relativa aos padrões de preços de transferência da OCDE foi revista para incluir, como padrão mínimo, o Relatório País a País (*CbC Report*).

O *CbC Report* deverá ser preenchido por grupos multinacionais cuja receita consolidada anual seja igual ou superior a EUR 750 milhões e trará diversas informações, tais como receita, imposto sobre a renda pago, número de empregados e ativos, consolidadas por jurisdição de atuação das empresas do grupo. Em regra, a obrigação de entregá-lo recairá sobre o controlador final do grupo multinacional, que deverá apresentá-lo anualmente junto a sua respectiva jurisdição tributária. Esta, por sua vez, compartilhará o relatório com as demais administrações tributárias das jurisdições nas quais o grupo opera, utilizando a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (Convenção Multilateral) ou outro instrumento disponível para o intercâmbio de informações.

Os países implementarão o *CbC Report* para os anos fiscais começando em, ou logo após⁷, 01 de janeiro de 2016. Em 2020, os países envolvidos no projeto BEPS avaliarão a implementação dessa ação e verificarão a necessidade de eventuais modificações, como, por exemplo, inclusão de novas informações a serem solicitadas no relatório.

As medidas propostas pela Ação 13 exigirão que os contribuintes assumam posições consistentes em sua política de preços de transferência e colocarão à disposição das administrações tributárias informações úteis para fins de seleção fiscal e auditoria, possibilitando alocação mais eficiente de recursos. A disponibilização dessas informações auxiliará na identificação de empresas que estejam utilizando preços de transferência para deslocar artificialmente seus lucros para jurisdições de baixa tributação.

AÇÃO 14 – TORNAR OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS MAIS EFICAZES (OCDE, 2015E)

A fim de garantir sua correta aplicação e interpretação, os tratados possuem um mecanismo próprio, independente dos remédios disponíveis na legislação interna, conhecido como procedimento amigável (*Mutual Agreement Procedure-MAP*), por meio do qual as autoridades competentes poderão resolver questões de dupla tributação de maneira consensual.

O MAP é o foco da Ação 14, que tem por objetivo fortalecer a efetividade e eficiência desse mecanismo,

⁷ Já que nem todos os países têm o ano fiscal começando no mesmo dia que o ano calendário.

garantindo sua implementação nos tratados de forma consistente. Como parte dos padrões mínimos, os países assumiram o compromisso de introduzir os três primeiros parágrafos do artigo 25 da Convenção Modelo da OCDE, referente ao MAP, em todos os seus acordos tributários. Esses parágrafos versam sobre condições mínimas de acesso ao MAP, prazos para apresentação do pedido perante a administração tributária e implementação da solução acordada. Também como parte dos padrões mínimos, os países comprometeram-se a buscar resolver os casos de MAP em um prazo médio de 24 meses e serão efetivamente monitorados sobre o seu cumprimento. Tais medidas visam garantir que soluções para casos passíveis de MAP sejam discutidas e, caso haja consenso entre as partes, efetivamente implementadas de forma tempestiva.

Embora já fizesse parte do modelo de acordos utilizado pela OCDE, o MAP assume maior relevância no contexto do Projeto BEPS. Se por um lado o Projeto tende a endurecer as regras de tributação internacional, fechando importantes brechas existentes nas legislações internacionais e domésticas, por outro também busca garantir um canal de diálogo para os contribuintes que sofram algum tipo de tributação em desacordo com os termos da convenção.

3.2. Combate ao planejamento tributário agressivo

Muito embora o Plano de Ação como um todo esteja voltado para a eliminação de brechas que facilitem o planejamento tributário agressivo, as ações 2, 3, 4 e 12 enfatizam essa necessidade.

AÇÃO 2 – NEUTRALIZAR OS EFEITOS DOS ARRANJOS HÍBRIDOS (OCDE, 2015F)

Consideram-se arranjos híbridos as entidades híbridas e os instrumentos financeiros híbridos, que recebem tratamento tributário distinto em diferentes jurisdições. O conceito de instrumento híbrido está geralmente associado a instrumentos financeiros transmutáveis (ex. derivativos), que ora assumem a condição de patrimônio (equity), ora de dívida (debt). Exemplificando, se pagamentos derivados desses instrumentos forem tratados como juros no país onde ocorrem, seriam classificados contabilmente como despesas dedutíveis, porém, se ao mesmo tempo forem considerados como dividendos no país em que são recebidos, esses pagamentos poderiam ser tidos como rendimentos isentos. Dessa forma, a mesma transação geraria dedução no país do pagamento, sem a correspondente tributação da receita no país do recebimento do rendimento.

Entidades híbridas podem ser entendidas como pessoas jurídicas que ora assumem a condição de transparência, ora de opacidade, de acordo com as regras de determinada jurisdição, de modo a afastar o pagamento de tributo. Por exemplo, rendimentos que deveriam ser tributados somente no país da residência, podem ser destinados a um *Trust* que não teria obrigação perante o fisco, cabendo o pagamento do imposto devido ao beneficiário final. Por sua vez, tal beneficiário pode ser de difícil identificação e localização, caso a lei não obrigue as entidades a registrá-los e informá-los às autoridades, sempre que necessário.

Essa disparidade no tratamento entre jurisdições pode levar à dupla não tributação ou tributação em nível inferior ao que seria devido. Os casos identificados na Ação 2 do BEPS abrangem a dedução de uma mesma despesa em mais de um país, a dedução de despesa em um país sem a correspondente tributação em outro e a geração de múltiplos créditos tributários para um único tributo pago. Essas situações ocorrem pelo descasamento do entendimento de dois ou mais países de uma mesma situação real.

AÇÃO 3 – FORTALECER AS REGRAS CFC (OCDE, 2015G)

Uma das principais preocupações nas discussões do Projeto BEPS é a utilização, por um grupo de empresas, de entidades no exterior para fazer a transferência de renda do país em que opera para outro país com tributação menor. Apesar de diversos países já terem as chamadas regras CFC (*Controlled Foreign Companies*) ou outras regras antidiferimento, há certa percepção de que elas necessitam de aprimoramento.

O Relatório da Ação 3 esclarece que regras CFC, quando bem desenhadas, podem complementar regras de preço de transferência⁸. Além disso, regras CFC neutralizam o efeito de práticas danosas de terceiros países, evitando que empresas multinacionais desloquem grande parte de seus lucros.

As recomendações do Projeto BEPS sugerem a adoção de regras CFC em uma construção modular, onde cada módulo deve tratar especificamente de um ponto importante para a criação de uma regra que seja eficaz. Esse desenho visa dar flexibilidade aos países na construção de suas próprias regras CFC para que sejam consistentes com suas políticas tributárias respectivas. Os módulos sugeridos são: (i) definição da regra CFC, (ii) casos de não aplicabilidade, (iii) definição de renda coberta pela regra, (iv) método de cálculo da renda, (v) atribuição da renda e (vi) métodos para prevenir a dupla tributação.

AÇÃO 4 – LIMITAR A EROÇÃO DA BASE TRIBUTÁRIA ATRAVÉS DA EXCESSIVA DEDUÇÃO DE JUROS E OUTROS PAGAMENTOS FINANCEIROS (OCDE, 2015H)

Nas discussões da Ação 4, a dedução excessiva de despesas financeiras foi considerada uma das formas mais usuais de erodir a base tributária de terceiros países. Essa dedução pode ocorrer em dois cenários: (i) obtendo empréstimos no exterior de uma entidade relacionada situada em país com baixa tributação (*inbound*) ou (ii) tomando empréstimo no próprio país-sede para investir no exterior (*outbound*). No primeiro caso, cria-se uma despesa excessiva de juros sem tributação correspondente à receita gerada. No segundo, a renda obtida poderá ser diferida sem prazo ou mesmo tornar-se isenta.

A partir do balanço consolidado das maiores multinacionais, foi verificado que o volume líquido de despesas com juros pagos a terceiros em proporção do EBITDA⁹ é, na maioria das vezes, muito menor que a mesma relação em uma transação intragrupo. A partir dessa constatação e após a análise de diversas alternativas, chegou-se à conclusão de que a melhor abordagem é limitar a dedução dos juros líquidos com base em um percentual do EBITDA.

A regra recomendada deve ser aplicada às empresas multinacionais. O percentual será definido por país com base em diversos fatores, tais como a existência de regras auxiliares, a permissão para a dedução futura do que não foi possível deduzir ou a taxa de juros do país. Esse percentual deve permanecer em uma faixa que varia entre 10% e 30%.

O Relatório da Ação 4 propõe que se ofereça a possibilidade de o grupo multinacional provar a necessidade de se utilizar um limite maior de dedutibilidade, utilizando, para todo o grupo e de forma global, o percentual de despesas líquidas com terceiros sobre o EBITDA (*worldwide group ratio rule*). Caso deseje, cada país poderá ainda oferecer como regra alternativa aos grupos multinacionais a aplicação de algum outro percentual fixo, como, por exemplo, sobre o total de ativos qualificados.

⁸ Mas não substituí-las.

⁹ Lucro contábil antes da apuração do imposto de renda e das despesas com depreciação e amortização. Em português, também conhecido como LAJIDA.

AÇÃO 12 – DIVULGAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS AGRESSIVOS (OCDE, 2015l)

A Ação 12 discutiu a importância para os governos e para as empresas de divulgarem antecipadamente, de forma ampla e direcionada, os planejamentos tributários. Para os governos, a divulgação antecipada permite, de forma rápida, identificar potenciais áreas de risco, além de atuar como elemento de dissuasão ao planejamento abusivo. Para as empresas, a apresentação de seus planejamentos traz segurança jurídica, já que, como contrapartida, eventuais planejamentos que sejam considerados impróprios pela Administração Tributária não se sujeitariam a penalidades se corrigidos quando solicitado.

Diversos países, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Portugal, Coreia do Sul, já possuem em seus ordenamentos regra de divulgação obrigatória antecipada de planejamentos tributários. Essas normas podem variar conforme o escopo, o declarante, o objeto da declaração, o processo, o prazo e as penalidades, e têm se mostrado eficazes e úteis para as respectivas Administrações Tributárias e contribuintes que as adotam.

O relatório final dessa Ação recomenda a implementação de legislação para a divulgação obrigatória de planejamentos tributários que considere não apenas o contribuinte, mas também eventuais responsáveis solidários, bem como a definição de um mecanismo que permita identificar e relacionar arranjos, responsáveis e contribuintes. Sugere ainda que a regra adotada utilize tanto requisitos genéricos quanto específicos para determinar a obrigatoriedade de divulgação do planejamento. Por fim, recomenda o estabelecimento de penalidades, pecuniárias ou não, para garantir a obediência à norma.

3.3. A economia digital e o BEPS – Ação 1 (OCDE, 2015j)

Estabelecidas há quase um século, as regras de tributação internacional foram desenhadas para a economia tradicional. Transações virtuais como as que se inserem no conceito de economia digital eram inconcebíveis à época. A partir de 1990, o uso massivo da Internet fez surgir novos negócios. Primeiramente, empresas tradicionais passaram a comercializar seus produtos físicos por meio da grande rede, como foi o caso da venda de livros, por exemplo. Na sequência, houve a comercialização de produtos digitais pela rede, tais como filmes, músicas, jogos e serviços digitais. A partir de então, a Internet passou a abrigar uma variedade de negócios inovadores, abrangendo (i) o comércio eletrônico de bens e serviços, (ii) as *App Stores*, verdadeiras lojas virtuais em que o usuário pode baixar aplicativos, (iii) a publicidade *online*, (iv) a computação em nuvem, (v) os serviços de pagamento, entre outros. Por dispensar a necessidade de contato físico entre cliente e fornecedor, essas transações ultrapassam as fronteiras e tornaram-se menos suscetíveis ao controle fiscal. Nesse sentido é que o avanço da tecnologia da informação permitiu que os negócios se beneficiassem de imposições tributárias mais baixas, aumentando os riscos de erosão de bases tributárias.

Percebendo esses riscos, a OCDE determinou a criação da Ação 1 do BEPS, cujos objetivos seriam:

Identificar as principais dificuldades impostas pela economia digital, no que diz respeito à aplicação das normas tributárias internacionais, e desenvolver opções detalhadas para resolver essas dificuldades, adotando uma abordagem global e considerando tanto a tributação direta como indireta (OCDE, 2013b).

Entretanto, as discussões envolvendo o assunto não apontaram consenso. A Convenção Modelo da OCDE define que os lucros de uma empresa devem ser gravados no país de residência, a menos que atue com estabelecimento permanente (EP) no país da fonte. Justamente por permitir a negociação virtual, a economia digital trouxe à baila o desafio de revisão do conceito de EP, tema da Ação 7 do BEPS. A proposta de presença econômica digital no país da fonte, embora recebida para análise, ainda não se firmou.

Outro desafio diz respeito às normas para tributação de sociedades estrangeiras controladas, conhecidas como normas CFC (*Controlled Foreign Corporations*), que são objeto da Ação 4 do BEPS, anteriormente apresentada. Uma das questões que surgiu a partir das práticas da economia digital é a mobilidade de intangíveis utilizados na venda de bens e serviços por meios digitais. Se esses intangíveis forem transferidos para países de baixa tributação, regras CFC podem evitar que os lucros obtidos com recursos dos mercados de produção e consumo não sejam indevidamente transferidos e permaneçam isentos de tributação ou sujeitos a baixas imposições.

Finalmente, a economia digital impõe desafios às regras de preços de transferência (ações 8, 9 e 10 do BEPS) e aos tributos sobre o consumo, especialmente, o Imposto sobre o Valor Agregado (IVA).

Em síntese, os desafios da economia digital para as regras de tributação internacional demandam alterações na Convenção Modelo da OCDE dos Acordos para Evitar a Dupla Tributação e nas legislações domésticas dos países. Estão em análise o conceito de EP, o fortalecimento das regras CFC e a revisão das regras de preços de transferência, além de recomendações para o registro e para tributação no mercado consumidor dos impostos sobre o valor agregado. No momento, a OCDE não obteve consenso para estabelecer recomendações ou padrões mínimos na Ação 1, optando por colher dados para uma nova rodada de discussões prevista para 2020.

4. CONCLUSÕES

Em um mundo em que a crescente complexidade das interações entre as legislações internas de diferentes jurisdições cria brechas à erosão das bases tributárias e ao deslocamento artificial dos lucros, o Projeto BEPS da OCDE/G20 surge como um promotor de mudanças nas regras de tributação internacional, em um esforço coordenado para restaurar a credibilidade dos sistemas tributários e assegurar uma competição justa entre as empresas.

Ciente de que a efetividade das medidas discutidas pelo Projeto depende de sua implementação coordenada, a OCDE instituiu, em junho de 2016, o *Inclusive Framework*, fórum que hoje abrange mais de 100 países, com a finalidade de alcançar o maior número possível de jurisdições com as regras do BEPS.

Tal implementação apresenta grandes desafios, pois envolve não apenas alterações na Convenção Modelo da OCDE, mas também na legislação interna dos países, algo que exigirá o convencimento dos parlamentos nacionais, além de regulamentação e de ações das administrações tributárias. Entretanto, em que pese se tratar de decisão soberana de cada jurisdição, a não adoção das regras do BEPS pode trazer consequências negativas à imagem e à economia de um país, com risco de isolamento deste na esfera internacional. Tal situação configura-se no clássico problema do *free rider* ilustrado na seção 2.1.

A revisão das regras de tributação internacional é hoje uma prioridade na agenda dos líderes mundiais. Mesmo não sendo membro da OCDE, o Brasil optou por participar ativamente do Projeto BEPS desde o seu início, garantindo voz nos debates e defendendo suas posições. A adoção dos padrões mínimos do BEPS deve assegurar maior proteção à base tributária nacional, reduzindo os espaços para o planejamento tributário agressivo. Além disso, deve promover a melhoria do ambiente de negócios, o aumento da efetividade da resolução de disputas, o incremento à transparência, à coerência e à previsibilidade da política fiscal.

5. REFERÊNCIAS

- AVI-YONAH, R. S.; XU, H. Global taxation after the crisis: why BEPS and MAATM are inadequate responses and what can be done about it. *Public law research paper*. n. 494. Michigan: Universidade de Michigan, 2016.
- BARFORD, V.; HOLT, G. *Google, Amazon, Starbucks: the rise of tax shaming*. 21 maio 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-20560359>>. Acesso em: 4 ago. 2016.
- MCINTYRE, R.; PHILLIPS, R.; BAXANDALL, P. *Offshore shell games: the use of ofsshore tax havens by fortune 500 companies*. 2015. Disponível em: <<http://uspigredfund.org/sites/prig/files/reports/usP%20SHELLGAMES%20oct15%2013.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2016.
- OCDE. *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: OCDE Publicações, 1998.
- OCDE. *Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OCDE Publicações, 2013a.
- OCDE. *O plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OCDE Publicações, 2013b.
- OCDE. *OCDE/G20 base erosion and profit shifting project: explanatory statement*. Paris: OCDE Publicações, 2015a.
- OCDE. *Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, action 5 – 2015 final Report*. Paris: OCDE Publicações, 2015b.
- OCDE. *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, action 6 – final report*. Paris: OCDE Publicações, 2015c.
- OCDE. *Transfer pricing documentation and country-by-country reporting, action 13 – final report*. Paris: OCDE Publicações, 2015d.
- OCDE. *Making dispute resolution mechanisms more effective, action 14 – final report*. Paris: OCDE publicações, 2015e.
- OCDE. *Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements*. Paris: OCDE Publicações, 2015f.
- OCDE. *Designing effective controlled foreign company rules*. Paris: OCDE Publicações, 2015g.
- OCDE. *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments*. Paris: OCDE Publicações, 2015h.
- OCDE. *Mandatory disclosure rules*. Paris: OCDE Publicações, 2015i.
- OCDE. *Adressing the tax challenges of the digital economy*. Paris: OCDE Publicações, 2015j.
- PETERS, C. Developing countries reactions to the OCDE/G20 action plan on basee erosion and profit shifting. *Bulletin for international taxation, IBFD*, p. 375-381. jun./jul. 2015.
- RUSSET, B.; STARR, H.; KINSELLA, D. *World politics: the menu for choice*. Nova Iorque: St. Martin Press, 2000.

APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO NO CASO DOS RENDIMENTOS DE SERVIÇOS NÃO TÉCNICOS PRESTADOS POR NÃO RESIDENTES

Helena Taveira Torres*

RESUMO: O presente capítulo aborda os distintos regimes tributários dos serviços técnicos, prestados por não residentes, sob aplicação das convenções para evitar a dupla tributação. Enfrenta a sistemática do artigo 12 do Modelo OCDE, relativa aos contratos com “transferência de tecnologia” e, por conseguinte, o pagamento de *royalties*, em confronto com aquela do artigo 7º do Modelo OCDE, cuja prestação do serviço técnico configura a própria atividade principal da empresa e os respectivos rendimentos do lucro empresarial. Analisa, ademais, os aspectos inerentes ao sistema tributário brasileiro, ao lado dos conceitos do Direito privado, para determinar as especificidades da tipologia do contrato de prestação de serviços, na aplicação das referidas convenções internacionais, segundo o modelo da OCDE, na cobrança dos rendimentos provenientes da prestação de serviços técnicos por não residentes.

ABSTRACT: *This chapter deals with the subject of the different tax regimes of the provision of technical services by non-residents, in the view of the double taxation conventions. Therefore, presents distinction between the structure of Article 12 of the OECD Model on contracts involving “transfer of technology” and, therefore, the payment of royalties, and the one established in Article 7 of the OECD Model, according to which the provision of technical services sets the main activity of the company and income from it, thus, the corporate profit. In this sense, the present article analyzes the elements of the Brazilian tax system, based on concepts of private law (e.g.: the elements of the service agreement), in line with the international conventions to avoid double taxation – DTA, and the standards of the Organization for Economic Cooperation and Development – OECD, which determine the fall of income from the provision of technical services by non-residents in either one of those tax disciplines.*

*Professor Titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS
2. O ESCOPO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO TÉCNICOS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E O EXAME DAS TIPOLOGIAS DOS SERVIÇOS
3. O REGIME TRIBUTÁRIO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR NÃO RESIDENTES NO BRASIL NA AUSÊNCIA DE EDT
4. A PREVALÊNCIA DAS NORMAS VEICULADAS POR TRATADO – EFICÁCIA DO ART. 98 DO CNT E DO ART. 146, III, DA CF
5. A HERMENÊUTICA DAS CONVENÇÕES E A QUALIFICAÇÃO DAS CATEGORIAS DE RENDIMENTOS E APLICAÇÃO DO ART. 3º, § 2º DO MODELO OCDE
6. O CONCEITO DE LUCRO DAS EMPRESAS DO ART. 7º DAS CDT
7. REGIME DE “OUTROS RENDIMENTOS” (ART. 22, DA CDT) E SUA INAPLICABILIDADE ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As *convenções internacionais para evitar a dupla tributação* – CDT são veículos introdutórios de normas que se apresentam com textos normativos voltados a integrar os ordenamentos internos dos signatários naquilo que forem incompletos, diversos ou contraditórios, mediante um conjunto de regras destinadas ao tratamento da renda e do capital transnacional, bem como dos tributos sobre estes incidentes, nas relações que envolvam residentes de um e do outro Estado contratante, por uma funcional limitação ao sistema tributário (interno) de cada um deles, com a *finalidade* de harmonizar este relacionamento fiscal quanto ao tratamento dos residentes (VOGEL; PROKISCH, 1993, p. 19).

As CDT têm como objetivo evitar os indesejáveis “concursos de pretensões impositivas” (BARENFELD, 2005, p. 87) para prevenir e combater a evasão e elusão tributária internacional, impedir a discriminação e garantir maior segurança jurídica aos contribuintes, pela certeza do direito aplicável.

Com efeito, para cada um dos Estados envolvidos, formar-se-á uma *relação jurídica obrigacional tributária*, nas quais os mesmos estados figurarão como *sujeitos ativos*, independentes e autônomos, dotados dos respectivos direitos subjetivos (crédito tributário) sobre a *pretensão* devida pelo mesmo *sujeito passivo* (LAW, 2013, p. 82). Isso permite-nos definir a *pluritributação internacional* como legítima exigência a um mesmo sujeito passivo, por dois ou mais Estados soberanos, autônomos e internamente a cada um, de créditos tributários decorrentes da aplicação de tributos materialmente semelhantes, a partir do mesmo suporte fático (BARENFELD, 2005, p. 85).

Como observa Raad (2005), a aplicação das CDT exige do intérprete o permanente cuidado com alguns pressupostos fundamentais, a saber: 1ª) os tratados para evitar a dupla tributação restringem a aplicação das regras tributárias locais; 2ª) alguns termos de direito tributário podem ter significados diferentes nos âmbitos da legislação interna e nos tratados; 3ª) deve-se ter conhecimento dos regimes das regras distributivas de competência (Estado de residência *versus* Estado da fonte); 4ª) do escopo das regras distributivas (alcance e qualificação das categorias de rendimentos); 5ª) e de que as regras distributivas geralmente não tratam da questão sobre qual pessoa se sujeitaria à tributação segundo a espécie de rendimento (RAAD, 2005, p. 195-207).

Há três classes de disposições nas CDT com base no modelo da OCDE quanto à forma de distribuição do poder de tributar dos países, a saber:

- i. regras que *atribuem a competência tributária ao Estado da residência*, como são os rendimentos de profissionais dependentes, os lucros das empresas e os rendimentos de profissionais independentes – salvo se auferidos por intermédio de estabelecimento permanente pessoal ou material no outro Estado – e os lucros provenientes da navegação marítima ou aérea – que são tributados no Estado em que se localiza a sede efetiva;
- ii. regras que *atribuem a competência tributária ao Estado da fonte produtiva*, como é o caso dos tributos incidentes sobre rendas auferidas de bens imobiliários, explorações agrícolas ou florestais, os rendimentos de artistas ou desportistas, pensões ou remunerações similares, importâncias recebidas por estudantes e estagiários; e aquelas regras que *permitem que a tributação seja exercida por ambos os Estados signatários* como é o caso dos juros, *royalties* e dos dividendos, por vezes, com limitação de alíquotas e obrigando os Estados da residência a reconhecerem como crédito de imposto o valor pago no Estado da fonte ou a isentarem tais rendimentos (MELIS, 2008, p. 1207-125; CALDERÓN CARRERO, 2004, p. 973-1083; SERRANO ANTÓN, p. 701-755). Se a competência para tributar determinada categoria for atribuída a um único Estado e este Estado não a exercer, o outro não poderá tributa-la. Contudo, essa competência poderá ser compartilhada, como se verifica na hipótese dos rendimentos empresariais com tratamento isolado dos art. 10, 11 e 12, da CDT.

No que concerne aos *rendimentos isolados*, as convenções operam com regras objetivas e exaurientes do tratamento segundo as matérias, como nos dividendos (artigo 10), juros (artigo 11), *royalties* (artigo 12). Se um rendimento isolado não se define numa dessas categorias especiais, e sendo ele inerente à atividade empresarial desenvolvida, subsume-se imediatamente à categoria de lucro de empresa (artigo 7º). E para os demais tipos de rendimentos, não previstos naquelas regras específicas ou redutível ao conceito de “lucro de empresa”, cumprirão o destino que se lhe dê o regime da norma aplicável aos “outros rendimentos” (art. 21 ou 22 das CDT) (VOGEL, 1991, p. 1074).

Para determinar se um rendimento enquadra-se no art. 12, no art. 7º ou no art. 21, o exame do objeto do contrato e a forma do seu cumprimento são indispensáveis para a qualificação dessas categorias de rendimentos.

Por isso, para identificação do regime tributário dos serviços técnicos, o critério discriminante é a presença (ou ausência) de *transferência de tecnologia*, o que afastará a dupla tributação do rendimento segundo critérios de distribuição do poder de tributar, variável conforme cada convenção com os países (FRANCO, 2010, p. 24).

Como regra, no âmbito das convenções para evitar a dupla tributação, temos que distinguir: (i) os contratos que envolvem *transferência de tecnologia* e implicam o pagamento de *royalties*, os quais se submetem ao regime tributário previsto no artigo 12 do Modelo OCDE; (ii) e aqueles de prestação de serviços relacionados com a atividade principal da empresa, como *lucro de empresa*, na forma do artigo 7º do Modelo OCDE.

2. O ESCOPO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO TÉCNICOS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E O EXAME DAS TIPOLOGIAS DOS SERVIÇOS

A incidência do IRRF, no Brasil, sobre os rendimentos pagos em favor de empresas não residentes no Brasil reclama uma compreensão do escopo do contrato de prestação de serviços e da qualificação deste tipo de rendimento. Para tanto, a adequada demarcação da questão fática é imprescindível para identificar a existência ou não do fato jurídico tributário, assim como a exata qualificação para os fins das cláusulas do acordo, tipo a tipo de rendimento.

Contratos de prestação de serviços são tipicamente sinalagmáticos, caracterizados pela imposição de uma obrigação de fazer a uma das partes e pela obrigação de contraprestação pela outra parte, na forma de um preço.

É usual encontrarmos na doutrina brasileira a distinção entre o contrato de serviço no qual se *empregam* conhecimentos técnico-científicos, daquele por meio do qual se *transferem* tais conhecimentos.

Nesse sentido, vale lembrar a lição de Martins (1990), a partir de Paul Démin, sobre o chamado “contrato de *know-how*” e sua necessária distinção do contrato de assistência técnica (DÉMIN, 1969, p. 17). Naquele, faz-se a transferência de um bem imaterial, transferência essa muito próxima da *locação* (já que o *know-how* é quase sempre transferido por tempo determinado), enquanto que a assistência técnica é uma prestação de serviços (MARTINS, 1990, p. 594).¹

¹ Sobre a definição de *know-how*, cf. p. 592: “Consiste o *know-how* em certos conhecimentos ou processos, secretos e originais, que uma pessoa tem e que, devidamente aplicados, dão como resultado um benefício a favor daquele que os emprega. Esses conhecimentos ou processos devem, como se disse, ser originais e secretos. É justamente com a sua aplicação que resultam benefícios em favor do utilizado do *know-how*. Daí a sua transferência ser considerada, hoje, forte fonte de rendas para os possuidores de *know-how*, sejam pessoas físicas ou jurídicas.” (MARTINS, 1990, p. 592)

Todos têm direito de produzir tecnologia², mantendo-a em segredo, sem dar publicidade da sua descoberta, que é condição para obter uma patente (quando ela é aplicável³), por diversas razões. Em determinados setores, especialmente os de tecnologias industriais, ou mesmo em certos tipos de contratos, como o de *engineering*, mediante o qual uma dada empresa compromete-se a aplicar certas técnicas e experiências (*know-how*) para a consecução de um objetivo, construção ou aparato, nos quais se misturam elementos tangíveis e intangíveis, é muito comum ver-se a adoção de tecnologia com emprego direto, sem qualquer transferência. Nessas hipóteses, por razões de segredos industriais, os pagamentos pelo seu emprego têm como fundamento o “uso” do direito à propriedade industrial, sem haver cessão ou locação.

Os contratos de direito privado devem ser interpretados de acordo com os princípios básicos de direito privado e, pela autonomia da vontade, segundo a faculdade do direito de opção do conteúdo do contrato e do seu objeto. (WALD, 2003, p. 9-23).

Para que se tenha a escolha, bem como a própria construção das cláusulas contratuais, a indicação do objeto, da finalidade e da causa do contrato depende, em muito, da própria interpretação que se possa fazer destas cláusulas.

E três liberdades condicionam o exercício da autonomia privada: (i) de escolha da melhor “forma”; (ii) do melhor “tipo” negocial; bem como (iii) da definição da “causa” do negócio jurídico, que pode envolver um ou vários negócios jurídicos, típicos, atípicos ou mistos, devem ser consideradas como atendidas, pois nada impede que contratos sejam multilaterais, tenham por objeto distintos serviços prestados em compartilhamento ou colaboração e que isso se faça com prazo certo ou determinável.

Há juristas que distinguem o objeto e a causa do contrato, como Gomes (1987, 1987, p. 58), e outros admitem que a causa se confunde com o objeto, como Betti. Não obstante, todos são unânimes ao afirmar que o objeto deve ser determinado ou determinável e estar adequado à causa e à finalidade pretendida pelas partes, para que haja coerência contratual.

O vínculo entre a “vontade” e o objeto do contrato é o elo fundamental, a *vontade objetivada*, a vontade que se pode provar, que é demonstrável segundo os meios de provas admitidos pelo direito. Não se confunde com a *base subjetiva do negócio* tratada por Karl Larenz (2002), que é a representação mental ou esperança que motivou os contratantes a concluir o contrato. Tampouco com a vontade individual.

A prestação de serviços designa uma obrigação de fazer, negócio jurídico pelo qual uma parte obriga-se a realizar um “fazer”, mediante o pagamento de contraprestação, o que se pode operar entre pessoas físicas ou jurídicas. Nesse conceito largo, estão todos os contratos “de prestação de atividade em benefício do outrem”.

Na legislação brasileira, o contrato de prestação de serviços é contrato típico, delineado nos artigos 593 e seguintes do Código Civil, que se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: (a) o prestador (ou devedor) que é contratado para prestar serviços, (b) o tomador (ou credor) em favor de quem o serviço é prestado; (c) o objeto, que é a prestação de serviços, trabalho ou atividade lícita, material ou imaterial e; (d) o pagamento de contraprestação. Note-se que não estão abrangidos na disciplina do Código Civil contratos sujeitos às leis trabalhistas ou a normas especiais.⁴

² O Ato Normativo nº 116/1993 – INPI, já revogado, definia a noção de *tecnologia*, nos seguintes termos: “3. Entende-se por tecnologias e resultados de pesquisas, entre outros, a engenharia básica, a engenharia de processo, os processos de produção, os testes de qualificação, a manutenção, o planejamento, bem como a transferência de quaisquer conhecimentos técnicos que direta ou indiretamente importem aumento da qualidade e da produtividade dos produtos e/ou serviços abrangidos pelas atividades da receptora da tecnologia envolvida”. Vê-se afirmado aqui o reconhecimento das tecnologias não patenteadas.

³ Sem o registro da marca ou patenteamento de invenção ou utilidade o proprietário não adquire o direito à proteção estatal. Como bem resume Pontes de Miranda: “Sem a patente, o inventor, o pretendente à proteção do modelo de utilidade, do desenho ou modelo industrial ou da variedade nova de planta não é protegido como titular de propriedade industrial: ainda não a tem. (...) Muito diferente é o que acontece com a propriedade literária, artística e científica, que independe de qualquer formalidade administrativa.” (MIRANDA, sd, p. 218-9).

⁴ “Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.”

É certo que outros arranjos são possíveis a partir de uma base de prestação de serviço, a gerar avenças atípicas ou complexas, tudo dependendo do tipo de serviço que se espera prestado (VILLANUEVA LUPIÓN, 2009, p. 41).

O caráter de serviço consiste na própria aplicação do *know-how*, enquanto elemento de execução. Logo, é perfeitamente possível, e tal o caso normal, que o *know-how* esgote-se no emprego deste dado conhecimento.

Todo contrato de *assistência técnica* leva em conta uma dada prestação de serviço, por uma obrigação de “fazer” com vistas a um fim predeterminado, e, no que envolve um *know-how*, a justificar a tecnicidade.

Como já assinalado em estudos anteriores, quanto à tecnologia não patenteada, no que concerne à sua remuneração, não se paga, em geral, pela “transferência” da tecnologia, *per se*, para que esta seja usada continuamente pelo licenciatário; paga-se, sim, pela tecnologia *empregada* ou pelos produtos de sua aplicação⁵, porquanto nem sempre o detentor do *saber-fazer* tem interesse sobre seu uso e emprego (BARBOSA, 2003, p. 964).

Eis porque, em certos domínios, como em alguns casos de contratos “chave em mãos”, finda por ser quase uma imposição, para o adquirente, a aquisição do *know-how*, quando este não se reserva à liberdade para uma busca dirigida da melhor ou mais econômica empresa para realizar a obra ou a produção do bem, porquanto o detentor da tecnologia contratada só admita que ele ou empresa relacionada possa ser contratada para a execução dos trabalhos, de tal modo que o adquirente não tenha contato com o emprego da tecnologia, mantida em segredo permanente, salvo os aspectos operacionais necessários ao funcionamento da maquinaria.

Assim, nesses casos, a prestação de *serviços de assistência técnica* é exigência intransponível, de modo a garantir o controle de qualidade da tecnologia empregada, além do segredo inerente à tecnologia usada. Eis porque, nessas hipóteses, não se coloca à disposição do adquirente a tecnologia contratada, que se mantém em segredo; mas emprega-se a tecnologia, cobrando por espécie de “licença”⁶, em sentido impróprio, de tal aplicação, apenas.

Outra configuração tem-se quando o conhecimento é *transferido*.

No âmbito patentário, onde o titular tem direito de exploração exclusiva da utilidade inventada, tem ele aí incentivo para usar de negócios jurídicos de transmissão do seu domínio ou do respectivo uso, mediante *cessão* ou *licença*, aí em sentido próprio. Juridicamente, licença e “cessão” de patentes não se confundem, porque esta, diferentemente daquela, permite que o titular transfira o direito à propriedade industrial como um todo, com plenos poderes e exclusividade, e não apenas o seu direito de uso, simples ou exclusivo, reservando-se, o licenciador, à manutenção da propriedade. Na *cessão*, dá-se a plena transferência de domínio⁷; *licença*, por seu turno, é mera autorização para exploração do direito de uso da tecnologia (PÉREZ DE LA CRUZ, 1999, p. 413), i.e., contrato em virtude do qual o titular de uma patente (licenciador) faculta a outrem (licenciatário) o direito de explorar a invenção protegida em seu benefício.

⁵ E mais adiante, seguindo a mesma linha, conclui: “Assim é que o serviço de um construtor de barragens cola-se à obra, e constitui parte do ativo permanente, imobilizado; da mesma forma, aliás, que os serviços da mão de obra industrial. Não ocorre o mesmo, quando o produto é um conjunto de instruções, de conclusões, um diagnóstico ou uma prescrição técnica; o modelo imaterial da obra concreta a ser realizado, objeto isolado de contratação, é o bem material.” (BARBOSA, 2003, p.967).

⁶ Em verdade, há uma atecnia em dizer-se “licença” para esse ato de transferência de *know-how*, posto que não se pode falar em direito de uso mediante locação que seja aplicável a todos os casos, haja vista a multiplicidade de regimes possíveis. Fala-se de “cessão temporária”, mas com esta também não estamos de acordo. (BARBOSA, 2003, p. 1012);

⁷ Uma licença pode ser simples ou exclusiva, a depender dos limites de poderes sobre o uso e gozo dos direitos de propriedade industrial. Será exclusiva sempre que o licenciador transferir os direitos de modo pleno e irrevogável, embora juridicamente o licenciador continue como titular do privilégio. A Lei nº 9.279/1996, no seu art. 61, diz expressamente que “o titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente”. E no art. 62: “O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros”.

Quem detém uma tecnologia patenteada, como seu titular, tem meios para impedir seu uso indevido ou mesmo de exploração das suas vantagens. Por isso, querendo, poderá negociar essa tecnologia, cedendo ou autorizando seu uso, mediante “licença”, que é autorização conferida pelo detentor dos direitos sobre a patente, que concede o direito de explorar a tecnologia objeto da patente, nos limites dos poderes conferidos⁸.

Em vista da dificuldade em separar as modalidades de transferência de tecnologia ou mesmo espécies de serviços que a estas se possam vincular, nas hipóteses de tecnologia não patenteada (*know-how*, *franchising*, *engineering*, etc.), passíveis de licenças ou cessões, os contratos de propriedade intelectual, de segredos industriais, de projetos de engenharia e dos contratos de serviços técnicos podem ou não envolver transferência de tecnologia, o que pode gerar efeitos plenamente incompatíveis com a realidade, em especial, quanto ao tratamento tributário aplicável.

Como se sabe, os contratos de transferência de tecnologia estão sujeitos a um regime tributário próprio (IRRF à alíquota de 15%), distinto dos contratos de prestação de serviços *sem transferência de tecnologia* que estão sujeitos ao IRRF, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.779/99, com redução de alíquota para 15% ou isenção nos casos de acordos para evitar a dupla tributação⁹.

Conquanto os contratos de assistência técnica geralmente não envolvam transferência, mas aplicação do *know-how*, apenas, enquanto elemento de execução (*qua* serviço prestado), por vezes, finda-se por cobrar *royalties*, aplicando-se, aos serviços de assistência técnica, o mesmo regime de fornecimento de *know-how*¹⁰. Como a cobrança de tributos sobre transferências de tecnologias, no geral, não levam em conta a natureza jurídica de cada uma, pouco se discute a respeito da importância das distinções, não obstante sua relevância.

Este, todavia, não é o caso do *Contrato de Assistência Técnica*, em que o tipo de técnica consubstanciada, conquanto de base teórica, não é patenteada – porque, com rigor, não é patenteável –, consistente em conhecimentos específicos, empíricos e normativos, do setor de energia, cujo valor dá-se *inexoravelmente associado ao trabalho à luz dele desempenhado*.

3. O REGIME TRIBUTÁRIO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR NÃO RESIDENTES NO BRASIL NA AUSÊNCIA DE CDT

Empresas transnacionais podem atuar no Brasil mediante a prática de *atos isolados* que suscitam o pagamento de juros, ganhos de capital, *royalties* ou da contraprestação de serviços; ou mediante a constituição de sociedades, filiais, ou participações societárias, sob o regime de capital estrangeiro.

Procedendo-se a uma análise dos ordenamentos tributários em vigor, verifica-se que estes adotam geralmente dois modelos para tratar e tributar os rendimentos das pessoas jurídicas não residentes: I) um *modelo analítico*, de *tratamento isolado*, i.e., de tributação por cada espécie de rendimento. Este regime toma o bruto do rendimento como base de cálculo (a) ou modificado, adotando-se o que se aplique a residentes, por “equiparação”, com ou sem equivalência ao “capital estrangeiro” (b); além disso, nos casos de pessoas jurídicas, poderemos ter 1) a aquisição de residência fiscal expressa (filiais) ou 2) a obtenção de residência por *equiparação* (estabelecimento permanente), hipótese na qual há diferenças de

⁸ Em muito se assemelha a um contrato de locação de coisa não fungível (Código Civil, art. 565 a 578), até porque a Lei nº 9.279/1996, no seu art. 5º, considera os direitos de propriedade industrial como bens móveis, tal como os direitos autorais.

⁹ “Art. 7º Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, e os da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.”

¹⁰ Assim também, Tulio Rosembuj: “La asistencia técnica como conocimiento específico y experiencia puede ser identificada como *know-how*. Hay un patrimonio de experiencia y conocimiento cuyo fruto es la información ignorada o desconocida para el receptor y secreta para el que la concede”. (ROSEMBUJ, 2003, p. 201).

tratamento aplicáveis entre ambas. Nestes casos, porém, pode-se ter ainda um II) *modelo unificador* dos rendimentos (força de atração), para os fins de determinação da base de cálculo, bipartido entre aquele que permite consolidar todos os rendimentos obtidos pelo não residente, definido como *força de atração plena* (i) e aquele qualificado como *força de atração restrita* (ii), aplicado exclusivamente aos rendimentos obtidos por intermédio da filial ou do estabelecimento permanente, em regime de inerência, i.e., vinculada estritamente às atividades próprias da unidade.

Desse modo, o regime tributário do “não residente” deverá ser sempre considerado à luz dessas possibilidades de tratamento, ou seja, quando ele se apresenta desprovido de “residência fiscal”, hipótese em que ele poderá ser tratado como “não residente”, segundo o regime típico (retenção na fonte – *with holding tax*, com incidência sobre o bruto do rendimento), ou equiparado aos “residentes” (retenção na fonte, com apuração de base de cálculo de modo semelhante ao que se verifica em favor destes), mesmo que se mantendo sob a condição de “não residente”. Esse é o *modelo analítico* de tributação dos não residentes, que se aplica aos elementos redituais vinculados à fonte efetiva de rendimentos (*effectively connected income*), percebidos no território do Estado, com emprego do *tratamento isolado*, que é a medida para tributar qualquer rendimento de não residente obtida territorialmente.

Em linhas gerais, os rendimentos auferidos por não residentes no Brasil, provenientes de fontes de produção localizadas no País, estão sujeitos ao Imposto sobre a Renda, por retenção na fonte, a depender do tipo de rendimento tributável, de modo que diversas são as formas pelas quais não residentes podem atuar no Brasil: I. *Não residentes que operam mediante filiais*, mediante aquisição expressa de residência; II. *Não residentes que operam mediante entidades equiparadas a pessoas jurídicas residentes, por meio de sucursais ou representantes no Brasil*: regime de equiparação a pessoa jurídica domiciliada no Brasil; e III. *Não residentes que atuam desprovidos de filiais, sucursais ou representantes no Brasil*, segundo as distintas modalidades de tratamento aplicáveis: i) *Regime geral* – tributação analítica por retenção na fonte sobre o rendimento bruto; ii) *Regimes especiais de tributação, por meio de equiparação*: a) ganhos de capital na alienação de bens e direitos; b) aplicações financeiras de renda fixa; c) aplicações financeiras em fundos e clubes de investimento; d) ganhos líquidos em operações de renda variável; e) *royalties*; f) dividendos; g) juros sobre capital próprio.

A definição legal adotada para o conceito de “capital estrangeiro” encontra-se no art. 1º da Lei nº 4.131/62¹¹, com a seguinte redação:

Consideram-se capitais estrangeiros os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no País, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Em face do necessário elemento de estraneidade (subjutivo) que se presta para qualificar o conceito de “capital estrangeiro”, seu titular só poderá ser pessoa física ou jurídica residente domiciliada ou com sede no exterior¹² (não residentes).

A atuação, no Brasil, de empresas *não residentes*, por atos isolados, estará sujeita ao imposto sobre a renda retido na fonte – IRRF, com base no princípio da territorialidade, e alíquotas reguladas de acordo com a respectiva categoria, como ganhos de capital, juros, dividendos, *royalties* ou prestação de serviços.

Toda a tributação do não residente deve ser fundamentada pelo vínculo entre o sujeito e o ordenamento, nos limites espaciais do território. Por esse motivo, tais sujeitos não podem ser tributados, no Brasil, por fatos praticados no exterior, por absoluta falta de conexão entre suas atividades (conexão material)

¹¹ Além deste diploma legal, ver a Lei nº 4.390/1964 e Dec. nº 55.762/1965.

¹² “Consideram-se capitais estrangeiros (...), desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.”

ou seu *status* subjetivo (conexão pessoal) e o ordenamento alhures. É o princípio da territorialidade que fundamenta o alcance espacial das normas tributárias sobre os fatos ocorridos neste espaço, mediante conexão material (presença da fonte de produção do rendimento).

Assim, ao dizer nosso legislador que a incidência dá-se quando os rendimentos são “pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos”, ou, no caso de ganhos de capital, no momento da “alienação do bem ou direito”, a lei estabelece os momentos temporais da incidência, mediante atos suscetíveis de desencadear o nascimento da obrigação, por exprimirem, cada um deles, o momento da aquisição de disponibilidade jurídica e econômica da renda, a partir da fonte de produção dos rendimentos.

Os rendimentos de *serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes* derivados do Brasil e recebidos por pessoa física ou jurídica *não residente*, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à *alíquota de 15%*, o que ocorre na data do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa dos rendimentos, ainda que tais serviços caracterizem *transferência de tecnologia*, relativamente a contratos registráveis no INPI, hipótese na qual tais pagamentos equiparam-se a *royalties*.

A base de cálculo para a tributação dos rendimentos provenientes de serviços prestados por não residentes corresponderá à *receita bruta* das vendas e *serviços*, que compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria e o *preço dos serviços prestados* (art. 186, RIR/1999).

O rendimento decorrente da *prestação de serviços* realizada por não residentes está sujeito à incidência de IRRF – tributação definitiva – sobre o rendimento bruto, nos termos do artigo 685, II, ‘a’ do RIR/1999 e do artigo 7º da Lei nº 9.779/1999.

Por sua vez, os *royalties* oriundos da prestação de serviços técnicos ou de assistência técnica que envolvem *transferência de tecnologia* estão sujeitos à tributação pelo IRRF – também tributação definitiva – à *alíquota de 15%*, acrescido da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE à *alíquota de 10%*, nos termos da Lei nº 10.168/2000.

De outra banda, o regime que se aplica ordinariamente ao rendimento da *prestação de serviços não técnicos*, sem transferência de tecnologia, é aquele do art. 708, do RIR/1999, a saber:

Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento, os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do Brasil e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada (Decreto-Lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975, art. 6º, Lei nº 9.249, de 1995, art. 28 e Lei nº 9.779, de 1999, art 7º).

A alíquota aplicável aos serviços técnicos e de assistência técnica foi, posteriormente, reduzida de 25% para 15% com a instituição da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, *verbis*:

Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, *devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.*

§ 1º Consideram-se, para fins desta Lei, *contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.*

§ 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a *transferência da correspondente tecnologia.*

§2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas *peças jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas peças jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.* (...)

Art. 2º-A. Fica reduzida para 15% (quinze por cento), a partir de 1º de janeiro de 2002, a alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de remuneração de serviços de assistência administrativa e semelhantes.

Os serviços de gerência geral, administração, vendas, *marketing*; finanças, contabilidade, tesouraria, jurídico, tributário, produção, operações, pessoal, recursos humanos, compras, planejamento de produtos, integração e instalação, que são objeto do contrato multilateral de serviços enquadram-se no rol de serviços cujo contrato está *dispensado* de averbação no INPI, por não envolver *transferência de tecnologia*. Logo, está sujeito ao IRRF, sobre o rendimento bruto, nos termos do artigo 685, II, 'a' do RIR/1999 e do artigo 7º da Lei nº 9.779/1999 (NUNES, 2010, p. 177).

Em resumo: *na ausência de uma Convenção Internacional aplicável*, os rendimentos auferidos por serviços prestados no Brasil, por não residentes, esta sujeita ao seguinte regime tributário:

- i. serviços *não técnicos*, sem transferência de tecnologia: IRRF à alíquota de 25% sobre o rendimento bruto;
- ii. serviços *técnicos*, com transferência de tecnologia ou assistência técnica: IRRF à alíquota de 15% e CIDE à alíquota de 10%.

A distinção entre serviços técnicos e não técnicos, com transferência de tecnologia ou não, que envolvam assistência técnica, ou não, deve ser feita de acordo com a legislação interna, notadamente a Constituição Federal, a Lei nº 9.279/1996 e normas do INPI e do futuro Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), introduzido pela recente EC nº 85/2015.

4. A PREVALÊNCIA DAS NORMAS VEICULADAS POR TRATADO – EFICÁCIA DO ART. 98 DO CTNE DO ART. 146, III DA CF

Apesar de o Brasil dispor de regra expressa, em outros países a relação entre lei interna e norma de convenção internacional resolve-se em larga medida como prevalência de norma especial sobre norma geral.

De acordo com Vogel, com propriedade, propõe a solução de conflitos entre leis internas dos Estados e normas internacionais de uma CDT pelo princípio "*Lex specialis derogate legi generali*". Confira-se:

Tax treaties are instruments of international law. Their purpose – or, to be more exact, their main purpose – is to avoid double taxation of income, capital and estates by modifying the domestic law of the contracting States. Under the theory of 'moderate dualism', which seems to be generally accepted nowadays, international and domestic law are two spheres which exist separate of each other (save for some exceptions). To exercise their intended influence on domestic law, treaties therefore have to be implemented by the domestic legislator. Thus, they receive the force of domestic law.

Being restricted to cross-border taxation of residents of the two contracting States, *tax treaties are equivalent to special legislation (leges speciales) compared to the contracting States' general tax law (leges generalis)*. Thus according to the old rule "*Lex specialis derogate legi generali*" ("*special legislation overrides general legislation*"), *treaties override the domestic tax law that is effective at the time*

of their implementation. Under a supplementary rule of “Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali” (“later general legislation does not overrule earlier special legislation”), changes of domestic tax law normally will not affect existing treaties. This latter rule does not apply, however, if the legislator, when changing the general law, expressly or implicitly intended to repeal the special law. General law then overrules the special (domestic) legislation. A legislation that contradicts an existing international treaty, however, is a violation of international law. (...) (VOGEL, 2006, p. 3).

Como esclareceu o célebre jurista, as leis internas dos Estados contratantes não podem ser contrárias às normas internacionais estatuída em uma CDT vigente e eficaz.

Levando em conta o efeito de prevalência de aplicabilidade que as convenções em matéria tributária possuem sobre a legislação infraconstitucional, conforme declara o art. 98, do Código Tributário Nacional, o que tem sido manifestado pela jurisprudência majoritária de todos os tribunais desse País, a não aplicabilidade de uma CDT seria uma situação que poria o sistema jurídico brasileiro diante de grave crise de coerência, de respeito aos compromissos internacionalmente assumidos e mui especialmente à garantia dos princípios fundamentais que constituem o direito constitucional vigente.

Aliás, o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal deixa expresso que o rol de direitos individuais não exclui outros decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

No direito tributário brasileiro, por força superioridade hierárquica que a Constituição atribui às *normas gerais em matéria de legislação tributária*, conforme o art. 146, III, da CF, vigora o princípio de prevalência de aplicabilidade das convenções internacionais, tendo em vista o art. 98, do Código Tributário Nacional, que prescreve: “*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.*”

Duas são as funções deste art. 98 do CTN: i) *recepção* sistêmica das normas convencionais e, quanto à ii) *execução* destas, um comando comportamental – modalizado como “proibido” – destinado ao legislador ordinário, de veto a qualquer pretensão de alteração por via unilateral do quanto fora pactuado, nos termos do princípio *pacta sunt servanda intra pars* – o que confirma o princípio da *prevalência de aplicabilidade* das normas internacionais sobre o direito interno, como decorrência da aplicação do art. 4º, da CF.

Em vista dessas disposições de direito constitucional, revela-se como perfeitamente garantido no direito interno o efeito de prevalência de aplicabilidade que as convenções em matéria tributária sobre a legislação infraconstitucional, pelo que se encontra declarado no art. 98, do CTN, no papel de norma geral, como prescreve o art. 146, III, da CF, que reserva à Lei Complementar a tarefa de dispor sobre “legislação tributária”.¹³

Até o presente, esta é a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à relação entre tratado internacional e direito interno¹⁴, a exemplo do que foi decidido no RE 229096-RS, cuja ementa segue transcrita:

RE 229096/RS, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Relatora p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 16/08/2007, Tribunal Pleno

¹³ “EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTO ESTADUAL PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988. 2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão). 3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 229096-RS, Tribunal Pleno, Relatora p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 16/08/2007). Cf. Recurso Extraordinário (RE) nº 90.824, 25.06.1980, DO 19.09.1980.

¹⁴ RE 90.824, 25.06.1980; RE 105.606, 26.11.1985 e RE 229.096-RS 16.08.2007. Súmula 575 do STF.

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 DO ACORDO GERAL DE TARIFAS E COMÉRCIO. ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS PREVISTA EM TRATADO INTERNACIONAL FIRMADO PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. ARTIGO 151, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 98 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ISENÇÃO HETERÔNOMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A isenção de tributos estaduais prevista no Acordo Geral de Tarifas e Comércio para as mercadorias importadas dos países signatários quando o similar nacional tiver o mesmo benefício foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.

2. O artigo 98 do Código Tributário Nacional "possui caráter nacional, com eficácia para a União, os Estados e os Municípios" (voto do eminente Ministro Ilmar Galvão).

3. No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado, o que descaracteriza a existência de uma isenção heterônoma, vedada pelo art. 151, inc. III, da Constituição.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁵

De maneira consolidada, esta tem sido a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à relação entre tratado internacional e direito interno.¹⁶ O Superior Tribunal de Justiça¹⁷ e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF,¹⁸ igualmente, admitem a prevalência do tratamento previsto em CDT, sobre o regime fiscal geral estabelecido nas leis brasileiras.

Por conseguinte, resta demonstrado que o tratamento específico conferido pelo tratado deve prevalecer sobre o regime tributário do art. 7º da Lei 9.777/1999, em respeito ao art. 98 do CTN e ao art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

5. A HERMENÊUTICA DAS CONVENÇÕES E A QUALIFICAÇÃO DAS CATEGORIAS DE RENDIMENTOS E APLICAÇÃO DO ART. 3º, §2º DO MODELO OCDE

A interpretação de normas de fonte internacional é regulamentada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ("Convenção de Viena"), que consolida princípios gerais internacionalmente aceitos e práticas consuetudinárias, que foi assinada e ratificada pelo Brasil. Baker (1994, p. E-2) e Vogel (1997, p. 35) são unânimes ao afirmar que suas normas devem ser consideradas para a interpretação das CDT.

A partir da entrada em vigor da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) no direito brasileiro, as normas veiculadas por tratados e convenções internacionais devem ser interpretadas em conformidade com o artigo 31 e seguintes da Convenção, o que deve compreender, além do texto, o contexto, seu preâmbulo e anexos (BOUZORA A DALI, 2010; GARCIA NOVOA, 2006, p. 1-66; RAAD, 2005, p. 195-207; CÁMARA, 2005, p. 249-272).

Nos termos do artigo 31 da Convenção de Viena, a interpretação das CDT deverá partir sempre dos enunciados prescritivos (texto), para a construção de normas jurídicas gerais e abstratas, que se

¹⁵ O assunto foi tangenciado na ADI 2588-DF.

¹⁶ RE 90.824, 25.06.1980; RE 105.606, 26.11.1985 e RE 229.096-RS 16.08.2007; Sumula 575 do STF.

¹⁷ Resp. nº 104.566/SP e Resp. nº 426.945.

¹⁸ Acórdão 1402-001.833, de 05.01.2015; Acórdão 1801-001.711, de 05.11.2013; Acórdão 105-17205, de 17.09.2008, Acórdão 101-97.020, 13.11.1998; Acórdão 101-94.910, 13.04.2005 e Acórdão 101-97.020 j. 13.11.2008, dentre outros.

relacionam sistematicamente com outras normas também construídas a partir do texto da Convenção. Do texto convencional vai-se ao seu contexto e deste ao direito interno dos Estados contratantes, sempre que possível, para alcançar a composição da norma individual e concreta aplicável. A interpretação contextual compreende outros acordos já celebrados entre as partes, instrumentos multilaterais anteriores relacionados com ele, posterior acordo entre as partes, práticas ulteriores que manifestem o consenso entre estas, bem como as regras de Direito Internacional aplicáveis (ENGELEN, 2008; BARENFELD, 2005, p. 35).¹⁹

Instrumentos preparatórios como minutas, memorandos técnicos, relatórios, protocolos de intenções, ou documentos posteriores que revelem a posição dos Estados devem ser considerados pelo intérprete para a construção das normas internacionais, nos termos do artigo 32 da Convenção de Viena.

As CDT dispõem de uma regra específica para a interpretação das respectivas normas convencionais, que é o art. 3.º, § 2.º, que estabelece:

Para a aplicação da presente Convenção por um Estado contratante, qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o sentido que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativa aos impostos que são objeto da presente convenção, **a não ser** que o contexto imponha uma interpretação diferente.

Observando atentamente as disposições deste artigo, de início encontramos a proposição: “*qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida*”. Por meio desta, o Modelo OCDE procurou demarcar o grupo de enunciados convencionais sobre os quais o procedimento hermenêutico deve se realizar exclusivamente no âmbito textual, i.e., sobre as expressões que encontrem definições expressas no texto da convenção, como é o caso das que figuram nos arts. 3.º, § 1.º, 10, § 3.º, e 12, § 2.º, do Modelo (estabelecimento permanente, residência etc.), com a aplicação dos critérios especiais de interpretação dos tratados internacionais.

Diversamente, tratando-se de expressões que *não* estejam expressamente definidas pelo texto convencional, estas “*terão o sentido que lhes for atribuído pela legislação desse Estado contratante relativa aos impostos que são objeto da presente convenção*”. Para tais expressões, dada a natureza e peculiaridades que as envolvem, o artigo faz um reenvio à legislação interna dos países contratantes. Mas a este reenvio impõe uma limitação “*a não ser que o contexto imponha uma interpretação diferente*”. Ou seja, retomando o campo interpretativo de Direito Internacional, a *lex interpretatio* estabelece uma fase intermediária, de perscrutação contextual. O reenvio será sempre como um meio de última *ratio*.

O *contexto*, em linguagem corrente, designa o conjunto de elementos exteriores ao texto propriamente dito, suscetíveis de contribuir para o esclarecimento da significação dos termos contidos no texto convencional, utilizado pelo intérprete na busca da intenção das partes.

Para demarcar com precisão o que se deve entender por *contexto*, faz-se necessário uma integração do art. 3º, § 2º com os princípios gerais da CVDT quanto à interpretação dos tratados, naquilo que lhe seja compatível. Afora esta, aplicam-se, subsidiariamente, também, as regras da *práxis* e da jurisprudência internacional.

O sentido da regra do art. 3º, § 2º “*(...) a não ser que o contexto exija uma interpretação distinta (...)*”, consiste precisamente na necessidade de evitar que as regras convencionais sejam interpretadas em modos divergentes e, o menos possível, de modo unilateral, por *reenvio ao direito interno*. É dizer, só motivos de completa insuficiência autorizam a recorrência ao direito interno dos Estados

¹⁹ Sobre o artigo 31 da Convenção de Viena, Frank Engelen afirma: “It is honest, fair and reasonable to presume that the terms of a treaty have been used in the sense in which any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith would have understood them in the context of the treaty, and Article 31 (1) VCLT accordingly provides that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of the treaty’s object and purpose.” (ENGELEN, 2008, p. 132).

contratantes, ressalvados os casos de integração normativa, cuja ida ao direito interno é incontornável e imprescindível.

A CVDT constitui uma espécie de *codificação* para a aplicação dos tratados internacionais, é *norma internacional sobre norma internacional*. Nesta, os seus artigos 31 e 32 cuidam das regras gerais de interpretação, que são plenamente aplicáveis às convenções de Direito Internacional Tributário (principalmente àquelas que envolvam Estados signatários)²⁰.

A questão mais árdua é a de estabelecer umnexo relacional rigoroso entre o termo *contexto* e as categorias indicadas nos art. 31 e 32, CVDT, que qualificam o contexto em três distintas formas, conforme o modo de manifestação, a saber: adotando a forma de *contexto*, como definido no art. 31, § 2º, a) e b); *contexto em sentido restrito*, nos termos do art. 31, § 3º, a) e b); ou de *contexto em sentido amplo*, como previsto no art. 32. Nada obstante algumas refutações doutrinárias, tem-se que os critérios balizados pela CVDT nestas cláusulas são plenamente factíveis de serem aplicados às regras das *convenções em matéria tributária sobre a renda e o capital* e é neste modelo que serão apuradas suas nuances e possibilidades.

De acordo com o art. 31 da Convenção de Viena, *os tratados deverão ser interpretados em boa-fé, de harmonia com o significado comum a ser dado aos termos do tratado “no seu contexto” e “à luz do seu objeto e propósito”*. No § 2º deste artigo a Convenção, ao definir o termo “*contexto*”, faz saber que o mesmo compreende, além do “*texto*”, do “*preâmbulo*” e dos “*protocolos alegados*”, outros elementos, como qualquer instrumento elaborado por uma ou mais partes, em conexão com a conclusão do tratado.

O *preâmbulo* e os *anexos* fazem parte do conjunto do tratado. São dados textuais determinantes para a demarcação do *objeto* ou da *finalidade* daquele, como o próprio *corpo do texto*, enquanto estrutura linguística predisposta à interpretação. O tratado, em si, é todo um *sistema*, posto numa dada situação contextual, motivo pelo qual os seus anexos, adendos e preâmbulo lhe complementam e lhe ofertam uma identidade própria.

Não é sempre muito fácil delimitar quais são os *instrumentos* elaborados por uma ou mais partes, em conexão com a conclusão do tratado (aceitas pela outra parte como tal), que sejam idôneos para serem apreciados como contexto. Dentre estes, temos as várias *notas explicativas* produzidas pelos órgãos dos respectivos Estados contratantes, quando das fases de negociação ou de ratificação do tratado, que finda por funcionar, sua apreciação, como um método histórico de interpretação e de pouca utilidade.

A CVDT, no art. 32, acrescenta que é legítimo o recurso a *meios suplementares de interpretação*, como os trabalhos preparatórios, que fazem parte das circunstâncias da celebração e da conclusão da convenção, com o objetivo de confirmar o significado preciso do que fora formulado, ou de atribuir um significado mais coerente às disposições da convenção, nos casos em que o método previsto no art. 31 conduza a uma interpretação ambígua, confusa ou a um resultado aparentemente absurdo e irracional.

Os comentários à convenção-modelo,²¹ deveras, são de extrema relevância para a interpretação das CDT, pois representam uma tentativa de uniformização do significado dos termos adotados, atualizados permanentemente e voltados à solução de potenciais conflitos ou controvérsias com base na aplicação das CDT (LANG, 2008, p. 203-220). Logicamente, após a incorporação da convenção pelo direito interno, enquanto direito positivo, cabe ao intérprete determinar o sentido do seu texto em conformidade com o direito interno e as regras do “*contexto*”. É justamente nesse âmbito que os comentários cooperam com a designação de sentido dos termos utilizados.

²⁰ A respeito da interpretação segundo a CVDT e a sua aplicação aos tratados em matéria tributária, veja-se o importante estudo de Giuseppe Melis (1966, p. 1966 e segs).

²¹ Os comentários da OCDE são obrigatórios para os Estados membros, de acordo com o artigo 18 do Regulamento da OCDE e embora não sejam vinculantes para os Estados não membros. Ainda sobre o assunto (PIJL, 2006, p. 203-228; JONES, 2008, p. 157-162; VALENTE, 2008, p. 125-151; WEISS, 2008, p. 131-152).

Por isso, os comentários OCDE devem ser considerados para a interpretação adequada dos conceitos estabelecidos na CDT (lucros, dividendos, royalties, etc²²), até porque este Modelo tem sido adotado para redação de todas as convenções em vigor no Brasil. Neste caso, o recurso à legislação interna dos países signatários, como destacamos, resta subsidiário.

Ademais disso, a própria Receita Federal do Brasil reconhece a observância aos comentários ao Modelo, a exemplo do teor da Solução de Consulta DISIT/SRRF 3, nº 3005, de 16 de março de 2015²³ e da Solução de divergência COSIT nº 16 de 30 de agosto de 2013.²⁴

Com maior rigor, conceitos expressamente definidos no Modelo OCDE, como lucros das empresas, juros, *royalties*, residentes, estabelecimentos permanentes e outros devem ser interpretados textualmente, de acordo com as regras da Convenção de Viena e com os próprios critérios adotados no Modelo.

Mas tudo bem entendido. Uma aplicação das regras convencionais a prescindir totalmente da legislação interna não seria factível, antes, seria inconsistente e lacunosa. Sendo as convenções constituídas por uma série de critérios destinados à i) neutralização das divergências, ii) resolução dos concursos impositivos porventura existentes entre dois sistemas jurídicos e iii) estabilização da segurança jurídica pela certeza do direito aplicável, suas disposições devem ser compreendidas nestes termos: trata-se de regras modificativas das previsões internas, que atuam adequando estas, nas relações com os residentes de um ou outro Estado contratante, quanto à produção de rendas transnacionais, às suas previsões de repartição de competências (melhor, de capacidade tributária ativa).

Os enunciados convencionais que são considerados como passíveis de *interpretação autônoma* são as definições, assaz articuladas, relativas aos conceitos de estabelecimento permanente, dividendos, juros, *royalties* e aquelas atinentes à repartição de pretensões impositivas e métodos para a eliminação da dupla tributação internacional, na medida em que sejam aplicadas sem qualquer referência às normas internas; como também aqueles que prescrevem princípios gerais, como a não discriminação, a imunidade dos agentes consulares e as disposições sobre a “entrada em vigor” e a cessação de validade do acordo.

A título de exemplo, o termo “sociedade” designa, nas convenções, “qualquer pessoa jurídica ou qualquer entidade que, para fins tributários, seja considerada como pessoa jurídica”. Esta definição do que deva ser entendido com o termo técnico “sociedade”, para determinar o aspecto subjetivo da

²² “A questão é mais tormentosa, contudo, quando se trata da definição do que sejam “lucros”, expressão que não encontra definição legal no texto dos tratados. A esse respeito, deve-se ter em mente que a sistemática da convenção modelo da OCDE, em seu capítulo III, adota uma classificação dos tipos de receitas para a atribuição de diferentes efeitos jurídicos. Trata-se de uma classificação de direito positivo, que, como esclarece Eurico Marcos Diniz de Santi, é válida, cumprindo seus efeitos no sistema de direito posto, não se podendo questionar seus valores de verdade, nem tampouco de utilidade. Desse modo, uma vez que a convenção modelo separa lucros de dividendos, outorgando-lhes tratamento jurídico distinto, o conceito de “lucro” necessariamente deve ser distinto do conceito de “dividendo”” (KOURY, 2015. p. 110-127).

²³ EMENTA: LUCRO PRESUMIDO. SERVIÇOS PRESTADOS DIRETAMENTE AO EXTERIOR. NÃO AUTORIZADA COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. A pessoa jurídica que exercer a opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido e prestar serviço diretamente no exterior não poderá compensar imposto pago no país de domicílio da pessoa física ou jurídica contratante.

EMENTA: AUTORIZADA A COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR NO CASO DE PAÍS COM O QUAL O BRASIL POSSUA ACORDO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. A compensação do imposto pago no exterior é autorizada se houver acordo ou convenção para evitar a dupla tributação entre o Brasil e o país no exterior que determine a compensação em um estado contratante do imposto pago no outro estado contratante como método para eliminar a dupla tributação, sem que se exija um regime de tributação específico. Nesta hipótese, a compensação ocorrerá nos termos do referido acordo ou convenção para evitar a dupla tributação. SOLUÇÃO DE CONSULTA VINCULADA À SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIA N.º 8 – COSIT, DE 16 DE JULHO DE 2014.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

EMENTA: INEFICÁCIA PARCIAL. MEROS PROCEDIMENTOS. A consulta acerca da interpretação da legislação tributária é ineficaz quando versar sobre questão meramente procedimental.

²⁴ O ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior é apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País.

Incide o IRRF, à alíquota de quinze por cento, sobre o ganho de capital decorrente de alienação de bens e direitos situados no Brasil por pessoa jurídica não residente, ressalvadas as disposições previstas em acordos para evitar a dupla tributação em matéria do Imposto sobre a Renda, firmados pelo Brasil. Na impossibilidade de sua comprovação, o custo de aquisição pode ter por base o capital registrado no Banco Central (vinculado à compra do bem ou direito) ou ser igual a zero, nos demais casos, não podendo ser atualizado a partir de 1996.

convenção, quanto às pessoas jurídicas, concentra no seu bojo todas aquelas que assim forem admitidas na legislação interna de cada Estado contratante. O reenvio é inevitável, para saber quais os tipos de entidades como tais admitidas, mas não para os fins de definir o que deva ser entendido por sociedade. E a isto dá-se o *nomem iuris* de reenvio integrativo.

Todavia, um conceito como o de “estabelecimento permanente”, que designa uma “instalação fixa de negócios na qual a empresa exerça, no todo ou parte, *sua atividade*”, não pode ser entendido com o mesmo grau de autonomia que dispõe aquela definição de sociedade. Trata-se, o estabelecimento permanente, de um conceito exclusivo de Direito Internacional Tributário, a ser interpretado, dentro da sua finalidade e funcionalidade, exclusiva e autonomamente no interior da respectiva convenção, cujo conteúdo é captável sem a necessidade de qualquer reenvio.

A existência destas autônomas expressões, dotadas de significado próprio, normalmente com grande amplitude de alcance, tem como finalidade reduzir os concursos entre os critérios de localização e de qualificação empregados pelos Estados contratantes, oferecendo um critério imparcial de imunização. Tais expressões tomam um *significado especial*, assim entendido aquele significado que é atribuído a todas as expressões que no seio da convenção recebem um tratamento particular, por vontade das partes. E, para esses conceitos, os comentários ao Modelo são imprescindíveis, para bem compreender o alcance da eficácia normativa.

Urge, pois, entender, a noção de “lucro de empresa”, para determinar sua tributação exclusiva no Estado de residência, por força da regra do art. 7º das convenções para evitar a dupla tributação, dada a insuficiência de elementos para a configuração de estabelecimento permanente no Brasil.

6. O CONCEITO DE LUCRO DAS EMPRESAS DO ART. 7º DAS CDT

A definição do conceito de *lucros das empresas*, como qualquer outra identificação da categoria de rendimento, é pressuposto fundamental para a devida aplicação da Convenção, logo, condição necessária para a determinação da tributação exclusiva no Estado de residência.²⁵

O conceito de lucros das empresas – “business profits” – não se encontra definido no corpo do modelo da OCDE, nem nos comentários, pois se trata de direito interno,²⁶ enquanto conceito que abrange *todos os rendimentos obtidos no exercício de sua atividade empresarial*, exatamente como prescreve o art. 3º, caso o contexto da convenção não traga definição diversa.²⁷

Isto não implica dizer que sejam lucros de empresas apenas “relacionados com o objeto social previsto nos estatutos respectivos”, numa individualização formal da atividade da pessoa jurídica, pois o que se quer dizer é que os mesmos devem estar conexos com a *efetiva e real atividade desenvolvida pela empresa*.

Para determinar a inerência dos componentes redituais em relação à gestão da empresa, o dado estatutário apresenta-se como um mero indício. Por isso, a individualização do nexos de inerência deve resultar

²⁵ É o que expõe, resumidamente, Jesper Barenfeld: “For the application of the convention it is essential to determine the type of income. The Committee seems to have assumed that both countries recognize the income taxed year as business profits according to Art. 7 and the distribution made year two as dividends under Art. 10.” (BARENFELD, 2005, p. 179).

²⁶ Ou como afirma Carlo Garbarino: “Il concetto di ‘reddito di impresa’, non è definito nell’art. 7 del Modello OSCE, anche se il Commentario precisa che il termine ‘utile’ ha, nella Convenzione, un significato estensivo che comprende qualsiasi reddito derivante dall’‘esercizio di attività d’impresa. Ad ogni modo, in base alle regole che disciplinano l’interpretazione della Convenzione, é necessario fare riferimento alla relativa nozione prevista nella legislazione interna.” (GARBARINO, 2005, p. 310)

²⁷ Nesse sentido, diz Kevin Holmes: “What is the meaning of ‘profits’ as that term is used in Art. 7º Since ‘profits’ is not defined in Art. 3 of the OECD model DTA, as we learnt in Chapter 2 we need to revert to the domestic law of the relevant state to determine what makes up profits that are taxable in that state. *The OECD commentary states that the term ‘profits’ has a wide meaning and includes all income derived in carrying on an enterprise.*” (HOLMES, 2007, p. 177).

da atividade efetivamente desenvolvida pela empresa, independentemente dos dados formais (estatutários) não correspondentes à atividade de fato. Ser “inerente ao exercício da atividade da empresa” significa aparecer, o componente reidual, como produto da atividade principal e concreta da empresa.

Nesse sentido, em 2008, o *Committee on Fiscal Affairs* da OCDE atualizou o texto e, no item 59, passou a constar que o *conceito de lucros é amplo* (VALENTE, 2008, p. 125-151) e inclui todo e qualquer rendimento produzido pelo exercício de atividade empresarial, salvo aqueles expressamente definidos no texto da Convenção, como rendimentos isolados.²⁸

Ora, os rendimentos da *prestação dos serviços* estão abrangidos no conceito de “lucro das empresas” das empresas prestadoras não residentes, em conformidade com o texto das CDT e com a legislação interna. E quando não há presença de estabelecimento permanente das empresas não residentes que permita a conexão suficiente para aplicação do art. 7º das convenções, a tributação passa a ser exclusivamente do Estado da residência, afastada qualquer hipótese para a tributação no Brasil (Estado da fonte).

O conceito de “lucro”, como é cediço, é conceito contábil que corresponde ao resultado positivo da atividade econômica desenvolvida pela empresa (soma das receitas subtraída da soma das despesas). Ou como elucida Bulhões Pedreira:

O conceito de lucro como fluxo de renda financeira coincide com a noção contábil de diferença entre (a) receitas auferidas durante determinado período e (b) custos ou despesas incorridos para criar essa receita. É a renda financeira que flui para o patrimônio durante determinado período. Nossa legislação do imposto tradicionalmente adota esse conceito de lucro, como diferença entre receita e despesa que é informada pela demonstração do resultado do exercício. (PEDREIRA, 1979, p. 110).

A legislação brasileira modificou o conceito de lucro líquido e estabeleceu o conceito de lucro real, para fins de incidência do imposto sobre a renda.

O lucro real é o lucro líquido contábil, ajustado pelas adições, exclusões e compensações determinadas pela legislação tributária (art. 247 do Regulamento do Imposto sobre a Renda – RIR/1999).

Nesse ponto, vale lembrar a lição de Sampaio Dória:

Ora, qual é o ramo do Direito Privado que define o alcance do conceito de lucro? Particularmente o Direito Comercial e, dentro dele, a legislação societária. Já era da tradição legislativa anterior sobre as sociedades por ações (Dec-lei 2.627, de 25.7.40, art. 136, II, ‘a’) que o primeiro item a abater da receita das empresas, para lhes determinar o lucro, era o ‘saldo devedor do exercício anterior’, ou seja, os prejuízos passados. (...)

Em consequência, se no âmbito do Direito Privado, que o define, o lucro é o resultado do exercício menos os prejuízos acumulados, não pode o legislador ordinário, ao criar uma incidência tributária (contribuição social), alterar aquela definição e alcance, sob pena de infringir o citado art. 110 do CTN, lei de hierarquia superior. (DÓRIA, 1990, p. 87-89).

Como se depreende, a interpretação da noção de “lucro das empresas”, como se encontra vertido no art. 7º do Modelo OCDE, traz consigo os limites e alcances da legislação interna. E como no caso brasileiro não se apresenta qualquer restrição material ao resultado da atividade empresarial, uma vez que abrange todas as categorias de rendimentos produzidos pela empresa na consecução de seu objeto social, não há como distinguir rendimentos pelo grau de conexão com o objeto principal ou similar. Esse

²⁸ “59. Although it has not been found necessary in the Convention to define the term “profits”, it should nevertheless be understood that the term when used in this Article and elsewhere in the Convention has a broad meaning *including all income derived in carrying on an enterprise*. Such a broad meaning corresponds to the use of the term made in the tax laws of most OECD Member countries. (...) 62. It has seemed desirable, however, to lay down a rule of interpretation in order to clarify the field of application of this Article in relation to the other Articles dealing with a specific category of income.” (OECD, 2008)

é o sentido de lucro de empresa, do qual se excluem as tipologias de rendimentos com tratamentos isolados (ganhos de capital, rendimentos imobiliários, dividendos, juros ou *royalties*). Portanto, núcleo do conceito de “lucro de empresa” equivalerá sempre ao conjunto de atividades realizadas pela Empresa²⁹.

Diante disso, por “lucro das empresas” deve-se entender todo resultado da entidade empresária, seja ou não residente, excetuados os rendimentos sujeitos a tratamento isolado, previamente designados em regras específicas, opinião compartilhada igualmente por Alberto Xavier, a saber:

O conceito de lucro tributável é definido pelas diversas legislações internas. Como, porém, a noção geral de lucro de empresa abrange uma pluralidade de rendimentos imputáveis a uma unidade de exploração – rendimentos esses sujeitos, por vezes, a regimes tributários específicos (como é o caso dos dividendos, juros) regidos por outros preceitos das convenções –, as convenções esclarecem que tais regimes especiais não serão afetados pelo regime genérico dos lucros, traçado no art. 7º do Modelo. É o que podemos designar por princípio da prevalência dos regimes especiais ou do caráter residual da noção de lucro de empresa. (XAVIER, , 2010, p. 552).

Assim, nas relações entre tomadores de serviços residentes no Brasil e prestadores residentes em países com os quais há uma CDT, a dupla tributação do rendimento queda-se afastada pela aplicação do artigo 7º.

Os Comentários da OCDE (*Preliminary Remarks*) sobre o art. 7º do modelo de CDT seguem o mesmo entendimento, a saber:

1. This Article allocates taxing rights with respect to the business profits of an enterprise of a Contracting State to the extent that these profits are not subject to different rules under other Articles of the Convention. It incorporates the basic principle that unless an enterprise of a Contracting State has a permanent establishment situated in the other State, the business profits of that enterprise may not be taxed by that other State unless these profits fall into special categories of income for which other Articles of the Convention give taxing rights to that other State.

Portanto, segundo o modelo da OCDE, todos os rendimentos que não se qualificam nas categorias específicas de rendimento, tipificadas em artigos designados na Convenção, quando obtidos a partir da atividade econômica da empresa, qualificam-se como *lucro de empresa*, nos termos do art. 7º, logo excluídos os regimes específicos, tais como: rendimentos imobiliários, rendimentos auferidos pela navegação marítima e pelo transporte aéreo, dividendos, juros, *royalties*, ganhos de capital.³⁰

O conceito de “lucro das empresas”, como designado no art. 7º do Modelo da OCDE, abrange todo o resultado da atividade econômica da pessoa jurídica, excetuadas apenas as categorias de rendimentos especificamente tratadas nos demais artigos da CDT.

Equipara-se, assim, o regime do art. 7º do Modelo da OCDE ao conceito de “lucro operacional”, previsto nos artigos 6º, 11 e 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (reproduzidos no art. 277 do RIR), e não ao conceito de “lucro real”.

Conforme o parágrafo único do art. 277 do RIR, “a escrituração do contribuinte, cujas atividades compreendam a venda de bens ou serviços, deve discriminar o lucro bruto, as despesas operacionais e os

²⁹ “Many economic events comprise payments to a holder of rights to receive the payment. For example, salaries and wages, rents, royalties, dividends, interest, annuities, and pensions arise from some right or entitlement that has been acquired before the payments are made. As payments received, the value of the right falls. These types of “core receipts” constitute income under the legal concept. They are also taken into account to determine income under the foundation concept. However, because of the theoretical basis that underpins the foundation concept, income in relation to core receipts is recognized at a different time than it is recognized under the legal approach. Part II therefore also addresses illusion and timing differences in the recognition of income from selected economic events.” (HOLMES, 2000, p. 247).

³⁰ O modelo da OCDE também trata especificamente de rendimentos recebidos por pessoas físicas, quais sejam, rendimentos do emprego, remuneração de diretores, remuneração de artistas e esportistas, pensões, rendimentos decorrentes de serviços prestados ao Governo, rendimentos de estudantes e etc.

demais resultados operacionais.” O “lucro operacional” consiste no resultado das atividades principais e acessórias da pessoa jurídica (art. 277 do RIR).

Por outro lado, o conceito de “lucro real” é um conceito jurídico estabelecido por lei, criado por uma *ficção jurídica*, exclusivamente para a identificação da base de cálculo do IRPJ³¹. Neste caso, a partir do lucro líquido (conceito contábil), o interprete deve efetuar as adições e exclusões previstas no RIR, para obter o “lucro real”, nos termos dos arts. 249 e 250 do RIR.

O critério do lucro, como expressão da base de cálculo do IRPJ, é a regra do regime brasileiro de tributação sobre pessoa jurídica e constitui uma evolução legislativa no sentido de operar a tributação da

³¹ “Art. 249. Na determinação do lucro real, serão adicionados ao lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 2º):

I - os custos, despesas, encargos, perdas, provisões, participações e quaisquer outros valores deduzidos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam dedutíveis na determinação do lucro real;

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores não incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, devam ser computados na determinação do lucro real.

Parágrafo único. Incluem-se nas adições de que trata este artigo:

I - ressalvadas as disposições especiais deste Decreto, as quantias tiradas dos lucros ou de quaisquer fundos ainda não tributadas para aumento do capital, para distribuição de quaisquer interesses ou destinadas a reservas, quaisquer que sejam as designações que tiverem, inclusive lucros suspensos e lucros acumulados (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 43, § 1º, alíneas “f”, “g” e “j”);

II - os pagamentos efetuados à sociedade civil de que trata o § 3º do art. 146 quando esta for controlada, direta ou indiretamente, por pessoas físicas que sejam diretores, gerentes, controladores da pessoa jurídica que pagar ou creditar os rendimentos, bem como pelo cônjuge ou parente de primeiro grau das referidas pessoas (Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, art. 4º);

III - os encargos de depreciação, apropriados contabilmente, correspondentes ao bem já integralmente depreciado em virtude de gozo de incentivos fiscais previstos neste Decreto;

IV - as perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (*day-trade*), realizadas em mercado de renda fixa ou variável (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 3º);

V - as despesas com alimentação de sócios, acionistas e administradores, ressalvado o disposto na alínea “a” do inciso II do art. 622 (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso IV);

VI - as contribuições não compulsórias, exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde, e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso V);

VII - as doações, exceto as referidas nos arts. 365 e 371, *caput* (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso VI);

VIII - as despesas com brindes (Lei nº 9.249, de 1995, art. 13, inciso VII);

IX - o valor da contribuição social sobre o lucro líquido, registrado como custo ou despesa operacional (Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, art. 1º, *caput* e parágrafo único);

X - as perdas apuradas nas operações realizadas nos mercados de renda variável e de swap, que excederem os ganhos auferidos nas mesmas operações (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 4º);

XI - o valor da parcela da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, compensada com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, de acordo com o art. 8º da Lei nº 9.718, de 1998 (Lei nº 9.718, de 1998, art. 8º, § 4º).

Exclusões e Compensações

Art. 250. Na determinação do lucro real, poderão ser excluídos do lucro líquido do período de apuração (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 3º):

I - os valores cuja dedução seja autorizada por este Decreto e que não tenham sido computados na apuração do lucro líquido do período de apuração;

II - os resultados, rendimentos, receitas e quaisquer outros valores incluídos na apuração do lucro líquido que, de acordo com este Decreto, não sejam computados no lucro real;

III - o prejuízo fiscal apurado em períodos de apuração anteriores, limitada a compensação a trinta por cento do lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas neste Decreto, desde que a pessoa jurídica mantenha os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do prejuízo fiscal utilizado para compensação, observado o disposto nos arts. 509 a 515 (Lei nº 9.065, de 1995, art. 15e parágrafo único).

Parágrafo único. Também poderão ser excluídos:

a) os rendimentos e ganhos de capital nas transferências de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, quando auferidos pelo desapropriado (CF, art. 184, § 5º);

b) os dividendos anuais mínimos distribuídos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento (Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, art. 5º, e Decreto-Lei nº 2.383, de 1987, art. 1º);

c) os juros produzidos pelos Bônus do Tesouro Nacional – BTN e pelas Notas do Tesouro Nacional – NTN, emitidos para troca voluntária por Bônus da Dívida Externa Brasileira, objeto de permuta por dívida externa do setor público, registrada no Banco Central do Brasil, bem assim os referentes aos Bônus emitidos pelo Banco Central do Brasil, para os fins previstos no art. 8º do Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de fevereiro de 1974, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.105, de 24 de janeiro de 1984 (Lei nº 7.777, de 19 de junho de 1989, arts. 7º e 8º, e Medida Provisória nº 1.763-64, de 11 de março de 1999, art. 4º);

d) os juros reais produzidos por Notas do Tesouro Nacional – NTN, emitidas para troca compulsória no âmbito do Programa Nacional de Privatização – PND, controlados na parte “B” do LALUR, os quais deverão ser computados na determinação do lucro real no período do seu recebimento (Lei nº 8.981, de 1995, art. 100);

e) a parcela das perdas adicionadas conforme o disposto no inciso X do parágrafo único do art. 249, a qual poderá, nos períodos de apuração subsequentes, ser excluída do lucro real até o limite correspondente à diferença positiva entre os ganhos e perdas decorrentes das operações realizadas nos mercados de renda variável e operações de swap (Lei nº 8.981, de 1995, art. 76, § 5º).”

empresa fundada no balanço desta, a partir da determinação comercial (lucro líquido), com os ajustes da lei fiscal (lucro real): é a consagração da tributação a partir da definição comercial e contábil dos lucros empresariais,³² salvo suas exceções (regimes do lucro presumido e do lucro arbitrado). Diante disso, este lucro deverá ser comprovado e apurado em conformidade com as regras de direito privado que o possam qualificar e quantificar como riqueza nova e disponível.

O “lucro das empresas” definido no art. 7º do Modelo da OCDE compreende todo o resultado da atividade econômica da empresa, sem quaisquer referências a exclusões e adições criadas por ficção jurídica para determinação da base de cálculo do IRPJ devido no Brasil. O que prevalece é a determinação da atividade operacional, afastados os regimes especiais de tributação dos rendimentos tipificados em outros artigos (8º, 10º, 11º, 12º, 13º, 21º etc).

Assim sendo, o conceito de “lucro das empresas” previsto no art. 7º do Modelo OCDE corresponde unicamente ao “lucro operacional” previsto na legislação brasileira, como bem reconheceu este C. STJ no Acórdão do REsp 1.161.467-RS, Relator Ministro Castro Meira, como reflete o trecho a seguir transcrito:

4. O termo "lucro da empresa estrangeira", contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao "lucro real", do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está – e estará sempre – sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada – e, portanto, definitiva – do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

6. Portanto, "lucro da empresa estrangeira" deve ser interpretado não como "lucro real", mas como "lucro operacional", previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-lei n.º 1.598/77 como "o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica", ai incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados. (Grifos nossos)

Rendimentos de prestação de serviços, pois, compõem o lucro das empresas, nos termos da CDT, na forma da legislação contábil, para os fins de determinação do lucro operacional. Logo, na ausência de estabelecimento permanente com força de atração, todos os rendimentos obtidos estarão sujeitos *exclusivamente* ao imposto sobre a renda no Estado da residência do prestador de serviços.³³

³² RIR/99, art. Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º, § 1º, Lei nº 7.450, de 1985, art. 18, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 4º).

³³ “TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CONVENÇÃO INTERNACIONAL BRASIL-SUÉCIA. DECRETO Nº 77.053/96. SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESA ESTRANGEIRA SEM TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA. REMUNERAÇÃO. REMESSA AO EXTERIOR. NATUREZA JURÍDICA. ART. 7º DO DECRETO Nº 77.053/96. APLICABILIDADE. 1. Para evitar a bitributação do imposto sobre a renda, o Brasil celebrou diversas convenções internacionais com outros países, de acordo com o modelo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; entre elas, a Convenção Brasil-Suécia, que foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 77.053/76. 2. Os lucros auferidos por empresa são tratados no art. 7º da Convenção Brasil-Suécia, que prevê a regra geral de que serão apenas tributados no Estado Contratante que a sedia, salvo se também exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente, caso em que incidirá a tributação cumulativa. 3. Não se ignora que os valores recebidos pela impetrante, em razão do contrato de prestação de serviços sem a transferência de tecnologia firmado com empresa brasileira, não se ajustam de forma perfeitamente ao conceito de lucro, conforme delineado pela legislação brasileira, já que o lucro, que abrange ainda os subconceitos de lucro operacional e lucro real (Decreto nº 1.598/77, arts. 6º e 11), compõe-se da diferença entre a receita bruta operacional, no caso obtida pela impetrante com a prestação dos serviços, e os custos incorridos para sua realização. 4. *Tendo em vista os objetivos que norteiam a Convenção Brasil-Suécia e analisando as disposições do art. 7º e parágrafos – não havendo divergência, no caso, de que a impetrante não mantém estabelecimento no Brasil – deve-se considerar que os valores pagos pela empresa brasileira à impetrante integram o lucro por ela auferido, cabendo o país em que se situa auferir a apuração do imposto sobre a renda em relação a tais rendimentos, estando tal entendimento em consonância com o art. 3º do aludido Decreto.* 5. Apelação provida.” (AMS 306895, Rel. Juíza Consuelo Yoshida, TRF3, Sexta Turma, julgado em 18/11/2010, DJF3 25/11/2010) (Grifo nosso).

Os rendimentos auferidos pela prestação de serviços que não estão tratados especificamente nos demais artigos da CDT, devem ser qualificados no art. 7º como “lucro das empresas”, o que se aplica integralmente aos serviços, como descreveu Law:

In general, the provision of enterprise services is considered to be a business activity or an enterprise under tax treaties based on the OECD Model (2010) or the UN Model (2011). Under such treaties, services income may be covered by the article on business profits, article 7 of the OECD Model (2010) and the UN Model (2011). Under article 7 of both Models, a country may tax services income of a non-resident enterprise when the non-resident has a permanent establishment in that country and the income is attributable to the permanent establishment. The services need not be performed in the country where the permanent establishment is located. Once a permanent establishment is found in a country, the country may tax all services income attributed to the permanent establishment, even when the services are performed entirely abroad. (LAW, 2013, p. 85-86).

No mesmo sentido, é a opinião de Pickering, relatora do Congresso Internacional da IFA, que tratou do tema:

The OECD Commentary makes it clear that, under the current OECD Model, payments for services are not within the scope of the royalties article. The OECD Commentary draws a distinction between royalties, which fall within Article 12, and payments for services, which would fall under Article 7. For example, it distinguishes between payments for “the use of, or the right to use” designs, models or plans (royalties) and payments for the development of a design, model or plan that does not already exist (service fees to which Article 7 applies). (PICKERING, 2012, p. 48).

Algumas das CDT firmadas pelo Brasil admitem a distinção entre as modalidades de serviços, de tal modo que (i) o rendimento decorrente de *serviços técnicos* seria qualificado como *royalty*, no artigo 12 do modelo da OCDE e (ii) o rendimento da *prestação de serviços* por pessoa jurídica será qualificado como lucro das empresas, na forma do art. 7º do Modelo.

Nesse sentido, o art. 3º do Ato Declaratório Interpretativo 4/2006 dispõe:

Art. 3º Com relação a royalties e a serviços técnicos, deve ser observado o seguinte:

- i. **incluem-se no conceito de royalties, para fins de aplicação da Convenção, todos os serviços técnicos ou de assistência técnica, independentemente de que, em si mesmos, supunham ou não transferência de tecnologia, à exceção do disposto no inciso II;**
- ii. **aplica-se o art. 14 da Convenção (“Profissões independentes”) aos serviços técnicos de caráter profissional relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas;**
- iii. não se aplica, em nenhuma hipótese, o art. 22 da Convenção (“Rendimentos não expressamente mencionados”) aos serviços técnicos prestados por uma empresa de um Estado contratante no outro Estado contratante;
- iv. **considera-se reduzido o âmbito de aplicação do art. 7º da Convenção (“Lucros das empresas”) no tocante aos serviços compreendidos nos incisos I, II e III. (Grifos nossos)**

Ao nosso sentir, não serão qualificados como “lucro das empresas” atividades que consistem na transferência de propriedade de bens ou capital, que envolvem o direito de uso deste bem ou capital, nem atividades que envolvem a transferência de propriedade de bens imóveis, de bens tangíveis ou intangíveis. Também não estão incluídos no “lucro das empresas” do modelo da OCDE os rendimentos auferidos pela navegação internacional, transporte aéreo e atividades artísticas, culturais e etc. No mais, os rendimentos da prestação de serviços usualmente exercida como atividade principal da empresa (serviços não técnicos) estarão incluídos no conceito de “lucros da empresa”.

Como observou Pickering (2012), (a) alguns países entendem como “serviços técnicos” aqueles que envolvem qualificação técnica específica (como engenharia), enquanto (b) outros exigem transferência de conhecimento ou expertise para assim qualificá-los. A distinção entre serviços técnicos e serviços não técnicos deve se feita cuidadosamente elaborada. Não há uma definição precisa no modelo da OCDE.³⁴

Serviços técnicos são aqueles acompanhados de transferência de tecnologia ou de *know-how*, que favorecem o *desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação*. São serviços que envolvem transferência de tecnologia *desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica*, numa interpretação conforme à Constituição. Desse modo, o pagamento de prestação de serviços *não técnicos* remetido por uma empresa residente no Brasil, submete-se ao art. 7º, e, conseqüentemente, deveser tributado exclusivamente país de residência.³⁵

7. REGIME DE “OUTROS RENDIMENTOS” (ART. 21, DA CDT) E SUA INAPLICABILIDADE ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS

O artigo 21 do Modelo OCDE permite alcançar os chamados “outros rendimentos” ou “rendimentos não expressamente mencionados”, tributados tanto no Estado da fonte quanto no Estado da residência (admitidas outras formas de distribuição, com tributação exclusiva na fonte ou na residência), como uma disposição *residual*, ou seja, aplica-se na hipótese em que o rendimento não se encaixa em nenhuma das categorias tratadas no modelo, com tratamento isolado, na forma de dividendos, juros, *royalties*, rendimentos do trabalho, ganhos de capital ou lucros de empresa.

Os Comentários da OCDE afirmam que o artigo 21 deve ser aplicado somente aos rendimentos que não puderem ser classificados em nenhuma outra categoria anterior. Cita como exemplos as pensões alimentícias, pagamentos de assistência social e rendimentos de instrumentos financeiros não tradicionais.³⁶

³⁴ “In some jurisdictions, fees for technical assistance or other services such as engineering, management or consulting services provided by non-resident enterprises are treated as a special category of income and are subject to different tax treatment from other services income.

There is no consistent concept of what constitutes “technical services” or which services are subject to special rules. In some countries, technical services are services which involve merely the application of specialist knowledge such as knowhow or engineering expertise; in others, the services must be connected with the transfer of knowledge or expertise (sometimes called “technical assistance”).” (PICKERING, 2012, p. 33).

³⁵ Essa matéria já tem sido reconhecida pela Jurisprudência, como exemplo: “DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA. RETENÇÃO NA FONTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA E ATENDIMENTOS EMERGENCIAIS A TURISTAS BRASILEIROS NO EXTERIOR. EMPRESAS ESTRANGEIRAS. DUPLA TRIBUTAÇÃO. TRATADOS INTERNACIONAIS. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. 1. No caso dos autos, entende a apelante que, apesar da obrigação de reter na fonte o tributo e providenciar o seu recolhimento, no caso de rendimentos auferidos por empresas com sede no exterior, provenientes de serviços que lhes são prestados, a tributação deve ocorrer, exclusivamente, nos países de origem, por força de tratados internacionais firmados para evitar a dupla tributação – TDT’s, daí porque ingressou com ação ordinária, com pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigue a efetuar a retenção na fonte do mencionado tributo nos casos de pagamentos de serviços que lhe foram prestados, sem envolver transferência de tecnologia, nos estritos termos dos referidos tratados. 2. *Em que pese, na hipótese, o artigo 7º da Lei nº 9.779/99, dispor sobre o dever legal da retenção, conferindo a qualidade de responsável tributário ao pagador de quaisquer rendimentos do trabalho ou da prestação de serviços, de fato os TDT’s dispõem que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis neste Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado.* 3. Em face desse quadro, o responsável tributário tem interesse e legitimidade para discutir a questão da incidência ou não do imposto de renda em tais casos, pois se trata de definir se tem ou não a obrigação legal de efetuar a retenção do tributo na fonte, pois, em face de sua condição, é direito seu e de seu interesse esclarecer a questão e isso caracteriza o chamado interesse jurídico. 4. Assim sendo, impõe-se a reforma da sentença para reconhecer a legitimidade ad causam da apelante e determinar a remessa dos autos para o Juízo de origem, pois, descabida a aplicação da norma contida no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, bastando lembrar que a União Federal sequer foi citada para contestar o feito. 5. Apelação a que se dá provimento.” (AC 1119725, Rel. Juiz Valdeci dos Santos, TRF3, Terceira Turma, julgado em 12/03/2009, DJF3 24/03/2009) (Grifo nosso).

³⁶ “This Article provides a general rule relating to income not dealt with in the foregoing Articles of the Convention. The income concerned is not only income of a class not expressly dealt with but also income from sources not expressly mentioned. (...)”

Este conceito residual de “rendimentos não expressamente mencionados” abrange aqueles rendimentos atípicos ou inusuais.³⁷ Vogel, por exemplo, qualifica nesta categoria as anuidades da previdência social, pagamentos de manutenção de parentes, indenizações que não sejam pela perda dos rendimentos das categorias tratadas especificamente, resgate do plano de pensão, prêmios artísticos e acadêmicos, prêmios de jogos e loteria (VOGEL, 1997, p.1074). Philip Baker, de mesmo entendimento, cita como exemplo de “rendimentos não expressamente mencionados”, pagamentos de seguridade social, ganhos de jogos, prêmios, pagamentos *lump sum* para ex-empregados, pagamentos de swaps de taxas de juros e de novos produtos financeiros (BAKER, 1994, p. 349), ver também Jose Maria Tovillas Moran (1996, p. 181) e Carlo Garbarino (2005, p. 162). De outra banda, observa que o art. 21 do modelo da OCDE não se aplica a rendimentos abrangidos no conceito de “lucros das empresas” ou àqueles qualificados de modo específico.³⁸

A aplicação subsidiária da categoria de “outros rendimentos”, sobre a qual todas as demais (lucros de empresas, juros, royalties, dividendos, etc.) têm precedência de qualificação, é sua tônica principal. Por conseguinte, esse regime não afeta o regime dos “lucros de empresas”, que remanescem qualificados no sentido amplo, com abrangência sobre serviços e operações que se integram às atividades da empresa.

Ademais, recentes normas sobre o regime de tributação de serviços prestados por não residentes (notadamente o Acórdão do REsp 1.161.467-RS, o Parecer PGFN 2363/2013 e o Ato Declaratório Interpretativo n. 5/2014) determinam que o pagamento recebido pelos serviços não técnicos prestados qualifica-se no art. 7º do Tratado, sendo tributado exclusivamente no país de residência.

Esta questão jurídica já foi examinada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no Acórdão do REsp 1.161.467-RS, Relator I. Ministro Castro Meira, cuja ementa segue transcrita:

TRIBUTÁRIO. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA A BITRIBUTAÇÃO. BRASIL-ALEMANHA E BRASIL-CANADÁ. ARTS. VII E XXI. RENDIMENTOS AUFERIDOS POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À EMPRESA BRASILEIRA. PRETENSÃO DA FAZENDA NACIONAL DE TRIBUTAR, NA FONTE, A REMESSA DE RENDIMENTOS. CONCEITO DE "LUCRO DA EMPRESA ESTRANGEIRA" NO ART. VII DAS DUAS CONVENÇÕES. EQUIVALÊNCIA A "LUCRO OPERACIONAL". PREVALÊNCIA DAS CONVENÇÕES SOBRE O ART. 7º DA LEI 9.779/99. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ART. 98 DO CTN. CORRETA INTERPRETAÇÃO.

1. A autora, ora recorrida, contratou empresas estrangeiras para a prestação de serviços a serem realizados no exterior sem transferência de tecnologia. Em face do que dispõe o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, segundo o qual "os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade em outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado", deixou de recolher o imposto de renda na fonte.

2. Em razão do não recolhimento, foi autuada pela Receita Federal à consideração de que a renda enviada ao exterior como contraprestação por serviços prestados não se enquadra no conceito de "lucro da empresa estrangeira", previsto no art. VII das duas Convenções, pois o lucro perfectibiliza-se, apenas, ao fim do exercício financeiro, após as adições e deduções determinadas pela legislação de regência. Assim, concluiu que a renda deveria ser tributada no Brasil – o que impunha à tomadora dos serviços a sua retenção na fonte –, já que se trataria de rendimento não expressamente mencionado

³⁷ Giuseppe Corasaniti, a esse respeito, afirmou: “*Como già accennato, l’art. 21 si applica ai redditi di natura non espressamente considerata altrove nel trattato, come ad esempio il reddito deriante da trust, premi, vincite, gli alimenti per il mantenimento a favore della moglie e dei figli, le sanzione pecuniarie, i redditi derivanti dagli strumenti finanziari derivati, ecc.*” (CORASANITI, 2002, p. 147-169).

³⁸ “*In contrast, Art. 21 does not apply to items of income classifiable as business profits, within the meaning of Art. 7 MC, such as remunerations for technological services, for which there are in fact some extent special rules (see supra Art. 12, at nº 68) but which in the absence of such special rules, come under Art. 7*” (VOGEL, 1997, p. 1073). A esse respeito, veja-se Gerd Rothmann (2010, p. 43).

nas duas Convenções, nos termos do art. XXI, *verbis*: "Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante provenientes do outro Estado Contratante e não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção são tributáveis nesse outro Estado".

3. Segundo os arts. VII e XXI das Convenções contra a Bitributação celebrados entre Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá, os rendimentos não expressamente mencionados na Convenção serão tributáveis no Estado de onde se originam. Já os expressamente mencionados, dentre eles o "lucro da empresa estrangeira", serão tributáveis no Estado de destino, onde domiciliado aquele que recebe a renda.

4. O termo "*lucro da empresa estrangeira*", contido no art. VII das duas Convenções, não se limita ao "*lucro real*", do contrário, não haveria materialidade possível sobre a qual incidir o dispositivo, porque todo e qualquer pagamento ou remuneração remetido ao estrangeiro está – e estará sempre – sujeito a adições e subtrações ao longo do exercício financeiro.

5. A tributação do rendimento somente no Estado de destino permite que lá sejam realizados os ajustes necessários à apuração do lucro efetivamente tributável. Caso se admita a retenção antecipada – e, portanto, definitiva – do tributo na fonte pagadora, como pretende a Fazenda Nacional, serão inviáveis os referidos ajustes, afastando-se a possibilidade de compensação se apurado lucro real negativo no final do exercício financeiro.

6. Portanto, "*lucro da empresa estrangeira*" deve ser interpretado não como "*lucro real*", mas como "*lucro operacional*", previsto nos arts. 6º, 11 e 12 do Decreto-lei n. 1.598/77 como "*o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica*", *ai incluído, obviamente, o rendimento pago como contrapartida de serviços prestados*.

7. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional.

8. O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção.

9. A norma interna perde a sua aplicabilidade naquele caso específico, mas não perde a sua existência ou validade em relação ao sistema normativo interno. Ocorre uma "revogação funcional", na expressão cunhada por HELENO TORRES, o que torna as normas internas relativamente inaplicáveis àquelas situações previstas no tratado internacional, envolvendo determinadas pessoas, situações e relações jurídicas específicas, mas não acarreta a revogação, *stricto sensu*, da norma para as demais situações jurídicas a envolver elementos não relacionadas aos Estados contratantes.

10. No caso, o art. VII das Convenções Brasil-Alemanha e Brasil-Canadá deve prevalecer sobre a regra inserta no art. 7º da Lei 9.779/99, já que a norma internacional é especial e se aplica, exclusivamente, para evitar a bitributação entre o Brasil e os dois outros países signatários. Às demais relações jurídicas não abarcadas pelas Convenções, aplica-se, integralmente e sem ressalvas, a norma interna, que determina a tributação pela fonte pagadora a ser realizada no Brasil.

11. Recurso especial não provido.

Como se depreende, o C. STJ reconheceu que o rendimento auferido por residentes em países com os quais o Brasil possui uma **Convenção para Evitar a Dupla Tributação – CDT**, em decorrência da prestação de serviços não técnicos, qualifica-se como "LUCRO DAS EMPRESAS", sujeitando-se exclusivamente à incidência de imposto no respectivo país de residência.

O I. Ministro Relator Napoleão Maia Nunes também reconheceu a prevalência de normas internacionais em detrimento das leis internas brasileiras, no julgamento do REsp 1.325.709 – RJ, *verbis*:

4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; *ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais*, dentre outras.

5. *A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012).*

6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência, sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.

As normas internacionais da Convenção para Evitar a Dupla Tributação prevalecem sobre as normas internas brasileiras, nos termos do art. 98 do CTN.

E não poderia ser diferente. Os critérios de “lucro de empresa”, assim como o de “estabelecimento permanente”, têm por finalidade eliminar a dupla tributação. Ora, na ausência de estabelecimento permanente no Brasil, falece competência ao Fisco brasileiro para tributar os rendimentos que se possam qualificar como “lucros de empresa” de residente no exterior.

Coerente com este entendimento, após a decisão do C. STJ, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN emitiu o Parecer 2363/2013, que determinou a revisão do Parecer PGFN 776/2011. Vejamos parte da sua redação:

25.1. O Parecer PGFN/CAT/Nº 776/2011 foi exarado em um contexto de defesa judicial da Fazenda Nacional (REsp nº 1.161.467/RS), cuja tese restou vencida no STJ, o qual, por sua vez lançou outros argumentos técnicos sobre a questão, passíveis de acolhimento em sede administrativa, haja vista a sua robustez. Portanto, à luz da possibilidade de se atribuir ao lucro disposto no art. 7º da Convenção Modelo da OCDE um conceito amplo; à vista do princípio da especialidade; e sedimentados sobre uma das finalidades mestras dos tratados para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda assinados pelo Brasil, que é a de evitar a bitributação internacional, sugere-se a revogação do Parecer PGFN/CAT/Nº 776/2011.

25.2. *Consequentemente, opina-se na linha de que remessas ao exterior decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia melhor se enquadram no artigo 7º (“Lucros das Empresas”) dos mencionados pactos, ao invés dos arts. 21 ou 22 (“Rendimentos não Expressamente Mencionados”). Assim, tais valores seriam tributados somente no país de residência da empresa estrangeira, não estando sujeitos à incidência do IRRF.*

25.3. *A conclusão acima não se aplica nos casos em que a empresa exerça sua atividade através de um estabelecimento permanente situado no Brasil e tampouco quando, advindos de negociações entre os países signatários, houver disposição expressa nos acordos autorizando a tributação no Brasil. Ou seja, neste último caso, nas hipóteses em que os acordos internacionais ou dispositivo de protocolo autorizem a tributação no Brasil, a exemplo dos tratados e protocolos que caracterizem os*

valores pagos como royalties, tais serviços poderão ser submetidos ao tratamento previsto no art. 12 da Convenção Modelo – pagamento de royalties, independentemente do caráter em que a prestação do serviço foi efetuada (em caráter principal ou acessório), não incidindo, portanto, o art. 7º.

25.4. A análise aqui empreendida é restrita aos casos de remessas ao exterior decorrentes de contratos de prestação de assistência e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia e quando existente tratado para evitar a dupla tributação, sendo o âmbito da apreciação circunscrita aos arts. 7º e 21 (ou 22), com as ressalvas do item anterior. Ademais, é de se alertar que para a aplicação do entendimento ora espelhado é necessária a total subsunção dos casos concretos à discussão aqui exposta e desde que não haja a configuração de planejamentos tributários abusivos.

25.5. Com o fito de positivar a compreensão desenvolvida ao longo desta peça, sugere-se que os representantes do Brasil, nas negociações da espécie, entabulem providências no sentido de acordar explicações ou definições especiais relativas ao termo “lucro”, uma vez que isso é em tese possível, conforme se extrai do item 75 dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo. Verifica-se que há países que fazem observações particulares aos “Comentários”, compartilhando ou não da interpretação da OCDE, e ainda acrescentando, esclarecendo, enfim, externando o seu entendimento sobre os pontos que estão sendo negociados. Abaixo, parte do indigitado item 75:

“75. Fica a critério dos Estados Contratantes acordarem bilateralmente explicações ou definições especiais relativas ao termo ‘lucros’ para o fim de esclarecer a distinção entre esse termo e, por exemplo, o conceito de dividendos. (...)”

26. Isso posto, submete-se o presente Parecer à consideração superior, com sugestão de arquivamento dos demais documentos que instruem o expediente no apoio da CAT para consulta, se necessário.

Como se depreende, o pagamento efetuado por residentes no Brasil, para residentes em países com os quais o Brasil firmou uma CDT, deve ser qualificado como “Lucro das Empresas”, e não qualificados como incorridos no artigo que trata de “Rendimentos não Expressamente Mencionados”. Consequentemente, tais valores seriam tributados somente no país de residência da empresa estrangeira, não estando sujeitos à incidência do IRRF.

Ao mais, equivalente sentido foi corroborado pelo Ato Declaratório Interpretativo n. 5, pela Receita Federal do Brasil, em 16 de junho de 2014:

Art. 1º O tratamento tributário a ser dispensado aos rendimentos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos por fonte situada no Brasil a pessoa física ou jurídica residente no exterior pela prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, com ou sem transferência de tecnologia, com base em acordo ou convenção para evitar a dupla tributação da renda celebrado pelo Brasil será aquele previsto no respectivo Acordo ou Convenção:

- i. no artigo que trata de *royalties*, quando o respectivo protocolo contiver previsão de que os serviços técnicos e de assistência técnica recebam igual tratamento, na hipótese em que o Acordo ou a Convenção autorize a tributação no Brasil;
- ii. no artigo que trata de *profissões independentes ou de serviços profissionais ou pessoais independentes*, nos casos da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas, na hipótese em que o Acordo ou a Convenção autorize a tributação no Brasil, ressalvado o disposto no inciso I; ou
- iii. no artigo que trata de *lucros das empresas*, ressalvado o disposto nos incisos I e II.

Art. 2º Publique-se no Diário Oficial da União.

Art. 3º Revogue-se o Ato Declaratório (Normativo) Cosit nº 1, de 5 de janeiro de 2000.

Em resumo, os serviços técnicos devem ser qualificados como *royalties* (se prestados por pessoas jurídicas) ou como serviços profissionais independentes³⁹ (se prestados por pessoas físicas⁴⁰). E os serviços *não técnicos* serão qualificados como *lucros das empresas*, como reconheceu o Ato Declaratório Interpretativo n. 5 da SRFB.

Em coerência, o Acórdão do REsp 1.161.467-RS, o Parecer PGFN 2363/2013 e o Ato Declaratório Interpretativo n. 5/2014, todos concordam que o pagamento recebido pelos serviços não técnicos, qualificam-se no art. 7º da CDT. Logo, diante da ausência de estabelecimento permanente da Empresa no Brasil, os rendimentos restam tributados exclusivamente no país de residência. Por fim, mencione-se que a exigência do IRRF à alíquota de 25% sobre a receita bruta de prestação de serviços, nos termos do art. 685, II, 'a' do RIR/1999 (art. 7º da Lei 9779/1999), ofenderia o artigo 43 do CTN.

8. REFERÊNCIAS

BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law: a manual on the OECD model tax convention on income and on capital of 1992*. London: Sweet & Maxwell, 1994.

BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARENFIELD, Jesper. *Taxation of a cross-border partnership*. Amsterdam: IBFD, 2005. (doctoral series).

BOUZORAA DALI, Luis Nouel y. Las normas de interpretación de la convención de Viena y los comentarios de la OCDE. *Revista del instituto latinoamericano de derecho tributario*, Buenos Aires, p. 115-128, Ene. 2010.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel. Los métodos para eliminar la doble imposición. In: *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España: análisis a la luz del modelo de convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española*. Coruña: Instituto de Estudios Económicos de Galicia Fundación Pedro Barrié de la Maza, 2004.

CÁMARA, Pablo Chico de la. Interpretación y calificación de los convenios de doble imposición internacional. In: *Fiscalidad internacional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2005.

CORASANITI, Giuseppe. Le varie categorie di reddito nel modello OCSE di convenzione. In: SACCHETTO, Claudio; ALEMANNI, Lauro (Coord.). *Materiali di diritto tributario internazionale*. Milano: IPSOA, 2002.

DÉMIN, Paul, *Le contrat de know-how*. Bruxelas: Emile Bruyant, 1969.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. A incidência da contribuição social e compensação de prejuízos acumulados. *Revista de direito tributário*. São Paulo, v. 14, n. 53, p. 87-89, jul./set. 1990.

ENGELLEN, Frank (Ed.). *The legal status of the OECD commentaries*. Amsterdam: IBFD, 2008.

FRANCO, Karin Klemp. *A regulação da contratação internacional de transferência de tecnologia*:

³⁹ "Article 14 is no longer included in most treaties concluded between OECD countries, although the article is still present in treaties negotiated before 2000. Indeed, if the same taxation outcome were to result, irrespective of whether the independent personal services were dealt with under Article 7 or Article 14, there would seem to be little point in continuing to include de provision in treaties." (PICKERING, 2012, p. 44-45).

⁴⁰ "Em geral, o artigo 14 dos acordos de bitributação trata da remuneração decorrente do exercício de profissão liberal ou de atividade de natureza independente, como aquelas de caráter científico, técnico, literário, artístico, educacional ou pedagógico, bem como as atividades independentes de médicos, advogados, engenheiros, arquitetos, dentistas e contadores. Percebe-se, assim, que essa cláusula convencional não alcança os serviços técnicos de natureza industrial, sem caráter eminentemente pessoal." (SANTOS, 2014, p. 127-144).

perspectiva do direito de propriedade industrial, das normas cambiais e tributárias do direito de concorrência. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2010.

GARBARINO, Carlo. *Manuale di tassazione internazionale*. Milano: IPSOA, 2005.

GARCIA NOVOA, César. Interpretación de los convenios de doble imposición internacional. In: *Estudios de derecho internacional tributario: los convenios de doble imposición*. Bogotá: Legis, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

HOLMES, Kevin. *The concept of income: a multi-disciplinary analysis*. Amsterdam: IBFD, 2000.

_____. *International tax policy and double tax treaties: an introduction to principles and application*. Amsterdam: IBFD, 2007.

JONES, John Avery. The binding nature of the OECD commentaries from the UK point of view. In: *The legal status of the OECD commentaries*. Amsterdam: IBFD, 2008.

KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. Os tratados contra a bitributação e os resultados no exterior. *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo, n. 235, 2015.

LANG, Michael. O papel dos comentários da OCDE na interpretação dos acordos de bitributação. *Revista de direito tributário internacional*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 203-220. ago. 2008.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares, 2002.

LAW, Shee Boon. Withholding taxes on services income: a 21st century outlaw or a necessary evil? In: GUTIÉRREZ, Carlos; PERDELWITZ, Andreas. *Taxation of business profits in the 21st century*. Amsterdam: IBFD, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MARTINS, Fran, *Contratos e obrigações comerciais*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MELIS, Giuseppe. L'interpretazione delle convenzioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio. In: GARCIA NOVOA, Cesar; HOYOS JIMENEZ, Catalina (Coords.). *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI (En homenaje al L aniversario del instituto latinoamericano de derecho tributario)*: Buenos Aires: Marcial Pons, 2008. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. Direito das coisas: propriedade mobiliária (bens incorpóreos): propriedade intelectual: propriedade industrial. In: *Tratado de direito privado*. 4. ed., SP: RT, t. XVI, [199?].

NUNES, Renato. *Imposto sobre a renda devido por não residente no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin: 2010.

OECD. *Model tax convention on income and on capital: 50 anniversary of the OECD model tax convention 8-9 September 2008*. Paris: OECD, 2008.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: ADCOAS, 1979. v. 1.

PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. La propiedad industrial e intelectual (II): invenciones e creaciones técnicas. In: URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de derecho mercantil*. Madrid: Civitas, 1999.

PICKERING, Ariane. Summary and conclusions. PICKERING, Ariane; KAKA, Porus (Orgs.). *Cahiers de droit fiscal international: studies on international fiscal association*. Netherlands, v. 97a, sujet 1, 2012.

PIJL, Hans. Os comentários da OCDE como fonte do direito internacional e o papel do poder judiciário. *Revista de direito tributário internacional*, São Paulo, v. 2, n. 4. p. 203-228. 2006.

RAAD, Kees van. Cinco regras fundamentais para a aplicação de tratados para evitar a dupla-tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional*, v. 1, n. 1, p. 195-207, 2005.

RASSEGNA TRIBUTARIA. Roma, nº 12, 1995. p. 1966 et seq.

ROSEMBUJ, Tulio. *Intangibles: la fiscalidad del capital intelectual*. Barcelona: El Fisco, 2003.

ROTHMANN, Gerd Willi. *Inconstitucionalidade múltipla na tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do sistema tributário nacional?* São Paulo: USP, 2010.

SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos de prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, com ou sem transferência de tecnologia, nos acordos de bitributação: reflexões a respeito do Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5/2014. *Revista dialética de direito tributário*. n. 229, São Paulo: Dialética, 2014.

SERRANO ANTÓN, Fernando. La competencia fiscal: a naturaleza, concepto e iniciativas para su control. In: *Tratado de derecho tributario*. Lima, 2003. (Apresentação).

TOVILLAS MORAN, Jose Maria. Estudio del modelo de convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992. Madrid: Marcial Pons, 1996.

VALENTE, Piergiorgio. 2008 OECD model convention: modifications to articles and commentary. *Rivista di diritto tributario internazionale: international tax law review*, Roma, n. 3, p. 125-151, set./dez. 2008.

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen. *Los contratos de servicios*. Madrid: La Ley, 2009.

VOGEL, Klaus. The domestic law perspective. In: MAISTO, Guglielmo. *Tax treaties and domestic law*. Amsterdam: IBFD. 2006. v. 2.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OCDE, UN and US Model Conventions for the avoidance of double taxation of income and capital (with particular reference to German Treaty Practice)*. Boston : Kluwer, 1991.

VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OCDE, UN and US Model Conventions for the avoidance of double taxation of income and capital (with particular reference to German Treaty Practice)*. 3. ed. London: Kluwer, 1997.

VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer G. Interpretation of double taxation conventions. *Cahiers de droit fiscal international*, Rotterdam, v. 78a, 1993.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WEISS, Friedl. Interpretation of tax treaties in accordance with the commentaries on the OECD model tax convention under the Vienna convention on the law of treaties. In: DOUMA, Sjoerd; ENGELEN, Frank (Ed.). *The legal status of the OECD commentaries*. Amsterdam: IBFD, 2008.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PARTE III

IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

ÁGIO NA AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA: EFEITOS DOS IFRS E DA LEI Nº 12.973/14 SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Sergio André Rocha*

Resumo: O capítulo verifica a questão do ágio na aquisição de participação societária, considerando os efeitos dos IFRS (*International Financial Reporting Standards*) e da Lei nº 12.973/14 sobre a interpretação da legislação anterior. Partindo da premissa de que toda a necessidade de harmonização entre a contabilidade no padrão IFRS e a legislação do Imposto de Renda⁴¹ decorre de uma distinta percepção a respeito de um mesmo fato, e após a análise dos aspectos que cercam a questão concluí que, no caso específico do ágio interno, as novas regras se tratam de um elemento hermenêutico de reduzida importância argumentativa para a solução de casos referentes a fatos ocorridos na vigência da legislação anterior.

Abstract: *The chapter poses the issue of goodwill in the acquisition of equity interest, considering the effects of International Financial Reporting Standards (IFRS) and Law 12,973/14 on Interpretation of previous legislation. Based on the premise that all the need for harmonization between IFRS accounting and Income Tax legislation stems from a distinct perception about the same fact, and after analyzing the aspects surrounding the issue, it was concluded that in the case that the new rules are a hermeneutical element of little argumentative importance for the solution of cases referring to facts that occurred under the previous legislation.*

*Professor de Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Livre-Docente em Direito Tributário pela USP.

⁴¹ A contabilidade no padrão IFRS impacta também a apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a Contribuição para o PIS e a COFINS. Para fins de simplificação, no texto farei referência apenas ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. EFEITOS DA NOVA CONTABILIDADE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR
3. EFEITOS DAS NOVAS REGRAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR
 - 3.1 Estudo dos casos: Controvérsias sobre ágio interno e os efeitos da Lei nº 12.973/14
4. CONCLUSÕES
5. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Chega a ser um truísmo afirmar que um mesmo fato social ou econômico pode ser qualificado de várias maneiras diferentes a depender da perspectiva do observador. Como leciona Paulo de Barros Carvalho, "não nos esqueçamos que a camada linguística do Direito está imersa na complexidade do tecido social, cortada apenas para efeito de aproximação cognoscitiva. O real, com a multiplicidade de suas determinações, só é susceptível de uma representação intuitiva, porém aberta para receber inúmeros recortes cognoscitivos. Com tais ponderações, torna-se hialina a afirmativa de que de um mesmo evento poderá o jurista construir o fato jurídico; como também o contabilista, o fato contábil; e o economista, o fato econômico. Tudo, portanto, sob a dependência do corte que se quer promover daquele evento" (CARVALHO, 2014. p. 247).

De uma maneira simplificada, pode-se afirmar que toda a necessidade de harmonização entre a contabilidade no padrão IFRS (*International Financial Reporting Standards*) e a legislação do Imposto de Renda¹ decorre de uma distinta percepção a respeito de um mesmo fato.

Uma das observações que mais se fizeram desde dezembro de 2007, quando foi editada a Lei nº 11.638 e dado início ao processo de adoção dos IFRS como padrão contábil no Brasil, foi a de que, nas décadas que precederam a referida lei, o território da contabilidade havia sido invadido pela legislação tributária. Ou seja, havia uma quantidade significativa de regras fiscais ditando como as empresas deveriam representar contabilmente determinado fato. Em linha com o que dissemos antes, a legislação tributária obrigou o contabilista a perceber os fatos da perspectiva tributária.

A adoção dos IFRS foi o grito de independência da contabilidade, o reconhecimento expresso de que, embora a contabilidade sirva de base, de ponto de partida, para o cálculo do Imposto de Renda, esta é apenas uma de suas finalidades e não é nem mesmo sua função principal. Conforme se extrai da Introdução do Pronunciamento Conceitual Básico (R1): Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro, editado pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC):

As demonstrações contábeis são elaboradas e apresentadas para usuários externos em geral, tendo em vista suas finalidades distintas e necessidades diversas. Governos, órgãos reguladores ou autoridades tributárias, por exemplo, podem determinar especificamente exigências para atender a seus próprios interesses. **Essas exigências, no entanto, não devem afetar as demonstrações contábeis elaboradas segundo esta Estrutura Conceitual.**

Demonstrações contábeis elaboradas dentro do que prescreve esta Estrutura Conceitual **objetivam fornecer informações que sejam úteis na tomada de decisões econômicas e avaliações por parte dos usuários em geral**, não tendo o propósito de atender finalidade ou necessidade específica de determinados grupos de usuários. (Grifos nossos)

Um dos aspectos mais evidentes quando comparamos a "nova contabilidade" com os requisitos constitucionais para a apuração do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é exatamente os diferentes cortes da realidade fática que interessam a um e a outro.

Com efeito, o Imposto de Renda tem como meta aferir e tributar a capacidade contributiva realizada pelo sujeito passivo, ou seja, acréscimos patrimoniais efetivos e disponíveis. A seu turno, a contabilidade no padrão IFRS tem como meta principal determinar a capacidade da empresa de gerar fluxos de caixa futuros. Vê-se, claramente, a diferença de perspectivas. Enquanto a tributação pelo Imposto de Renda olha para o presente apenas, a "nova contabilidade" olha para o hoje querendo prever o amanhã.

¹ A contabilidade no padrão IFRS impacta também a apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a Contribuição para o PIS e a COFINS. Para fins de simplificação, no texto farei referência apenas ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

Padrões contábeis como a essência sobre a forma,² avaliação de ativos e passivos a valor justo ou seu ajuste a valor presente, todos são formas de "previsão" dos fluxos de caixa futuros da empresa. São precisas as palavras de Nelson Carvalho quando afirma que "demonstrações financeiras não se restringem a oferecer um olhar analítico sobre o passado, e sua talvez mais nobre missão é propor, aos seus leitores e usuários, uma avaliação, na ótica de quem as prepara e de quem as audita, sobre o futuro que espera a entidade dado o passado que teve. O principal papel – na verdade o mais nobre objetivo – das demonstrações financeiras no mundo corporativo (aí incluídos os operadores do Direito Societário, as autoridades com o poder de coletar impostos, as reguladoras do funcionamento dos mercados, credores, investidores, *experts* em finanças corporativas, sindicatos de trabalhadores e outros potenciais usuários) é informar sobre o futuro esperado à luz do passado realizado" (CARVALHO, 2010, p. 373-374).

Ora, em Direito, a técnica de se estimar um resultado desconhecido com base em fatos conhecidos tem um nome próprio e se chama *presunção*. Obviamente, não é possível construir um sistema de tributação da renda sobre uma base presumida. As *presunções*, quando autorizadas em direito tributário, ou são relativas, ou são objeto de opção pelo sujeito passivo, ou são regras que se orientam pelo princípio da praticabilidade.³ Contudo, em nenhuma hipótese a regra geral será a *presunção*. Este fato sozinho já demonstra o potencial descompasso entre a apuração do Imposto de Renda e a contabilidade de acordo com o padrão IFRS.

Tudo seria muito fácil se o Brasil não tivesse optado por adotar os IFRS como padrão contábil para todas as pessoas jurídicas, de pequeno, médio e grande portes. Na medida em que esta foi a opção, tornou-se necessário lidar com os reflexos da nova contabilidade sobre a apuração do Imposto de Renda. Isso tudo porque, por mais que a contabilidade tenha sua própria visão sobre os fatos econômicos, tal visão deixa o sistema contábil e adentra o sistema jurídico na medida em que a legislação societária lhe confere tal dignidade e *status*. Portanto, a "visão" da contabilidade sobre certo fato econômico, que nasce meramente contábil, é tornada jurídica por força do que dispõe a Lei das S/A.

Diante do contexto apresentado acima, notamos que, em vista da necessidade de adequação da legislação tributária ao novo padrão contábil, não causam surpresas a edição da Lei nº 12.973/14 e o modo como a mesma lidou com efeitos fiscais dos registros contábeis segundo os IFRS.

Analisando os arts. 2º a 75 da Lei nº 12.973/14, notamos cinco diferentes maneiras como esta lei cuidou da relação entre a tributação e o novo padrão contábil, conforme descrevemos a seguir:

1º Grupo: Manutenção da neutralidade tributária. Em diversos casos, a solução adotada pela lei foi a manutenção da neutralidade tributária, anulando-se, para fins fiscais, os efeitos decorrentes da aplicação dos IFRS. Este é o caso, por exemplo, do tratamento dispensado às avaliações a valor justo, aos ajustes a valor presente e aos testes de recuperabilidade ("*impairment*").

2º Grupo: Neutralidade para o futuro. Diante da relação entre o reconhecimento contábil de receitas e despesas, e o fato de que o lucro líquido contábil é a base para o cálculo do lucro real, tornou-se necessário prever que alterações futuras no padrão contábil não gerariam efeitos tributários. Daí a regra prevista no art. 58 da Lei nº 12.973/14, segundo a qual "a modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria".⁴

² Não vamos nos deter na análise das diferenças entre o princípio contábil da essência sobre a forma e a teoria da substância sobre a forma que, por vezes, é utilizada para controlar atos elusivos praticados pelos contribuintes. Apenas afirmaremos que nos parecem ser institutos absolutamente distintos. Sobre o tema, ver Gustavo Brigagão e Carlos Scharfstein (2012, p. 257-286).

³ Sobre o tema, ver: Sergio André Rocha (2013, p. 323-327).

⁴ Sobre o tema, ver: Paulo Cezar Aragão e Sergio André Rocha (2010, p. 496-512).

3º Grupo: Incorporação das regras contábeis na legislação tributária. Temos também situações onde a contabilidade foi incorporada na legislação tributária. Foi o que ocorreu no caso das novas regras sobre o reconhecimento de mais ou menos valias e ágio por rentabilidade futura. Neste caso, a Lei nº 12.973/14 passou a prever regras que se aproximam bastante daquelas previstas no Pronunciamento Técnico CPC nº 15-R1.

4º Grupo: Dois balanços. Em um caso específico, a Lei nº 12.973/14 adotou como regra a obrigação de a pessoa jurídica preparar dois balanços. É o que ocorreu no caso daquelas empresas que utilizam moeda funcional distinta do real para preparar suas demonstrações financeiras.

5º Grupo. Omissões. Este grupo não cuida, de fato, de prescrições sobre os efeitos fiscais da “nova contabilidade”, mas sim das omissões da Lei. Com efeito, em diversos casos práticos, notamos que a Lei nº 12.973/14 não dispôs sobre o tratamento tributário de determinado ajuste de IFRS. Por exemplo, salvo no caso de concessões públicas, não há regras na lei sobre o tratamento de ativos e passivos financeiros. Da mesma maneira, a referida lei não disciplina como que os atos normativos que fazem referência a ativos imobilizados serão aplicados quando a contabilização de tais ativos imobilizados foi substituída por ativos intangíveis ou financeiros. Nesses casos, não há uma solução apriorística, e o tratamento fiscal dependerá da natureza do ajuste contábil.

De todos esses casos, o que nos interessa neste artigo é o novo tratamento fiscal conferido às mais ou menos valias e ao ágio por rentabilidade futura. Não é nosso propósito rever as novas regras sobre o tema em detalhe. De fato, nossa preocupação aqui será focada em dois temas específicos, relacionados à interpretação da legislação anterior, especialmente no que se refere às controvérsias a respeito do tema que estão sob análise do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a saber:

- Pode a nova contabilidade ser utilizada como ponto de partida para a interpretação do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (em sua redação anterior à Lei nº 12.973/2014) e do art. 7º da Lei nº 9.532/1997?
- Qual o efeito das novas regras legais sobre o tratamento fiscal conferido às mais ou menos valias e ao ágio por rentabilidade futura sobre a interpretação do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (em sua redação anterior à Lei nº 12.973/2014) e do art. 7º da Lei nº 9.532/1997?

A análise específica desses dois temas será o objeto deste artigo.

2. EFEITOS DA NOVA CONTABILIDADE SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Logo após a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007, mas principalmente após a edição dos primeiros Pronunciamentos Técnicos pelo Comitê de Pronunciamentos contábeis, iniciou-se um debate sobre os efeitos do novo padrão contábil sobre a legislação tributária precedente.

Veja-se que não estamos cuidando, aqui, daqueles casos onde a própria lei fiscal faz referência ao fato contábil como ponto de partida, como se passa com o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1977,⁵ que expressamente determina que o lucro líquido contábil é o ponto de partida do cálculo do lucro real. Nessas situações, obviamente que uma alteração da contabilidade gerará repercussões fiscais.

O que nos interessa aqui são aqueles casos onde uma modificação contábil não repercute,

⁵ “Art. 6º. Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.”

imediatamente, na aplicação da legislação tributária e, ainda assim, pretende-se usar a contabilidade como pauta hermenêutica para a sua interpretação.

Vejamos o caso da amortização fiscal do ágio pago na aquisição de participações societárias, certamente um dos temas sobre os quais mais se escreveu nos últimos anos, sendo objeto de alguns dos casos mais relevantes em discussão no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Este não é o local para voltarmos à análise de todas as questões controvertidas relacionadas à amortização fiscal do ágio sob o regime do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, em sua redação anterior à Lei nº 12.973/2014, e dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997. Para um exame dessas questões fazemos referência, por todos, ao estudo de Luís Eduardo Schoueri (2012).

Neste item, queremos explorar o disposto no referido art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (pré-Lei nº 12.973/2014), segundo o qual:

Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em:

- i. valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no art. 21; e
- ii. ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I.

§ 1º. O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento.

§ 2º. O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico:

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. [...].

De acordo com este dispositivo, o ágio pago na aquisição de uma participação societária deveria ser fundamentado segundo o disposto no seu § 2º. De acordo com a opinião prevalecente na doutrina, a indicação de qual o fundamento do ágio em uma determinada transação cabe ao adquirente, devendo, nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira, “ser encontrado no próprio ato ou negócio jurídico de que se origina a aquisição da participação societária, ou seja, nas condições que eventualmente tenham sido expressamente estabelecidas nesse ato ou negócio, ou sob as quais o adquirente da participação societária tenha desejado e feito a aquisição” (OLIVEIRA 2009, p. 466).

Quando foi editada a primeira versão do Pronunciamento CPC nº 15, notou-se de plano a divergência entre a regra tributária sobre o tratamento fiscal do ágio e o padrão contábil. De acordo com o item 32 deste Pronunciamento (que foi revogado pelo Pronunciamento CPC nº 15-R1):

32. O adquirente deve reconhecer o ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), na data da aquisição, mensurado como o valor em que (a) exceder (b) abaixo:

(a) a soma:

- (i) da contraprestação transferida em troca do controle da adquirida, mensurada de acordo com este Pronunciamento, para a qual geralmente se exige o valor justo na data da aquisição (veja item 37);

- (ii) do valor das participações de não controladores na adquirida, mensuradas de acordo com este Pronunciamento; e
- (iii) no caso de combinação de negócios realizada em estágios (veja itens 41 e 42), o valor justo, na data da aquisição, da participação do adquirente na adquirida imediatamente antes da combinação;
- (b) o valor líquido, na data da aquisição, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos, mensurados de acordo com este Pronunciamento.

Logo que foi editado este Pronunciamento em 2009, surgiu uma questão a respeito de seu impacto sobre a interpretação do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (pré-Lei nº 12.973/2014) e de seu § 2º. Claramente, a regra contábil prevê uma ordem de determinação e alocação do ágio que diverge daquela que estava prevista na legislação tributária. Então pergunta-se: qual o efeito da nova regra contábil sobre a interpretação do dispositivo fiscal precedente? Pelo que entendemos, nenhum.

Como vimos anteriormente, é perfeitamente possível que um mesmo fato econômico seja visto pelo Direito e pela contabilidade de forma distinta. Ou seja, um mesmo fato pode ser qualificado pela contabilidade e o Direito de maneiras diferentes.

Contudo, para que a regra contábil se transmute em regra jurídica é necessário que exista uma norma de conversão. Ou seja, é imprescindível que exista uma *regra jurídica* que atribua *efeitos jurídicos* à regra contábil – como ocorre com o já citado art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Assim sendo, a interpretação do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 (pré- Lei nº 12.973/2014) e de seu § 2º deve ser feita a partir de seu texto e contexto, não podendo ser alterada subitamente em razão da introdução de um novo padrão contábil.

A essa mesma conclusão chegou Ricardo Mariz de Oliveira escrevendo em 2009, ao afirmar que “a fonte e sede do ágio ou deságio está no ato ou negócio jurídico de que ele promana e na respectiva disciplina legal, e não no lançamento contábil” (OLIVEIRA, 2009, p. 475).

Usando este exemplo como paradigma, é possível afirmar que as regras contábeis, para terem efeitos jurídicos, devem ser convertidas em regras jurídicas. Assim sendo, na ausência de dispositivo que atribua tais efeitos à contabilidade, esta não deve servir de referência para a interpretação da legislação tributária, especialmente daquele que lhe antecedeu.

3. EFEITOS DAS NOVAS REGRAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

É bastante comum que, diante de uma nova lei, os operadores do direito tributário busquem a sua aplicação retroativa pela via interpretativa (obviamente, quando esta se mostra mais favorável à sua pretensão). Se a lei mais recente traz dispositivo que confirma a posição anteriormente defendida pela Fazenda ou pelos contribuintes, muitas vezes estes se apressam em afirmar que a mesma nada mais fez do que declarar um comando que já estava previsto na legislação, sustentando seu caráter meramente interpretativo/declaratório e, portanto, seu efeito retroativo.

O exame das leis interpretativas foge ao escopo deste estudo. Aqui vale apenas lembrar que, segundo o inciso I do art. 106 do CTN, as leis interpretativas têm que ser **expressamente interpretativas**. Ou seja, a aplicação deste dispositivo do CTN não pode ser inferida. Deve ser expressa.

Deixando de lado as "leis interpretativas", cabe-nos refletir sobre o que seria um critério adequado para a análise da força interpretativa de uma lei nova sobre a legislação que a precedeu, sendo certo que tal critério parece-nos partir da natureza e alcance da nova lei.

Aqui, entendemos que é necessário fazer uma diferenciação entre situações onde a lei mais recente traz

uma **nova regulação sobre determinada matéria**, daquelas onde se identifica uma **alteração pontual em uma regulação que se mantém, em geral, inalterada**.

Vicente Ráo, analisando a questão das antinomias de segundo grau decorrentes da utilização dos métodos cronológico e de especialidade, traz-nos a seguinte lição:

Não é pelo fato de ser especial que a lei nova revoga a lei antiga de natureza geral; e, reciprocamente, não é apenas por ser geral que a disposição superveniente revoga a disposição particular e anterior.

Para que a revogação se verifique, preciso é que a disposição nova, geral ou especial, altere explicitamente (revogação expressa) ou implicitamente (revogação tácita) a disposição antiga, referindo-se a esta, ou ao seu assunto, isto é, dispondo sobre a mesma matéria.

Se as disposições nova e antiga (gerais ou especiais) não forem incompatíveis, podendo prevalecer uma e outra, umas *a par* de outras, não ocorrerá revogação alguma.

Quando, porém, a lei nova regular por inteiro a mesma matéria contemplada por lei ou leis anteriores, gerais ou particulares, visando substituir um sistema por outro, uma disciplina total por outra, então todas as leis anteriores sobre a mesma matéria devem considerar-se revogadas. (RÁO, 1999. p. 343) (Grifo nosso).

Percebe-se, imediatamente, que esta passagem não se refere exatamente ao mesmo tema de que ora nos ocupamos. Contudo, ilustra uma situação onde o mesmo critério proposto acima foi utilizado.

Para Vicente Ráo, uma lei posterior que traga uma "disciplina total" em relação a determinada matéria revoga todos os dispositivos anteriores sobre a mesma matéria, inclusive aqueles que, na sistemática anterior, eram considerados introdutores de regras especiais.

Aplicando-se este critério à situação de que ora cuidamos, entendemos ser possível fazer um primeiro corte para afirmar o seguinte:

- Uma lei mais recente, que traga uma **disciplina total nova** sobre determinada matéria, não tem nenhuma relevância direta no que se refere à interpretação de dispositivos anteriores, sendo um elemento hermenêutico de reduzida importância argumentativa.

Observe-se que não se está afirmando que a nova disciplina não será um dos *topoi* a serem considerados pelo intérprete, no sentido da teoria tópica de Theodor Viehweg.⁶ Como nos lembra Daniel Sarmiento "o conceito de *topoi* é fundamental para a compreensão da tópica. Os *topoi* configuram lugares comuns na argumentação discursiva, que não vinculam o juiz, mas apenas e tão somente apresentam-lhe alternativas possíveis para a solução de determinado problema. São, em suma, diretrizes retóricas reveladas pela experiência, que objetivam servir de fio condutor para a descoberta de uma resposta razoável para o caso concreto. A decisão, de acordo com a teoria tópica, resulta no confronto dialético entre os diversos *topoi* pertinentes ao caso, devendo prevalecer aquele que contribuir para a construção da solução mais justa". E continua o referido autor, "os *topoi* não são certos ou errados, mas apenas mais ou menos adequados para a solução de determinado problema" (SARMENTO, 2002. p. 129).

Seguindo esta orientação, a nova regra certamente poderá ser considerada pelo intérprete/aplicador como **mais um** elemento na construção de sentido a partir dos dispositivos que lhe antecederam. Contudo, tendo em vista o que foi afirmado acima, certamente um elemento de menor força persuasiva.

A situação se altera naqueles casos onde a lei nova, ao invés de trazer uma nova disciplina a respeito de determinada matéria, **mantém a disciplina anterior, lhe fazendo reduções, acréscimos ou modificações**. Neste caso, uma alteração pontual pode dizer muito a respeito do alcance da(s) regra(s) prevista(s) até a entrada em vigor dessa nova lei, podendo-se afirmar, portanto, que:

⁶ Sobre o tema, ver VIEHWEG, Theodor Viehweg (2013. p. 117-121).

- Uma lei mais recente, **que traga reduções, acréscimos ou modificações a uma disciplina jurídica existente**, trata-se de um elemento hermenêutico relevante para a interpretação dos dispositivos até então em vigor.

Veja-se que não se está afirmando, em absoluto, que nesses casos a alteração legislativa representará **elemento inequívoco** para a formação da convicção do intérprete/aplicador a respeito do conteúdo e alcance da legislação anterior. A posição aqui defendida é no sentido, apenas, de que neste caso a alteração legislativa terá um peso maior e, portanto, maior força persuasiva sobre o intérprete/aplicador.

3.1. Estudo dos Casos: Controvérsias sobre ágio interno e os efeitos da Lei nº 12.973/2014

Entre os temas controvertidos sobre a sistemática de aproveitamento do ágio, anterior à Lei 12.973/2014, está o chamado "ágio interno". A doutrina, de forma majoritária, posiciona-se no sentido de que, no modelo anterior, não haveria restrição ao aproveitamento de ágio nas operações de compra e venda de participações societárias entre empresas do mesmo grupo econômico. Citando uma vez mais Luís Eduardo Schoueri, temos sua opinião no sentido de que "em princípio, não há, na legislação tributária, qualquer dispositivo que impeça o reconhecimento e a utilização do ágio gerado internamente, entre partes relacionadas" (SCHOUERI, 2012, p. 112).

Uma das grandes alterações trazidas pela Lei nº 12.973/2014 foi promovida exatamente sobre o regime de aproveitamento fiscal do antigo ágio, agora segregado em "mais-valia" e "ágio por rentabilidade futura (*goodwill*)".

Analisando-se as regras previstas na Lei nº 12.973/2014, inclusive aquelas que alteraram o art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, percebe-se que a referida lei **trouxo uma disciplina integralmente nova, distinta da anterior, a respeito da amortização fiscal do ágio**. Em linhas gerais, as novas regras incorporaram, à legislação tributária, padrões de reconhecimento e mensuração do ágio próximos àquele encontrado na contabilidade segundo os *IFRS* (Cf. Pronunciamento CPC nº 15-R1).

As novas regras sobre utilização fiscal da mais-valia e do *goodwill*, previstas nos arts. 20 e 22 da Lei nº 12.973/2014, apenas autorizam tal utilização no caso de aquisição de participação societária entre partes não dependentes. Dessa forma, nas operações realizadas após a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014 está vedada a utilização fiscal da mais-valia e do ágio de rentabilidade futura (*goodwill*) decorrente de operações entre partes dependentes.⁷

Não nos interessa, neste estudo, comentar se é adequada ou não a limitação do aproveitamento fiscal da mais-valia e do *goodwill* em operações intragrupo introduzida pela nova norma. Nossa atenção aqui está voltada apenas para determinar se a previsão de tal limitação na Lei nº 12.973/2014 pode de alguma forma ser interpretada como uma confirmação de que a legislação tributária anterior não trazia qualquer limitação semelhante e, portanto, o ágio interno era pertinente no contexto da Lei nº 9.532/1997, sem qualquer restrição.

Note-se que o que se pretende analisar é o argumento de que a restrição contida na Lei nº 12.973/2014 poderia ter um efeito sobre a controvérsia a respeito do ágio interno no regime jurídico anterior, devendo ser levada em conta, por exemplo, pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) como elemento decisivo para a anulação de autos de infração sobre o tema pendentes de julgamento.

Tendo em vista a conclusão apresentada no item dois acima é possível apresentar a posição aqui defendida, no sentido de que a restrição ao aproveitamento fiscal da mais-valia e do "*goodwill*" na Lei nº 12.973/2014 **não tem qualquer impacto direto sobre a interpretação das regras até então vigentes**

⁷ O Art. 25 da Lei 12.973/2014 traz as situações onde as partes serão consideradas dependentes.

a respeito da amortização fiscal do ágio, sendo um elemento hermenêutico de limitada valia na determinação da existência ou não de similar restrição na legislação anterior. Assim sendo, as novas regras não confirmam o argumento dos contribuintes de que o dito "ágio interno" era permitido no regime da Lei nº 9.532/1997, da mesma maneira que não se trata de uma mera declaração de algo que já se encontrava vedado (como a Fazenda talvez venha a defender).

Com efeito, uma vez que a Lei nº 12.973/2014 trouxe, como dito, uma disciplina integralmente nova, as alterações decorrentes do novo modelo têm limitado peso na interpretação da legislação anterior, de modo que a legitimidade ou não do ágio em operações intragrupo deve ser analisada com base nos fatos e na interpretação anterior à Lei nº 12.973/2014.

4. CONCLUSÕES

Considerando os comentários acima, é possível concluir este texto afirmado o seguinte:

- As regras contábeis, para terem efeitos jurídicos, devem ser convertidas em regras jurídicas. Assim sendo, na ausência de dispositivo que atribua tais efeitos à contabilidade, esta não deve servir de referência para a interpretação da legislação tributária, especialmente daquela que lhe antecedeu.
- Uma lei mais recente, que traga uma **disciplina total nova** sobre determinada matéria, não tem nenhuma relevância direta no que se refere à interpretação de dispositivos anteriores, sendo um elemento hermenêutico de reduzida importância argumentativa.
- Uma lei mais recente, **que traga reduções, acréscimos ou modificações a uma disciplina jurídica existente**, trata-se de um elemento hermenêutico relevante para a interpretação dos dispositivos até então em vigor.
- No caso específico do ágio interno, uma vez que a Lei nº 12.973/14 trouxe uma disciplina total nova sobre a utilização fiscal de ágio e mais-valia decorrentes da aquisição de participação societária, entendemos que as novas regras se tratam de um elemento hermenêutico de reduzida importância argumentativa para a solução de casos referentes a fatos ocorridos na vigência da legislação anterior.

5. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Cezar; ROCHA, Sergio André. Alteração dos padrões contábeis brasileiros: a neutralidade fiscal transitória, “deslegalização” da contabilidade e o princípio da legalidade tributária. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito tributário, societário e a reforma da lei das S/A*: volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BRIGAGÃO, Gustavo; SCHARFSTEIN, Carlos Cornet. Discussão sobre a aplicabilidade, para fins tributários, da primazia da essência sobre a forma. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito tributário, societário e a reforma da lei das S/A*: volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CARVALHO, Nelson. Essência x Forma na Contabilidade. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. O absurdo da interpretação econômica do "fato gerador". direito e sua autonomia – o paradoxo da interdisciplinaridade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (Orgs.). *Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusebio González García*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos, na perspectiva da legislação tributária. *Revista direito tributário atual*, São Paulo, n. 23, 2009.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999.

ROCHA, Sergio André. Modelos de regulação jurídica, preços de transferência e os novos métodos PCI e PECEX. In: *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979

ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA EM OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTOS – GANHO DE CAPITAL EM INCORPORAÇÃO DE AÇÕES

João Dácio Rolim*

Frederico A. Fonseca**

Ana Carolina Moreira Garcia***

Resumo: Este Capítulo tem por objetivo analisar a questão da disponibilidade jurídica ou econômica da renda e sua materialização temporal para fins de determinação da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda nas operações societárias de transferências de investimentos, em especial nos casos que envolvem o instituto da incorporação de ações e seus reflexos no acionista. O instituto da incorporação de ações, previsto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A) consiste numa forma de incorporação na qual a totalidade das ações de determinada companhia é transferida para o patrimônio da companhia incorporadora, com a consequente conversão da incorporada em subsidiária integral da incorporadora. Sendo assim, os reflexos do eventual ganho de capital apurado em operações dessa natureza, no acionista pessoa jurídica, são o tema central deste artigo, embora os efeitos para a pessoa física também mereçam estudo específico. Ao final, apresentaremos nossa opinião sobre o tema, baseada numa análise dos princípios que informam a legislação ordinária, complementar e constitucional, tais como os da realização da renda, capacidade contributiva, neutralidade, abuso de direito, com a análise crítica de julgados (administrativos e judiciais).

Abstract: *This chapter aims to analyze the issue of legal or economic availability of income and its temporal materialization for purposes of determining the possibility of income tax burden on transactions regarding the transfer of investments, especially in cases involving the exchange of shares and its effects on the shareholder. The exchange of shares, provided for in art. 252 of Law 6,404/1976 (Corporate Law) is a form of merger in which the totality of certain company stock is transferred to the equity of the surviving company, with the consequent conversion of the merged company in a wholly owned subsidiary of the merger Company. Thus, the consequences of the potential capital gain calculated in such operations, to the corporate shareholder of the merged company, is the focus of this article, although the effects on individuals would also deserve specific study. At the end, we will present our opinion on the subject, based on the principles that underpin the legislation, such as the income realization, abuse of rights, neutrality, and the ability to pay, and the critical analysis of recent case law (administrative and judicial).*

*João Dácio Rolim. PhD pela Queen Mary University of London, LLM em Direito Internacional Tributário pela London School of Economics and Political Science (LSE) e doutor em Direito Tributário pela UFMG. Graduado em Direito pela USP. Professor da FGV e do IBDT. Conselheiro fundador do IEFi e diretor da ABDF, Advogado. E-mail: j.d.rolim@rolimvlc.com

**Frederico de Almeida Fonseca. Mestre em Direito de Empresa pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Regulação do Setor Elétrico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor de Direito Tributário da PUC-MG. Membro do Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças (IBEF-MG). Advogado. E-mail: f.fonseca@rolimvlc.com

***Ana Carolina Moreira Garcia. LL.M. em International Business Law pela Sorbonne University - Université Panthéon-Assas (Paris II). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas/IEC) nos cursos de Pós-Graduação LLM em Direito Tributário, membro da IFA; Advogada

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. AS HIPÓTESES LEGAIS DE REALIZAÇÃO DA RENDA – AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA E TEORIA DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL – DIREITO COMPARADO
3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. LEGISLAÇÃO E DOUTRINA
4. DA REALIZAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL EM TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTOS. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL E TRIBUTÁRIA
5. JURISPRUDÊNCIA ATUAL: ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E/OU INSTITUTOS SEMELHANTES
6. CONCLUSÃO
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O texto tem como objetivo geral discorrer sobre tema bastante debatido pela doutrina, mas que continua a desafiar os operadores do Direito Tributário: a questão da disponibilidade jurídica ou econômica da renda e sua materialização temporal para fins de determinação da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda.

Como objetivo específico, após realizar uma breve incursão doutrinária sobre as diversas teorias sobre a realização da renda e do acréscimo patrimonial, inclusive no Direito Comparado, trataremos mais adiante do tema central deste estudo, qual seja a materialização temporal da hipótese de incidência do Imposto sobre a Renda em operações envolvendo o instituto da incorporação de ações e seus reflexos no acionista pessoa jurídica da sociedade incorporada.

O instituto da incorporação de ações está previsto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A) e consiste numa forma de incorporação na qual a totalidade das ações de determinada companhia é transferida para o patrimônio da companhia incorporadora, com a consequente conversão da incorporada em subsidiária integral da incorporadora.

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência sobre o momento em que deve ocorrer a tributação do Imposto sobre a Renda na hipótese em que a incorporação de ações é realizada por valor superior ao contábil. Os reflexos do eventual ganho de capital apurado em operações dessa natureza, na pessoa jurídica que é acionista da sociedade incorporada, são o tema central deste artigo, inclusive perante a legislação atual analisando-se a sua racionalidade e princípios que a informam, tais como o da realização da renda, capacidade contributiva, neutralidade e abuso de direito.

Ao final, apresentaremos a opinião sobre a tributação do Imposto de Renda na incorporação de ações enquanto não realizado o ganho (no sentido de acréscimo patrimonial econômica e juridicamente disponível) pela pessoa jurídica incorporadora, e em que medida haveria tributação do patrimônio e não da renda.

2. AS HIPÓTESES LEGAIS DE REALIZAÇÃO DA RENDA – AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA E TEORIA DO ACRÉSCIMO PATRIMÔNIAL – DIREITO COMPARADO

O art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN – Lei 5.172/1966) é expresso ao estabelecer que o imposto de renda incidirá sobre a disponibilidade *econômica* ou *jurídica* de renda. Todavia, definir o aspecto temporal ou material que determina essa disponibilidade é tarefa que desafia o interprete da legislação como um todo.

Com razão Avi-Yonah ressalta que a realização tem sido descrita como o calcanhar de Aquiles da legislação do imposto de renda, tendo sido considerado no passado um requisito constitucional para a exigência do imposto (AVI-YONAH; SARTORI; MARIAN, 2007, p. 45). Com efeito no caso *Eisner v Macombe*,¹ a Suprema Corte dos EUA não somente definiu o imposto de renda como o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, mas entendeu ser necessária a sua realização para ser exigido o imposto. Esta exigência tem sido flexibilizada em alguns casos pela Suprema Corte, mas os Estados Unidos permaneceram extensamente como um sistema de realização (AVI-YONAH; SARTORI; MARIAN, 2007, p. 45).

Para grande parte da doutrina brasileira a disponibilidade *econômica* deve ser entendida como disponibilidade *financeira*, ou seja, quando há o recebimento efetivo de valor classificado como renda. Então, por disponibilidade econômica poder-se-ia entender a possibilidade de dispor, de direito e de fato, material e diretamente, da riqueza livre e desembaraçada.

¹ 252 US 189 (1920), “income may be defined as the gain derived from labor, from capital, or from both combined.”

Já a disponibilidade *jurídica* corresponde ao rendimento (ou provento) adquirido, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro (p. ex., o juro ou dividendo creditados). Pode observar-se que, a disponibilidade jurídica se assemelharia ao conceito contábil da receita pelo regime de competência, ou seja, aquela registrada na contabilidade pelo princípio da competência, segundo o qual as receitas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, independente de recebimento.

Detendo-nos apenas ao aspecto temporal de materialização da renda, que é o que importa para o estudo de caso que faremos a seguir, observamos que Ricardo Mariz de Oliveira (2008, p. 372-373) entende que o conceito de realização de renda confunde-se com a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, sendo tida como o momento segundo o qual existirá o acréscimo patrimonial. Assim, o requisito de realização da renda implicaria que somente a renda consumada poderia ser tributada, o que vedaria a incidência de imposto sobre rendimentos que traduzam mera disponibilidade financeira.

Gilberto Ulhôa Canto² assevera que a tributação sobre ganhos não realizados não se ajusta ao perfil complementar do Imposto de Renda, por não configurar nem disponibilidade econômica nem jurídica, afirmando que esse tipo de imposição tributária apenas poderia estar compreendida na competência residual da União para instituir impostos. Faltaria ainda capacidade contributiva na tributação sobre ganhos não realizados, pois, sendo os ganhos meramente potenciais, existira apenas a expectativa de que a capacidade econômica para contribuir venha a ocorrer no futuro (CANTO, 1994, p. 33-40).

Segundo José Luiz Bulhões Pedreira, o ganho de capital tributável pressuporia a realização da mais-valia através de alienação, não se confundindo com o aumento de valor do bem que integra o patrimônio do contribuinte, ainda que tal incremento não realizado possa representar aumento do poderio econômico do indivíduo (PEDREIRA, 1979). Esse posicionamento do ilustre Autor é de suma importância para o deslinde da questão que aqui se enfrenta.

A seu turno, Alcides Jorge Costa, argumenta que as legislações tributárias geralmente interpretam o conceito de renda em relação ao fluxo de riqueza, aos ingressos monetários ou em espécie (COSTA, 1996, p. 27). Assim, o acréscimo de valor patrimonial só seria tributável quando realizado.

Numa breve incursão no direito comparado vale citar novamente o professor americano Reuven S. Avi-Yonah (2007, p. 19) que explica após uma análise histórica do imposto de renda nos Estados Unidos, que o imposto sobre o lucro das pessoas jurídicas era um imposto na fonte sobre a renda dos sócios, quando essa ainda estava na pessoa jurídica. Avi-Yonah cita decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1920 no já citado caso *Eisner v. Macomber* (1920), em que se discutiu o conceito de renda e de realização. A referida decisão examinou a legitimidade de tributação da renda dos sócios na pessoa jurídica, quando ainda não distribuída aos seus acionistas e sustentou a necessidade, a bem da praticidade, de considerar a pessoa jurídica separada dos seus sócios, sob pena de admitir que não havendo distinção entre pessoa jurídica e seus sócios não se faz possível distinguir o lucro da pessoa jurídica do lucro de seus sócios. Nesse contexto, no caso *Eisner v. Macomber* concluiu-se que para ganhos de capital poderem ser tributados deveria haver a transferência do ativo, tendo sido a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos que acréscimos no valor de ativos que ainda não estejam realizados não constituem renda tributável.

Em estudo comparativo acerca da tributação pelo imposto de renda em diversas jurisdições, tais como Austrália, Canadá, França, Alemanha, Japão, Países Baixos, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos, Hugh J. Ault, Brian J. Arnold³ afirmam que em todos os sistemas examinados, como regra geral, a renda

² CANTO, Gilberto de Ulhôa. "A aquisição de Disponibilidade e o Acréscimo Patrimonial no Imposto sobre a Renda", In Ives Gandra da Silva Martins (org.), *Estudos sobre o Imposto de Renda (em Memória de Henry Tilbery)*, São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 33-40.

³ "In all systems examined here, in general, income and capital gains must be 'realized' before being taken into account for tax purposes. This realization principle is quite obvious with respect to the taxation of capital gain and losses. A capital gain or loss is realized, in general, only if the property is sold, exchanged, or otherwise disposed of. Until such time, any change in value of the property resulting in an accrued gain or loss in respect of the property is not relevant." (AULT; ARNOLD, 2010, p. 232):

e os ganhos de capital devem ser "realizados" antes de serem computados para efeitos fiscais. E para este fim, um ganho ou perda de capital é considerado realizado apenas se o bem é vendido, trocado, ou por qualquer outra forma, o titular dispor-se do mesmo. Até esse momento, qualquer alteração no valor da propriedade, resultando em um ganho ou perda acumulado não deve ser tributado.

Em alguns países, a migração do contribuinte (pessoa jurídica ou pessoa física) é considerada como realização (AVI-YONAH; SARTORI; MARIAN, 2007, p. 90-91), devendo a potencial renda então apurada ser tributada, dando prevalência ao interesse arrecadatório e de fiscalização em detrimento parcial aos princípios da realização e capacidade contributiva. Dada a importância do assunto em nível internacional e do exercício de liberdades fundamentais tal como a de movimento ou de mudança de residência ou nacionalidade, o Tribunal da União Europeia decidiu que ganhos de capital ainda não realizados não poderiam ser tributados na mudança de residência fiscal somente por facilidade arrecadatória e de fiscalização, devendo tal ganho ser cristalizado e quando realizado pago o imposto ao país de origem do contribuinte.⁴ Caso houvesse no futuro uma perda de capital, por exemplo, o imposto não seria exigido, e caso o ganho de capital superasse o valor do ganho que havia se cristalizado, a diferença de valor seria tributada somente no novo país de residência fiscal do contribuinte. Tais casos demonstram a razoabilidade e o lógico requisito da realização para preservar a capacidade contributiva do contribuinte e nos casos decididos o afastamento de uma restrição indevida e desproporcional ao exercício do direito de mudar de residência fiscal de um país para outro.

Portanto, a nosso ver, no conceito de renda tributável está subjacente a sua realização e muitas vezes expressamente reconhecida pela legislação ordinária do imposto. Isso não significa que realização exprima apenas o efetivo recebimento em moeda ou outro valor pecuniário, mas ao menos que o recurso esteja à disposição do contribuinte, como no caso dos juros e rendimentos creditados em contas correntes bancárias ou dos lucros creditados aos sócios. Em outras palavras, só deve ser considerada como realizada a renda cuja percepção em moeda pelo contribuinte dependa exclusivamente de ato do próprio contribuinte (PEDREIRA *apud* LEMKE, 1998, p. 115).

Como se verá adiante, a questão da realização da renda é crucial para verificação da ocorrência de ganho de capital tributável em transferência de investimentos, em especial, nas operações de incorporação de ações.

3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. LEGISLAÇÃO E DOUTRINA

Conforme mencionado no preâmbulo, o instituto da incorporação de ações, previsto no art. 252 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das S/A)⁵ consiste numa forma de incorporação na qual a totalidade das ações de determinada empresa é transferida para o patrimônio da empresa incorporadora, com a conseqüente conversão da empresa cujas ações são incorporadas em subsidiária integral da incorporadora.

⁴ Casos *NC-470/04* e *De Lasteyrie C-09/02*.

⁵ "Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital, a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º A assembleia-geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento do capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no art. 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 230. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia-geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de incorporação de ações que envolvam companhia aberta. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)"

Assim, pela redação do dispositivo legal mencionado, percebe-se que ocorre uma substituição de ações da sociedade incorporada por outras da sociedade incorporadora.

A Lei das S/A não determina qual o critério a ser observado para estabelecer o número de ações que serão conferidas aos acionistas da incorporada no capital da incorporadora. Exige apenas que o critério para se determinar a relação de troca seja divulgado no Protocolo de Incorporação, que será livremente escolhido pelos acionistas das companhias envolvidas (arts. 224 e 225).

Como regra geral, a legislação comercial prevê que as operações societárias de fusão, cisão e incorporação, quando não envolverem a mudança de controle acionário, devem ser reconhecidas contabilmente sem que haja alteração nos valores registrados.

Por outro lado, quando há mudança de controle, nos termos do Pronunciamento Técnico CPC 15 (R1) Combinação de Negócios, os ativos e passivos devem ser avaliados a valor justo (AVJ), a saber:

18. O adquirente deve mensurar os ativos identificáveis adquiridos e os passivos assumidos pelos respectivos **valores justos da data da aquisição**.

19. Em cada combinação de negócios, o adquirente deve mensurar, na data da aquisição, os componentes da participação de não controladores na adquirida que representem nessa data efetivamente instrumentos patrimoniais e confirmam a seus detentores uma participação proporcional nos ativos líquidos da adquirida em caso de sua liquidação, por um dos seguintes critérios:

(a) pelo **valor justo**, ou

(b) pela participação proporcional atual conferida pelos instrumentos patrimoniais nos montantes reconhecidos dos ativos líquidos identificáveis da adquirida.

Todos os demais componentes da participação de não controladores devem ser mensurados ao valor justo na data da aquisição, a menos que outra base de mensuração seja requerida pelos Pronunciamentos, Interpretações e Orientações do CPC. (COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS, 2011). (Destacou-se).

Nos termos do item 24 do Pronunciamento Técnico CPC 46 – Mensuração do Valor Justo, valor justo “é o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada no mercado principal (ou mais vantajoso) na data de mensuração nas condições atuais de mercado (ou seja, um preço de saída), independentemente de esse preço ser diretamente observável ou estimado utilizando-se outra técnica de avaliação” (Destacou-se).

A melhor doutrina especializada entende que em se tratando dos valores a serem considerados para efeito de relação de substituição de ações, deve-se considerar o valor dos patrimônios líquidos das sociedades envolvidas, independentemente de haver ou não mudança de controle. Assim, ambos os patrimônios líquidos (da incorporada e da incorporadora) deveriam ser avaliados a mercado ou por índices econômicos (fluxo de caixa, etc.) de forma a evitar que sejam causados prejuízos aos sócios de ambas as sociedades (IUDÍCIBUS, 2010, p. 415).

Em se tratando de incorporação de ações de companhia controlada, sob controle comum ou de controladora, a Lei das S/A determina que o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas não controladores da controlada seja feito com base no valor do patrimônio líquido da controladora e da controlada, avaliados ambos segundo os mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado, ou com base em outro critério aceito pela CVM, no caso de companhias abertas (art. 264).

Diferentemente da incorporação de sociedade, prevista no art. 227⁶ da Lei das S/A, que é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, e em que a sociedade incorporada deixa de existir, na incorporação de ações, a incorporada continua existindo, agora como subsidiária integral da incorporadora, que detém a totalidade de suas ações. Trata-se de um meio alternativo para a mudança de controle das sociedades, visto que na alienação pura e simples do controle da companhia, o novo controlador tem a obrigação de realizar oferta pública para adquirir as ações pertencentes aos acionistas minoritários titulares de ações com direito a voto, nos termos do art. 254-A⁷ da Lei das S.A.

Outra vantagem ou finalidade de se utilizar a incorporação de ações em uma reestruturação societária é a possibilidade de manutenção de regime fiscal especial da incorporada, ou alguma autorização para operar que não possa ser transferida por meio de sucessão, ou ainda, pode ser que a sociedade incorporada realize atividades por meio de concessão pública e, para manter a atividade seja necessário continuar com personalidade jurídica própria.

Nessa ordem de ideias, se a sociedade cujas ações forem incorporadas tiver prejuízos fiscais acumulados ou créditos tributários acumulados, não perderá o direito de utilizá-los, ao passo que se ocorrer incorporação de sociedades o prejuízo não poderá ser aproveitado pela sociedade incorporadora que sucede a incorporada. Ademais, como a sociedade que teve suas ações incorporadas permanece, não há que se falar em sucessão ou transferência da responsabilidade sobre os seus passivos.

Há diversos entendimentos doutrinários acerca da natureza jurídica da incorporação de ações. A primeira delas, que tem como adeptos Nelson Eizirik (EIZIRIK, 2009, p. 78-98) e Alberto Xavier, entende que a incorporação de ações tem natureza de *sub-rogação real*, ocorrendo mera substituição de ativos, não sendo possível aferir-se nessa substituição ganho de capital. Confira-se trechos de artigo de autoria de Alberto Xavier que esclarece a questão:

O titular das ações a serem objeto de incorporação nada faz, nada transmite, nada permuta: limita-se “passivamente” a receber da sociedade incorporadora ações substitutivas das originariamente detidas e que ocupam, no seu patrimônio, lugar equivalente ao das ações substituídas por um **fenômeno de sub-rogação real**.

Das considerações precedentes acerca da natureza jurídica da incorporação de ações resulta claramente que se trata de um instituto de direito societário dotado de características próprias e que impedem a sua identificação, seja com a figura da incorporação de sociedades, seja com a figura de subscrição de aumento de capital em bens.

⁶ Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

⁷ Art. 254-A. A alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com direito a voto de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço no mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor pago por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1º Entende-se como alienação de controle a transferência, de forma direta ou indireta, de ações integrantes do bloco de controle, de ações vinculadas a acordos de acionistas e de valores mobiliários conversíveis em ações com direito a voto, cessão de direitos de subscrição de ações e de outros títulos ou direitos relativos a valores mobiliários conversíveis em ações que venham a resultar na alienação de controle acionário da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 2º A Comissão de Valores Mobiliários autorizará a alienação de controle de que trata o *caput*, desde que verificado que as condições da oferta pública atendem aos requisitos legais. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários estabelecer normas a serem observadas na oferta pública de que trata o *caput*. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 4º O adquirente do controle acionário de companhia aberta poderá oferecer aos acionistas minoritários a opção de permanecer na companhia, mediante o pagamento de um prêmio equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 5º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

(...)

Conseqüentemente, na figura da incorporação de ações o acionista não transfere bens ou direitos de qualquer natureza, limitando-se, de modo estático e passivo (como numa “quase desapropriação”), a ter no seu patrimônio substituídas as ações que previamente detinha pelas novas ações emitidas pela companhia incorporadora, ocorrendo um **fenômeno de sub-rogação real**. (XAVIER, 2007, p. 119-143). (Destacou-se).

A chamada *sub-rogação real* consiste em instituto jurídico definido por Pontes de Miranda (*apud* EIZIRIK, 2009, p. 89) definido como a substituição jurídica de uma coisa por outra, mantida a relação jurídica base anterior. Em outras palavras, para o acionista, o bem que antes consistia em uma ação da sociedade incorporada passa a ser uma ação da sociedade incorporadora.

Ademais, não haveria manifestação de vontade do acionista para a aprovação da operação societária, de modo que não se poderia equiparar a incorporação de ações à subscrição de aumento de capital com bens. Isso porque a incorporação de ações se daria por acordo entre duas sociedades, sem interveniência de seus acionistas, tendo em vista que segundo as disposições da Lei das S/A, a própria subscrição do aumento de capital da incorporadora se daria pelos diretores da incorporada e não pelos seus acionistas.

Assim, na sub-rogação real pressupõe-se a equivalência de valores entre os bens substituídos, havendo uma relação de troca com vistas a recompor o patrimônio do acionista que teve seus títulos mobiliários “expropriados”. Nesse sentido, concluem os autores que a incorporação de ações não importa em acréscimo patrimonial para o acionista, não sendo, portanto, justificável a incidência do Imposto sobre a Renda.

Por outro lado, há aqueles que enxergam na incorporação de ações uma espécie de alienação, como Modesto Carvalhosa e Edmar Oliveira Andrade Filho, seja ela ficta (CARVALHOSA, 2009, p. 140), seja efetiva (ANDRADE FILHO, 2009, p. 484), pois há transmissão de propriedade em troca de um preço, ainda que estabelecido em bens. Desta feita, na incorporação de ações ocorreria uma alienação ficta de ações pelos acionistas da incorporada e uma aquisição ficta pela incorporadora. Com isso, ocorreria um aumento de capital da incorporadora mediante a dação de bens (ações) pelos antigos acionistas da sociedade incorporada. Segundo essa corrente, trata-se, portanto, de uma aquisição na qual o pagamento se dá em bens.

De forma similar, é o entendimento de Luís Eduardo Schoueri, no sentido de que há realmente alienação e aquisição fictas e paralelas na incorporação de ações, que se procedem mediante o aumento de capital da incorporadora subscrito pelas ações da incorporada. Entretanto, Schoueri entende que não se pode confundir o procedimento operacional com a natureza jurídica do instituto, eis que a incorporação é negócio jurídico específico de Direito Societário e conclui que há uma efetiva alienação de ações subjacente à figura da incorporação de ações, configurando por consequência, acréscimo patrimonial que enseja tributação da renda (ANDRADE JÚNIOR; SCHOUERI 2012, p. 44-72).

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), como se verá adiante, embora não pacificada, tem se inclinado em favor dessa última corrente, em especial ao considerar a incorporação de ações como espécie de alienação de bens, de modo que a diferença positiva de valores pode ensejar ganho de capital. Este é o ponto central de crítica deste artigo, o que faremos baseados na análise do contexto histórico-legislativo de casos semelhantes.

4. DA REALIZAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL EM TRANSFERÊNCIA DE INVESTIMENTOS. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL E TRIBUTÁRIA

A análise da tributação das operações envolvendo a incorporação de ações requer que seja feita, *a priori*, uma avaliação do contexto fático-jurídico que fez nascer a controvérsia em torno do aspecto temporal da hipótese de incidência tributária, e para tanto, julgamos pertinente discorrer sobre como caminhou a legislação comercial e tributária sobre o tema.

A tributação do ganho de capital na alienação ou liquidação de bens do ativo permanente subsume-se à norma contida no art. 418 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99 (que tem como base legal o art. 31 do Decreto-Lei nº 1.598/1997⁸), abaixo transcrito:

Art. 418. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, na desapropriação, na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo permanente. (Grifo nosso)

Segundo o art. 425 do RIR/99, “o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil”. Já o art. 426 do RIR/99 (que tem como base legal o art. 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o art. 1º, inciso V do Decreto-Lei nº 1.730/1979⁹), procurando delimitar o alcance dessa norma, cuida da hipótese de apuração de ganho de capital na alienação de investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial da seguinte forma:

⁸ Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada e das perdas estimadas no valor de ativos. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º Nas vendas de bens do ativo não circulante classificados como investimentos, imobilizado ou intangível, para recebimento do preço, no todo ou em parte, após o término do exercício social seguinte ao da contratação, o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, reconhecer o lucro na proporção da parcela do preço recebida em cada período de apuração. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 3º O ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento será determinado com base no valor contábil (§ 1º), diminuído da provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 4º O contribuinte poderá diferir a tributação do ganho de capital na alienação de bens desapropriados, desde que:

- a) o transfira para reserva especial de lucros;
- b) aplique, no prazo máximo de 2 anos do recebimento da indenização, na aquisição de outros bens do ativo permanente, importância igual ao ganho de capital;
- c) discrimine, na reserva de lucros, os bens objeto da aplicação de que trata a letra b, em condições que permitam a determinação do valor realizado em cada período.

§ 5º A reserva de que trata o parágrafo anterior será computada na determinação do lucro real nos termos do § 1º do artigo 35, ou utilizados para distribuição de dividendos.

§ 6º A parcela de depreciação anteriormente excluída do lucro líquido na apuração do lucro real deverá ser adicionada na apuração do imposto no período de apuração em que ocorrer a alienação ou baixa do ativo. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas atribuições, disciplinará o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

⁹ Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I - valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - de que tratam os incisos II e III do **caput** do art. 20, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 25 deste Decreto-Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

III - ágio ou deságio na aquisição do investimento com fundamento nas letras b e c do § 2º do artigo 20, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte; (Revogado pelo Decreto-Lei nº 1.730, 1979)

IV - provisão para perdas (art. 32) que tiver sido computada na determinação do lucro real. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º Os valores de que tratam os itens II a IV serão corrigidos monetariamente. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 2º Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

Art. 426 - O valor contábil para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores:

I – valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II - ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real;

III - provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior.

Já o art. 439 do RIR/1999, que tem como base legal o art. 36¹⁰ do DL 1.798/1977, é o que fundamentava o diferimento da tributação da antiga reserva de reavaliação na hipótese de subscrição de capital ou valores mobiliários, a saber:

Art. 439. A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo incorporados ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computada na determinação do lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação.

Parágrafo único. O valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real:

I - na alienação ou liquidação da participação societária ou dos valores mobiliários, pelo montante realizado;

II - quando a reserva for utilizada para aumento do capital social, pela importância capitalizada;

III - em cada período de apuração, em montante igual à parte dos lucros, dividendos, juros ou participações recebidos pelo contribuinte, que corresponder à participação ou aos valores mobiliários adquiridos com o aumento do valor dos bens do ativo; ou

IV - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica que houver recebido os bens reavaliados realizar o valor dos bens, na forma do inciso II do art. 435, ou com eles integralizar capital de outra pessoa jurídica.

Vale lembrar que nos termos do § 3º do art. 182 da Lei das S/A, eram classificadas no patrimônio líquido, como reservas de reavaliação, as contrapartidas de aumentos de valor atribuídos a elementos do ativo em virtude de novas avaliações com base em laudo nos termos do artigo 8º.

Nesse cenário, anteriormente à edição da Lei nº 10.637/2002, a subscrição de capital com ações/quotas da investidora em outra empresa configurava, pelo entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB), alienação do investimento e consequente realização do ganho de capital. A jurisprudência do

¹⁰ Art. 36. A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo incorporados ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computada na determinação do lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação. (Vigência)

Parágrafo único - O valor da reserva deverá ser computado na determinação do lucro real: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

a) na alienação ou liquidação da participação societária ou dos valores mobiliários, pelo montante realizado; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

b) quando a reserva for utilizada para aumento do capital social, pela importância capitalizada; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

c) em cada período-base, em montante igual à parte dos lucros, dividendos, juros ou participações recebidos pelo contribuinte, que corresponder à participação ou aos valores mobiliários adquiridos com o aumento do valor dos bens do ativo; ou (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

d) proporcionalmente ao valor realizado, no período-base em que a pessoa jurídica que houver recebido os bens reavaliados realizar o valor dos bens, na forma do 1º, letra b, do artigo 35, ou com eles integralizar capital de outra pessoa jurídica. (Incluída pelo Decreto-lei nº 1.730, 1979) (Vigência)

CARF (então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda) se posicionou por diversas vezes nesse sentido, notadamente em transações envolvendo acionistas pessoas físicas.¹¹

Não obstante, é possível inferir do art. 418 do RIR/1999 que somente a efetiva alienação dos investimentos representaria a realização do ganho de capital, sem que a subscrição de capital, em uma terceira empresa, com investimentos avaliados a valor de mercado, configurasse a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, que exige a realização do investimento. Este era até então o entendimento do Judiciário em casos de subscrição de capital com bens imóveis. Nesse sentido, encontramos o seguinte posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 95.905-0:¹²

Ementa: – Imposto de renda. Incorporação de bens de sócios à pessoa jurídica para aumento da capital. Tributação não reconhecida.

Tributa-se na Cédula H o que não é tributado nas outras, mas desde prevista em lei como tributável nessa Cédula H, porque o princípio da legalidade tributária existe na Constituição.

A incorporação de bens ao capital social é um ato típico, não equiparável a ato de comércio, ou a cessão de direitos, regulada que é por lei especial, que afasta a ideia de lucro, porque não se traduz em dinheiro, mas em ações correspondentes ao valor dos bens, ainda que expressos nominalmente em quantias diversas, pela avaliação feita. Trata-se, portanto, de um caso de não incidência tributária, que somente pelo legislador pode ser modificado. (...) (Destacou-se).

Seguindo a mesma linha, cite-se precedente do STJ:

Mandado de Segurança – Aumento de Capital Social – Integralização por incorporação imobiliária. A Incorporação de imóvel de sócio à pessoa jurídica é forma sui generis de alienação e não se confunde com as hipóteses previstas no Decreto-Lei nº 1.641/78. Não se assemelha à compra e venda, adjudicação, doação, desapropriação, etc. Em qualquer dessas hipóteses é presente o lucro, na integralização posta em exame não resulta vantagem ou ganho. Recurso improvido. (1ª T do STJ – Resp. 22.821-2-PE – Recdo: Paulo Roberto da Fonte Maciel – DJU I 31.08.92). (Destacou-se).

Entretanto, a partir de 2004 o STJ começou a analisar casos concretos em que a legislação ordinária equiparou a subscrição de capital com bens e permuta de ações a uma alienação para efeito do imposto de renda sobre o ganho de capital da pessoa física, conforme decisões abaixo mencionadas:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TRANSFERÊNCIA DE BEM IMÓVEL PARA A INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA QUE SEJAM ANALISADAS AS QUESTÕES TIDAS POR PREJUDICADAS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

¹¹ “IRPF – CONFERÊNCIA DE AÇÕES OU QUOTAS DE CAPITAL – ALIENAÇÃO – APURAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL – O pagamento de subscrição de ações/quotas de uma empresa com ações/quotas que o sócio subscritor possui em outra empresa configura alienação do investimento e a diferença entre o custo corrigido e o valor da alienação é rendimento tributável” (Ac. 104-18849, de 20/06/2002, 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes).

“IRPF – CONFERÊNCIA DE AÇÕES EM SUBSCRIÇÃO DE CAPITAL – ALIENAÇÃO – APURAÇÃO DE GANHOS DE CAPITAL. O pagamento de subscrição de ações/quotas de uma empresa com ações que o sócio subscritor possui em outra empresa configura alienação de participação societária e a diferença entre o custo corrigido e o valor da alienação é rendimento tributável (1º CC – Ac. 104-17.026 – 4ª C – Rel. Nelson Mallmann – DOU 27.09.1999).

IRPF – GANHO DE CAPITAL – ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS – ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO CUSTO – O rendimento tributável será determinado pela diferença entre o valor da alienação e o custo de subscrição ou aquisição da participação societária, corrigido monetariamente (...) (1º CC – Ac. 106-08.912 – 6ª C – DOU 01.10.1997). (Destacou-se).

¹² STF. 22.06.1982. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 95.905-0 – Paraná. Destaque para os argumentos do Relator, Ministro Cordeiro Guerra:

“A incorporação de bens ao capital social é um ato atípico, não equiparável a ato de comércio ou a cessão de direitos, regulada que é por lei especial, que afasta ideia de lucro, porque não se traduz em dinheiro, mas em ações correspondentes ao valor dos bens, ainda que expressos nominalmente em quantia diversas, pela avaliação feita. (...) Na incorporação de bens ao capital social, na forma prevista na lei das sociedades anônimas, não há cessão de direitos, mas alienação de bens. Não há lucro, mas equivalência de valores, ainda que aparentemente tal não pareça. Não há para o incorporador acréscimo patrimonial, mas substituição de um bem por outro, embora divirja a avaliação pericial feita (...)”

1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é legítima a incidência de Imposto de Renda sobre ganhos de capital decorrentes da diferença entre o valor de aquisição e o de incorporação de imóveis de pessoa física, para integralização de capital de pessoa jurídica da qual é sócio. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.016.766/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/03/2009, REsp 70.2915/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 21/09/2007, REsp 867.276/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 08/11/2006, REsp 789.004/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 03/04/2006, REsp 660.692/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 13/03/2006, REsp 260.499/RS, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ 13/12/2004.

2. No caso dos autos, tanto a sentença quanto o acórdão recorrido partiram da premissa de que a operação de integralização de capital social através do bem imóvel não configura "alienação" para fins de incidência do imposto de renda, na forma do art. 3º, 2º, da Lei n. 7.713/88. Assim, não foram analisadas outras questões importantes para o deslinde da controvérsia, e outras acessórias, as quais não podem ser analisadas por esta Corte, seja por impossibilidade de supressão de instância, seja por encontrarem óbice na Súmula n. 7/STJ, quais sejam: (i) a existência de prova, a cargo da embargante (eis que a CDA goza de presunção de certeza e liquidez a ser ilidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo – art. 204 do CTN), no sentido de não ter havido diferença entre o valor de aquisição e o de incorporação de imóveis de pessoa física; (ii) as questões arguidas pela embargante relativas aos encargos da mora (multa, juros e correção monetária); e (iii) a implicação do disposto no art. 23 da Lei n. 9.249/95 na hipótese, desde que não haja óbice de direito processual ou material para tanto, tais como a preclusão consumativa e outros. (...)

(STJ REsp 1214780 RS, 04/03/2011, Rel. Min Mauro Campbell Marques). (Destacou-se).

Assim sendo, caso a lei ordinária tivesse violado o requisito essencial da realização para se configurar a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, caberia ao STF apreciar a matéria. O STF poderia neste particular se furtar a apreciar a matéria, entendendo que a matéria seria infraconstitucional ou que a violação à Constituição Federal teria sido indireta, ou ainda entrar no mérito da realização ser ou não requisito essencial para a tributação da renda, ou finalmente perante o argumento da capacidade contributiva apreciar a matéria caso a caso.

No esteio desse posicionamento jurisprudencial, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 10.637/2002 prevendo, expressamente, que a tributação do ganho de capital ocorrido na subscrição de capital com ações/quotas de outra empresa poderia ser diferida, para fins de IRPJ e CSLL, para o momento da realização efetiva da participação subscrita, conforme dispunha o seu artigo 36, *in verbis*:

Art. 36 – Não será computada, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro da Pessoa Jurídica, a parcela correspondente à diferença entre o valor de integralização de capital, resultante da incorporação ao patrimônio de outra pessoa jurídica que efetuar a subscrição e integralização, e o valor dessa participação societária registrado na escrituração contábil desta mesma pessoa jurídica.

§ 1º O valor da diferença apurada será controlado na parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur) e somente deverá ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido:

I - na alienação, liquidação ou baixa, a qualquer título, da participação subscrita, proporcionalmente ao montante realizado;

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período de apuração em que a pessoa jurídica para a qual a participação societária tenha sido transferida realizar o valor dessa participação, por alienação, liquidação, conferência de capital em outra pessoa jurídica, ou baixa a qualquer título.

§ 2º Não será considerada realização a eventual transferência da participação societária incorporada

ao patrimônio de outra pessoa jurídica, em decorrência de fusão, cisão ou incorporação, observadas as condições do § 1º. (Grifo nosso)

Razoável do ponto de vista econômico e lógico-jurídico a interpretação do dispositivo acima no sentido de reconhecer o requisito da realização como necessário para a exigência do imposto, independentemente de a natureza jurídica do ato em questão ser uma alienação ou não. Ocorre que o art. 36 da Lei 10.637 foi revogado a partir de 01 de janeiro de 2006, pelo art. 133 da Lei nº 11.196/2005. Aparentemente o motivo desta revogação teria sido a utilização abusiva do referido artigo para diferir a tributação em hipóteses concomitantes com o aproveitamento da dedução de ágio. Ora, o abuso, se existente, por ter sido meramente artificiosa a apuração e dedução do ágio, pode ser combatido por outros meios proporcionais como a doutrina do abuso de direito ou norma antielisiva específica ou geral, e não necessariamente pela eliminação do reconhecimento do requisito da realização na legislação do imposto.

Posteriormente, em 2008, a figura da reserva de reavaliação também foi revogada pela Lei nº 11.638/2007, tendo sido criada a conta de ajustes de avaliação patrimonial, que tem por objetivo registrar as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valor atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência da sua avaliação a valor justo (AVJ) enquanto não computadas no resultado do exercício em obediência ao regime de competência. A redação atual do § 3º do art. 182 é a seguinte:

§ 3º Serão classificadas como **ajustes de avaliação patrimonial**, enquanto não computadas no resultado do exercício em obediência ao regime de competência, as contrapartidas de aumentos ou diminuições de valor atribuídos a elementos do ativo e do passivo, em decorrência da sua avaliação a valor justo, nos casos previstos nesta Lei ou, em normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3o do art. 177 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009). (Destacou-se).

A partir de 2008 foi instituído pela Medida Provisória nº 449/2008 (posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009) o Regime Tributário de Transição (RTT), que assegurava a neutralidade tributária com relação a eventuais reflexos fiscais decorrentes das alterações promovidas na legislação societária brasileira pelas Leis nº 11.638/2007 e nº 11.941/2009, por meio da manutenção, para fins tributários, das normas e critérios contábeis (utilizados para o registro de receitas, despesas e custos) vigentes em 31 de dezembro de 2007.

Ocorre também que, em 14 de maio de 2014, foi publicada a Lei nº 12.973 que trouxe profundas alterações na legislação tributária, em especial com relação à adequação das normas tributárias às novas regras contábeis introduzidas pela Lei nº 11.638/2007, que aproximou as normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais IFRS – *International Financial Reporting Standards*. As alterações trazidas pela Lei nº 12.973/2014 impactam a determinação da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) e das Contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Para tanto, dentre outras disposições, a Lei nº 12.973/2014 estabeleceu a extinção do RTT a partir de janeiro de 2014 para os optantes, ou janeiro de 2015, para os não optantes.

Pois bem, é no contexto da nova contabilidade brasileira, alinhada com os padrões internacionais, e no sentido de reorganizações societárias efetuadas com base em atos nela previstos, que em linha de princípio deveriam ser neutras do ponto de fiscal, que o artigo 17 da Lei 12.973/2014, inserido na Seção que trata dos efeitos fiscais decorrentes da Avaliação a Valor Justo, determina o que se segue:

Art. 17. O ganho decorrente de avaliação com base no valor justo de bem do ativo incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computado na determinação do lucro real, desde que o aumento no valor do bem do ativo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada à participação societária ou aos valores mobiliários, com discriminação do bem objeto de avaliação com base no valor justo, em condições de permitir a determinação da parcela realizada em cada período. (Vigência)

§ 1º O ganho evidenciado por meio da subconta de que trata o *caput* será computado na determinação do lucro real:

I - na alienação ou na liquidação da participação societária ou dos valores mobiliários, pelo montante realizado;

II - proporcionalmente ao valor realizado, no período-base em que a pessoa jurídica que houver recebido o bem realizar seu valor, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou com ele integralizar capital de outra pessoa jurídica; ou

III - na hipótese de bem não sujeito a realização por depreciação, amortização ou exaustão que não tenha sido alienado, baixado ou utilizado na integralização do capital de outra pessoa jurídica, nos 5 (cinco) anos-calendário subsequentes à subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 2º Na hipótese de não ser evidenciado por meio de subconta na forma prevista no *caput*, o ganho será tributado.

§ 3º Na hipótese de que trata o § 2º, o ganho não poderá acarretar redução de prejuízo fiscal do período e deverá, nesse caso, ser considerado em período de apuração seguinte em que exista lucro real antes do cômputo do referido ganho.

§ 4º Na hipótese de a subscrição de capital social de que trata o *caput* ser feita por meio da entrega de participação societária, será considerada realização, nos termos do inciso III do § 1º, a absorção do patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pela pessoa jurídica que teve o capital social subscrito por meio do recebimento da participação societária.

§ 5º O disposto no § 4º aplica-se inclusive quando a investida absorver, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, o patrimônio da pessoa jurídica que teve o capital social subscrito por meio do recebimento da participação societária. (Destacou-se).

Portanto, o art. 17 da Lei 12.973/2014 permite que o ganho decorrente de avaliação a valor justo (AVJ) de bem do ativo incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computado na determinação do lucro real, desde que o aumento no valor do bem do ativo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada à participação societária ou aos valores mobiliários, com discriminação do bem objeto de avaliação com base no valor justo, em condições de permitir a determinação da parcela realizada em cada período.

Nesse sentido, o ganho só seria tributado em hipótese de futura realização do ativo, mediante alienação, liquidação ou incorporação da investida. Caso nenhuma das hipóteses ocorra no prazo de 5 (cinco) anos subsequentes à subscrição em bens do capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, o ganho será tributado à razão de 1/60, no mínimo, para cada mês do período de apuração. Em outras palavras, há expressa permissão legal para diferimento da tributação por até 10 anos (5 mais 5) do ganho decorrente de avaliação com base no valor justo de bem incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição de ações.

A novidade nesse debate também é o surgimento do art. 13 da Lei 12.973/2014 que disciplinou a permuta de ativos (inclusive ações). Esse dispositivo também reconhece a importância do requisito da realização ao autorizar o diferimento da tributação do Ajuste a Valor Justo (AVJ) registrado na contabilidade, porém sem previsão de prazo máximo, como disposto no art. 17. Confira-se:

Art. 13. O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou a redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo. (Vigência)

§ 1º O ganho evidenciado por meio da subconta de que trata o *caput* será computado na determinação do lucro real à medida que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado.

§ 2º O ganho a que se refere o § 1º não será computado na determinação do lucro real caso o valor realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, seja indedutível.

§ 3º Na hipótese de não ser evidenciado por meio de subconta na forma prevista no *caput*, o ganho será tributado.

§ 4º Na hipótese de que trata o § 3º, o ganho não poderá acarretar redução de prejuízo fiscal do período, devendo, neste caso, ser considerado em período de apuração seguinte em que exista lucro real antes do cômputo do referido ganho.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica aos ganhos no reconhecimento inicial de ativos avaliados com base no valor justo decorrentes de doações recebidas de terceiros.

§ 6º No caso de operações de permuta que envolvam troca de ativo ou passivo de que trata o *caput*, o ganho decorrente da avaliação com base no valor justo poderá ser computado na determinação do lucro real na medida da realização do ativo ou passivo recebido na permuta, de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 1º a 4º. (Destacou-se).

Assim, nos termos do § 6º do art. 13 supra, no caso de operações de permuta que envolvam troca de ativos, o ganho decorrente da avaliação com base no valor justo poderá ser diferido, de forma que apenas será computado na determinação do lucro real na medida da realização do ativo ou passivo recebido na permuta, ou seja, mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa, ou quando o passivo for liquidado ou baixado.

Como o AVJ visa refletir uma expectativa de ganho para fins de evidenciação contábil, não se pode considerá-lo como renda auferida. Quando da permuta, o ganho será registrado a crédito em conta de receita ou de patrimônio líquido em contrapartida à subconta vinculada ao ativo recebido.

A recente positivação dessa regra de diferimento corrobora o entendimento de parte da jurisprudência e doutrina que defende a inexistência de ganho de capital no momento da permuta. O acréscimo decorrente da permuta só poderia ser considerado incorporado ao patrimônio da pessoa jurídica quando ocorrer a efetiva realização do ativo e a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda prevista no art. 43 do CTN.

Todas as decisões do CARF, conforme se verá no tópico adiante, referem-se a fatos ocorridos antes da publicação da Lei nº 12.973/2014 e, portanto, não analisaram ainda o argumento de diferimento da tributação, seja com base no art. 17 (se entendida a natureza da operação como subscrição de capital), seja com base no art. 13 (se entendida a natureza da incorporação de ações como sendo uma espécie de permuta de ativos). No âmbito do Judiciário, também não identificamos discussões sobre o diferimento da tributação do ganho de capital com base nos citados dispositivos da Lei nº 12.973/2014, notadamente porque os precedentes identificados referem-se a operações de incorporações de ações envolvendo acionistas pessoas físicas.

5. JURISPRUDÊNCIA ATUAL: ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO A INCORPORAÇÃO DE AÇÕES E/OU INSTITUTOS SEMELHANTES

O primeiro caso, julgado recentemente pela Primeira Turma da Câmara Superior do CARF (CSRF), tem como pano de fundo uma operação de permuta de participações societárias efetuada entre pessoas jurídicas com recebimento de valor superior ao entregue pela empresa Fibria Celulose S/A. Apesar de não

haver menção expressa ao termo “incorporação de ações” nem na ementa nem na íntegra do acórdão, a nosso ver, a operação societária descrita no relatório em muito se assemelha com o instituto previsto no art. 252 da Lei da S/A. Confira-se a ementa do acórdão:

Ementa: PERMUTA DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. RECEBIMENTO DE VALOR SUPERIOR AO ENTREGUE. APURAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL TRIBUTÁVEL. CABIMENTO.

Na hipótese de permuta de participações societárias, entre pessoas jurídicas, em que ocorre recebimento de valor superior ao entregue, é cabível a apuração de ganho de capital tributável, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

(Acórdão 9101-002.172 de 11/04/2016. CSRF/ 1ª Turma) (Destacou-se).

O Relator foi o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão e a decisão final se deu pelo voto de qualidade, sendo que os Conselheiros Luís Flávio Neto e Livia De Carli Germano apresentaram declaração de voto.

Nos termos do voto vencedor do Relator, a decisão recorrida reconheceu, expressamente, que a operação em exame se tratou de permuta de participações societárias, e não de compra e venda, como alternativamente defendia a fiscalização. Todavia, no seu entendimento, a essa permuta se aplicaria a regra geral de tributação do ganho de capital eventualmente apurado na alienação. Conclui por fim, citando o Parecer PGFN/CAT nº 1.722/2013, que há sim tributação na permuta de ativos quando há ganho de capital, visto que, em situações como a do presente processo, a desoneração somente é possível quando há previsão legal específica (permutas no âmbito do programa de desestatização e permuta de imóveis são casos especiais de não tributação expressamente previstos na legislação), o que inocorreu no caso concreto. Assim, entendeu o Relator que deveria ser mantida a tributação pelo IRPJ e CSLL da diferença da permuta de participações societárias.

Vale citar trecho da Declaração de Voto do Conselheiro Luís Flávio Neto, que inovou ao discorrer acerca das hipóteses de incidência do IRPJ e da CSL e ao questionar, no caso dos autos em que o lançamento fiscal realizado procurou tributar suposto ganho de capital, se existia efetivo acréscimo patrimonial que permitisse a tributação, concluindo, acertadamente em nossa opinião, que com a permuta sem torna, a renda ainda não foi realizada:

É também por essa razão que a permuta sem torna está alocada nas hipóteses de não incidência do IRPJ e da CSL: conceitualmente, a base imponible será sempre ‘zero’.

E, por óbvio, ‘zero’ corresponde à ausência de “acréscimo patrimonial”, restando, portanto, impossibilitada o exercício de qualquer poder tributante da União para a cobrança de IRPJ e CSL, conforme se expos no tópico “2” deste voto.

Em termos estritamente técnicos, é correto dizer que, **com a concretização da permuta sem torna, a renda, enquanto acréscimo patrimonial, ainda não foi realizada.** (Destacou-se).

Assim, o fato gerador do imposto de renda seria o momento seguinte ao evento da permuta sem torna, quando for efetivamente realizado o investimento (por exemplo, por venda a terceiros ou se extinto por incorporação) que, aí sim, se tornaria capaz de ensejar a realização da renda.

A outra Declaração de voto, elaborada pela Conselheira Livia de Carli Germano, sustenta que na verdade, o que levou a Recorrente a contabilizar o ativo recebido em permuta por valor superior ao bem que ela entregou, não foi uma diferença de preço, nem mesmo uma decorrência imediata da operação de permuta. Tratou-se de uma consequência apenas mediata do negócio realizado, constante de norma contábil-societária, qual seja, a obrigação de avaliar seus ativos pelo método de equivalência patrimonial (MEP) prevista no artigo 248 da Lei 6.404/1976.

E, vale lembrar, os resultados de equivalência patrimonial são neutros para fins de IRPJ e CSLL, eis que, se positivos, não são tributáveis e, se negativos, não são dedutíveis, devendo neste último caso ser

adicionados à apuração da base de cálculo de tais tributos (arts. 225 e 389 do RIR/1999). Isso porque, nesta seara, como não poderia deixar de ser, prevalece o princípio da efetiva realização da renda para fins de tributação.

Em resumo: a permuta não gerou um acréscimo patrimonial à Recorrente, o que gerou tal acréscimo patrimonial foi a contabilização do investimento pelo método (obrigatório) de equivalência patrimonial, que não tem efeitos tributários por expressa previsão legal.

O segundo caso, julgado cerca de um mês depois, pela 3ª Câmara do CARF, consiste na operação realizada entre os Bancos Itaú e Unibanco. Essa decisão faz menção expressa à incorporação de ações e também conclui que a diferença entre o valor das ações incorporadas ao capital de outra sociedade e o montante representativo das novas ações recebidas, configura ganho de capital tributável pelo IRPJ e pela CSLL:

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. DESCONSIDERAÇÃO PARA FINS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. É lícito à autoridade fiscal desconsiderar, para fins estritamente tributários e a partir da constatação e comprovação dos fatos efetivamente ocorridos, ato de natureza meramente formal, praticado única e exclusivamente com a intenção de evitar a incidência das exações devidas por meio da alteração da sujeição passiva da obrigação tributária principal. INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. PROCEDÊNCIA. Sujeita-se à incidência do IRPJ e da CSLL, a título de ganho de capital, a diferença entre o valor das ações incorporadas ao capital de outra sociedade e o montante representativo das novas ações recebidas em virtude de tal incorporação. Irrelevantes, no caso, a ausência de fluxo financeiro e de manifestação de vontade do titular das ações alienadas. (...)

(Acórdão 1301-002.010 de 15/05/2016. 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária) (Destacou-se).

A particularidade deste caso reside no fato de que a discussão não teve como cerne a natureza jurídica da incorporação de ações e se ocorreu de fato realização ou não de renda pelo ITAÚ UNIBANCO S/A, mas sim que a incorporação das ações do GRUPO UNIBANCO pelo BANCO ITAÚ teria sido realizada tão somente em âmbito formal, isto é, desprovida de substância econômica, objetivando apenas a obtenção de uma economia tributária, e por essa razão poderia ser desconsiderada para fins fiscais.

Relativamente às considerações acerca da ocorrência, ou não, de ganho de capital na incorporação de ações, prevaleceu o entendimento de que a incorporação de ações se caracteriza como alienação, sujeita, portanto, no caso de acréscimo patrimonial, à incidência do IRPJ e da CSLL. Nesse diapasão, o ato jurídico incorporação de ações encerraria uma das espécies do gênero alienação que pode gerar ganho ou perda de capital para o alienante porque se materializa a transmissão onerosa da propriedade de ativos, sempre passível de avaliação em termos de moeda corrente.

Merece destaque a seguinte passagem que demonstra o posicionamento adotado na Declaração de Voto que integra o ato decisório recorrido e que foi reproduzido no voto do Relator:

O ganho advindo da mais valia decorrente da diferença entre o valor patrimonial das ações e o valor de emissão das ações da Itaú Holding representa acréscimo patrimonial, e pode, portanto, ser alcançado pelos tributos incidentes sobre a renda e o lucro. **O ajuste ao valor de mercado representa acréscimo patrimonial, independentemente de sua realização em dinheiro.** É perfeitamente possível que a contraprestação de qualquer negócio jurídico seja feita em bens, não sendo necessário para a ocorrência do fato gerador que a renda seja auferida em pecúnia. A mais valia surge no momento em que se decide apropriar contabilmente o valor econômico do conglomerado Unibanco no patrimônio do Banco Itaú. (Destacou-se).

Vê-se, pois, que o CARF concluiu que a mais valia reconhecida contabilmente quando da substituição de ações da incorporada por ações da incorporadora ensejaria acréscimo patrimonial para o acionista. Como analisado em tópicos anteriores, e também com base na legislação atual, é possível sustentar o

diferimento da tributação do ganho decorrente do ajuste a valor justo (valor de mercado) seja com base no art. 13 da Lei nº 12.973/2014, caso se entenda que a incorporação de ações configura permuta, seja com base no art. 17 da mesma Lei, caso se entenda que o instituto configura subscrição de capital.

O próximo caso, julgado em agosto de 2016 pela 2ª Câmara do CARF, reflete o entendimento que até então parecia estar pacificado no órgão, no sentido de que a incorporação de ações configura alienação e atrai a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física. Curiosamente este caso foi julgado após a decisão da Câmara Superior que foi favorável ao contribuinte e que será apresentado na sequência. Vejamos:

INCORPORAÇÃO DE AÇÕES. OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE EFEITOS TRIBUTÁRIOS.

A operação de incorporação é uma sub-rogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa. (...) Tal operação, ao gerar benefício para o contribuinte por qualquer forma, atrai a incidência do imposto sobre a renda da pessoa física, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/88.

GANHO DE CAPITAL. APURAÇÃO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO. A apuração do custo de aquisição no caso de distribuição de ações decorrentes de aumento do capital deve ser igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado correspondente ao acionista.

ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO Nº 1.510/76. INEXISTÊNCIA DE

DIREITO ADQUIRIDO. A revogação do Decreto nº 1.510/76 pela Lei nº 7.713/88 extinguiu o direito a isenção prevista na norma revogada a partir de 01/01/89. (...)

(Acórdão 2201-003.254 de 05/08/2016. 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária) (Destacou-se).

Apesar de tratar do ganho de capital de pessoa física, o caso tem como pano de fundo a incorporação das ações da HFF Participações S/A pela BRF Brasil Foods S/A. Afirma a fiscalização que a incorporação da totalidade das ações da HFF Participações S/A pela BRF Brasil Foods S/A (reorganização societária) foi prevista no Acordo de Associação firmado em 19/05/2009 entre a Perdigão S/A (anterior denominação social da BRF Brasil Foods S/A, vigente até 07/07/2009), a Sadia S/A e a HFF Participações S/A. O Acordo frisou que o propósito da operação de reorganização societária (a incorporação das ações da HFF pela BRF) era a iminente associação entre as sociedades Perdigão S/A e Sadia S/A, sendo, assim, uma das etapas da futura junção.

A Decisão nesse caso se deu por maioria de votos, tendo sido vencida a Conselheira Relatora Ana Cecília Lustosa da Cruz, que observou que a reorganização societária ocorrida não implicou em alienação de ações, mas sim em mera substituição de ações, pois não se vislumbra, no presente caso, a transferência, por ato de alienação, de bens de pessoa física para uma pessoa jurídica.

Valendo-se da citação de Ricardo Mariz de Oliveira, para definir o conceito de incorporação de ações, bem como da doutrina de Alberto Xavier, a Relatora advoga que o que se “verifica, na operação narrada, é uma sub-rogação, no patrimônio da acionista, das ações de uma empresa pelas ações de outra empresa (ações da HFF pelas ações da BRT), não havendo que se falar em ganho de capital, pois não há disponibilidade efetiva da renda, que pode acontecer, caso a contribuinte efetue a alienação da participação societária” (Destacou-se).

Destaca ainda que a atribuição de valor às ações é requisito do ato, conforme dispõe a Lei das S/A, inexistindo fixação de preço das ações, mas sim avaliação para fins societários específicos. Nota-se, pois, que a utilização do valor de mercado das ações para a prática da incorporação é o detalhe que vem gerando reação das autoridades fiscais no sentido da ocorrência de ganho tributável na pessoa dos sócios. Contudo, a rigor, nada se modifica para os sócios da sociedade cujas ações estão sendo incorporadas, havendo apenas substituição de suas ações pelas ações da incorporadora.

Destarte, apesar de a incorporação de ações possuir pontos em comuns com outros institutos (alienação, permuta, subscrição, etc.), nem por isso devem ser aplicadas as disposições a eles pertinentes, sob pena de inobservância dos termos do § 2º do art. 108 do CTN, decorrência lógica do princípio da legalidade tributária (art. 150, I). Nesse contexto, diante da inexistência de fundamento legal que autorize a exigência do Imposto de Renda Pessoa Física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço, concluiu a Relatora pelo cancelamento da exigência.

Em sentido contrário, o voto vencedor do Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira (Redator Designado) reconhece que há efetiva substituição de bens no patrimônio do acionista, mas que por expressa disposição do § 4º do artigo 3º da Lei nº 7.713/1988, tal substituição de bem, que cause *'benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título'* atrai a incidência do imposto sobre a renda.

O voto vencedor rechaça a tese de ausência de ganho de capital, por não ocorrência de disponibilidade efetiva de renda e defende que o “texto legal é claro em asseverar que há incidência independentemente da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando que exista o benefício do contribuinte por qualquer forma, o que se observou no caso concreto pela variação patrimonial positiva constatada pelo Fisco”.

Este próximo caso emblemático, também julgado em 2016, foi amplamente noticiado e chamou a atenção porque representou uma mudança de entendimento do CARF, visto que após diversas manifestações desfavoráveis aos contribuintes, a 2ª Turma da CSRF decidiu desta vez de forma favorável. Veja-se:

IRPF – OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL. A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio) e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Neste caso, se dá a substituição no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. (...)

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual. Ademais, nos termos do artigo 38, § único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada. Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, nem tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso especial negado.

(Acórdão 9202-003.579 de 01/06/2015. CSRF/2ª Turma) (Destacou-se).

A 2ª Turma da CSRF proferiu decisão, por maioria, no sentido de que a incorporação de ações seria uma mera troca de participações acionárias, semelhante a uma operação de permuta. Só deveria haver a tributação do ganho quando o sócio vender ações ou quotas.

É de se observar, ainda, a interpretação dada no Voto Vencido ao termo “incorporação de ações”, como sendo, na sua essência, uma modalidade de alienação, materializada pela transferência de ações, dos sócios daquela que passará a ser subsidiária integral, para a empresa incorporadora, a título de subscrição de capital não com dinheiro, mas sim com bens. Assim, ocorrendo alienação, a qualquer título, independentemente da denominação que seja atribuída à operação, é cabível a incidência do Imposto de Renda, no caso de eventual ganho.

Em sentido diametralmente oposto, o Voto Vencedor afirma que a incorporação de ações não se equipara à alienação de bens, posto que alienar tem como acepção de base a transferência de algo a outrem,

ao passo que na incorporação de ações ocorre troca, permuta ou, como enuncia a Lei das S/A, substituição de ações. Esta transação, em suas palavras, “não se dá entre os acionistas da incorporada e a sociedade incorporadora, mas sim entre as duas companhias”. Os acionistas da incorporada deliberam sobre a formalização da operação, mas não se exige votação unânime. O sócio que tenha recusado a incorporação, caso não exerça o seu direito de retirada, sofrerá os efeitos da operação societária, passando a ser considerado acionista da incorporadora, de quem receberá novas ações, em substituição àquelas que possuía, cabendo-lhe efetuar as alterações necessárias em sua declaração de bens. E por fim conclui o seguinte:

Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda. (Destacou-se).

A eventual mais valia ou diferença positiva decorrente do recebimento de ações em substituição às quais o acionista detinha em virtude de incorporação de ações, não configura acréscimo patrimonial, visto que, naquele momento, ainda não ocorreu a realização da renda, o que somente irá se perfazer em momento seguinte, quando houver alienação ou extinção do investimento.

Os dois julgados analisados a seguir foram proferidos pelos Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Regiões em 2015 e 2016, sendo que ambos se referem a contribuintes pessoas físicas e foram julgados de forma favorável.

O primeiro deles, que envolve a Sra. Neiry Galvão da Silva e havia sido julgado desfavorável pela CSRF em 2010, foi ementado da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO. SOCIETÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. SUBSTITUIÇÃO DE AÇÕES NA CONVERSÃO EM SUBSIDIÁRIA INTEGRAL. GANHO DE CAPITAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DE VALORES. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA DE SE CONSIDERAR A HIPÓTESE COMO ALIENAÇÃO. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. DECISÃO POR MAIORIA.

1. Há uma diferença de natureza entre a incorporação de sociedades e a incorporação de ações. No caso da primeira, há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, inclusive de seus direitos e obrigações, que deixa de existir. No caso da incorporação de ações, a empresa incorporada não deixa de existir, havendo a transferência apenas das ações para a incorporadora. No caso da conversão da empresa em subsidiária integral, a incorporadora passa a ser sua única sócia.

2. No caso dos autos, a parte autora detinha 92% das ações da empresa incorporada, transferidas à incorporadora, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da incorporada a mesma proporção de ações que estes detinham antes. Na prática, as ações da parte autora sub-rogaram-se nas novas ações, tendo sido mantido, na sua declaração de bens, o valor de custo das ações e não o valor da avaliação mercadológica, esta imposta pela Lei das Sociedades Anônimas. (Lei . 6.404/76)

3. Hipótese em que a mais valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição, determinada pelo art. 252 e §§ da Lei das Sociedades Anônimas, não está sujeita à incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física, mormente se a pessoa física manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações.

4. No caso, da análise da situação fática, da doutrina e da parca jurisprudência administrativa e judicial a respeito, pode-se chegar as seguintes conclusões:

“(a) a conversão em subsidiária integral foi tida pelo Fisco como legítima, não se caracterizando como abuso de direito ou ato fraudulento, embora não se possa ser ingênuo, do ponto de vista

tributário, e desconsiderar que se tratou de uma ação de planejamento fiscal; porém, legítima, tanto que não foi aplicada a multa de 150%, prevista para as situações fraudulentas; considerou-se, em relação à pessoa física, ter ocorrido apenas omissão do ganho de capital na declaração de ajuste;

(b) a avaliação das ações da empresa para a obtenção do valor de mercado é decorrência de uma imposição legal (art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76);

(c) o contribuinte pessoa física autuado manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, não considerando a mais valia decorrente da avaliação que, frise-se, decorre de imposição legal;

(d) a incorporação de ações, no caso, mesmo que se considere uma alienação, não implicou em recebimento de valores em dinheiro, tendo ocorrido, segundo a doutrina que aderiu a maioria do colegiado, mera substituição de ações, sendo o aumento de capital daí decorrente apenas meio e não fim;

(e) a substituição de ações, portanto, não gera ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações. Não se aplica, por conseguinte, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei n. 7.713/88, nem tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal;

(f) a tributação pelo imposto de renda pessoa física, na hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do imposto de renda da pessoa física.

5. Análise da situação sob a perspectiva da pessoa física. (...)

7. Sentença de procedência mantida, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais, por maioria, e, nessa linha, afastada a autuação fiscal.

Apelação nº 5052793-42.2011.4.04.7000/PR TRF4. Acórdão publicado em 11/10/2015. (Destacou-se).

Como é de costume nesse tipo de atuação, o Fisco argumentou que a operação resultou numa alienação das ações da controlada detidas pelos minoritários, com recebimento do preço em novas ações de emissão da empresa controladora, alienação essa sujeita à apuração de ganho de capital pelos acionistas minoritários e com conseqüente incidência do imposto de renda.

Todavia, a nosso ver, acertadamente, por maioria, vencida a relatora, Juíza Carla Evelise Justino Hendgels, nos termos do relatório e do voto vencedor, lançado pelo Desembargador Otávio Roberto Pamplona, o acórdão equipara para fins fiscais a operação de incorporação de ações a uma permuta sem torna. Assim, concluiu o Relator que, admitir a incidência do imposto de renda nesta hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do IRPF. Confirma-se o seguinte trecho:

Isso porque, como exaustivamente posto na fundamentação, a incorporação de ações para a criação da subsidiária integral não se confunde com a integralização de capital. Ademais, o artigo 23, acima transcrito, prevê uma faculdade à pessoa física para optar em fazer ou não a reavaliação mercadológica das ações e, caso queira, altere os valores na sua declaração enquanto pessoa física.

O que há, para usar a expressão de Alcides Jorge Costa, é a existência de renda virtual, exatamente no sentido de que se trata de renda ainda pendente, embora esperada e de possível efetivação, calcado seu entendimento no princípio da realização da renda (*apud* Ricardo Mariz de Oliveira, op. cit., pp. 99/100), bem trabalhado por Bulhões Pedreira na obra "Imposto sobre a renda: pessoas

jurídicas", exaustivamente citado por Mariz de Oliveira (op. cit., p. 117) e por Schoueri (op. cit, p. 62), este, porém, interpretando diferentemente a questão.

Na verdade, admitir-se a tributação como consta do ato fiscal implicaria em tributação sobre o patrimônio e não tributação sobre a renda. (Destacou-se).

No acórdão seguinte, ao analisar caso de permuta de ações, o TRF3 concluiu que não houve disponibilidade financeira, econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial, de forma que não há que se falar em apuração de ganho de capital tributável para o acionista, pessoa física, que permutou parte de suas cotas por ações de outra empresa:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ALIENAÇÃO DE AÇÕES. GANHO DE CAPITAL. IMPOSTO DE RENDA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ARTIGO 138 DO CTN. CABIMENTO ANTES DO LANÇAMENTO. PERMUTA SEM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE DISPONIBILIDADE DE RENDIMENTO OU PROVENTO.

1. Caso em que o impetrante alienou parte de sua posição acionária à empresa Mastoclínica Participações Ltda, percebendo ganho de capital, e permutou o restante de suas cotas por papeis da empresa Alliar S.A. (a própria adquirente dos ativos mobiliários permutados), requerendo segurança para afastar a incidência de multa de mora pelo recolhimento a destempo de imposto de renda sobre a operação em que percebido ganho de capital sob a alegação de ocorrência de denúncia espontânea e, para o reconhecimento de inexistência de rendimento tributável em operação de permuta de ações.

2. Recolhido o tributo concernente ao ganho de capital percebido, ainda que a destempo, mas antecipadamente à declaração de ajuste anual (é dizer, ao lançamento tributário), é de se ter por ocorrida denúncia espontânea, afastando-se a multa moratória, conforme consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

3. Não há que se falar ter havido ganho de capital pelo impetrante na permuta de ações, na medida em que não houve disponibilidade financeira, econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial a título de renda ou provento de qualquer natureza (artigo 43 do CTN), fenômeno que está condicionado, no caso, à realização do valor dos papeis, que estão sujeitos, inclusive, a eventual desvalorização. ...

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

(Apelação/Remessa Necessária nº 01044821.2015.4.03.6100/SP TRF3. Publicado em 27/06/2016)
(Destacou-se).

Nesse caso, decidiu a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, que a respeito da permuta de ações, não há ganho de capital na medida em que não houve disponibilidade financeira, econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial a título de renda ou provento de qualquer natureza (artigo 43 do CTN), fenômeno que está condicionado, na espécie, à realização do valor dos papeis, que estão sujeitos, inclusive, a eventual desvalorização. Ou seja, o potencial ganho fica “cristalizado” na expressão da jurisprudência europeia e quando e no montante realizado seria tributado.

6. CONCLUSÃO

A incorporação de ações não se configura alienação *stricto sensu* e não há disponibilidade jurídica imediata do eventual ganho apurado, que ficaria cristalizado para futura tributação quando de sua realização. Ainda que houvesse dúvida sobre a tecnicidade da conceituação jurídica como alienação, pela falta do requisito da realização da renda, reconhecida inclusive por legislação posterior, a exigência do

imposto naquele momento não seria possível juridicamente. Como demonstra o direito positivo brasileiro e o direito comparado, o conceito de realização da renda é reconhecido como um conceito necessário do ponto de vista econômico e jurídico para evitar a descapitalização dos contribuintes e preservar a sua capacidade contributiva. Para se desviar destes objetivos, a lei ordinária do imposto deveria ter outros objetivos que se sobrepusessem, sendo a mera arrecadação e facilidade de fiscalização insuficientes. Por outro lado, comportamento abusivo do contribuinte poderia esvaziar de conteúdo o evento realização que poderia ser usado artificialmente para afastar a incidência do imposto. Nestes casos, deve ser eliminado ou desconsiderado o abuso praticado e não por lei se revogar o requisito da realização. O conceito de alienação para efeito fiscal deve estar informado também pelo requisito da realização, a não ser que haja outras razões imperativas que se sobreponham aos seus objetivos.

A incorporação de ações não se equipara à alienação de bens. Ocorre troca, permuta ou, substituição de ações (Lei das S/A). Trocam-se, portanto, títulos por outros títulos. O fato de as novas ações serem eventualmente superiores ao valor contabilizado (ou valor de custo), não permite dizer que houve acréscimo patrimonial, visto que não há qualquer disponibilidade efetiva de renda. Esta somente se verificará quando o contribuinte efetuar a alienação da participação societária, recebendo, em contrapartida, o preço. O ganho de capital, portanto, depende da realização da renda.

No caso de contribuinte pessoa jurídica, existem regras que claramente incorporam o princípio da não realização, que é a antiga figura da reavaliação, atualmente o chamado ajuste a valor justo (AVJ). Reflete-se contabilmente a valorização econômica, mas ela não deve ser tributada enquanto não for realizada.

No caso de permuta entre pessoas jurídicas, ainda se deve aguardar qual será a interpretação dada pelos Tribunais e pelo CARF após o advento da Lei nº 12.973/2014 que passou expressamente a permitir a tributação do ganho decorrente da avaliação de ativo apenas no momento de sua realização. Ora, se a mesma lei dispõe que o ganho de capital eventualmente apurado nas operações mencionadas somente seria tributado na sua alienação ou futura realização, lógico reconhecer pelos princípios econômicos e jurídicos da neutralidade e da não contradição que os ganhos apurados ou cristalizados nas mesmas operações não representam jurídica e economicamente realização.

De fato, como o ajuste a valor justo (AVJ) tem por objetivo capturar um ganho potencial do bem para fins de evidenciação contábil, não se pode considerá-lo como renda realizada. Trata-se de mera aproximação do custo que se poderia perceber numa transação com terceiros.¹³ A recente positividade dessa regra de diferimento corrobora a correção do entendimento de boa parte da jurisprudência e doutrina que defende a inexistência de ganho de capital no momento da permuta.

Portanto, o acréscimo decorrente da permuta só poderia ser considerado incorporado ao patrimônio da pessoa jurídica como tributável em momento futuro, quando ocorrer a efetiva realização do ativo e a consequente aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda prevista no art. 43 do Código Tributário Nacional e os princípios que informam a própria legislação ordinária do imposto de renda, conforme exposto ao longo do presente estudo.

¹³ Lei nº 6.404/1976:

Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

(...)

§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se valor justo: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) das matérias-primas e dos bens em almoxarifado, o preço pelo qual possam ser repostos, mediante compra no mercado;
b) dos bens ou direitos destinados à venda, o preço líquido de realização mediante venda no mercado, deduzidos os impostos e demais despesas necessárias para a venda, e a margem de lucro;
c) **dos investimentos, o valor líquido pelo qual possam ser alienados a terceiros. (...)**”

7. REFERÊNCIAS

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de renda das empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos de; SCHOUERI, Luís Eduardo. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. In: *Revista dialética de direito tributário*. n. 200, maio 2012.
- AULT, Hugh J.; ARNOLD, Brian J. *Comparative income taxation: a structural analysis*. [S.l.]: Kluwer Law International, 2010.
- AVI-YONAH, S. Reuven. Pessoas jurídicas, sociedade e o estado: uma defesa do imposto das pessoas jurídicas. COSTA, Alcides Jorge; SCHOUERI, Luís Eduardo; BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. (Coord.) *Revista de direito tributário atual*. São Paulo: IBDT; Dialética, 2007.
- AVI-YONAH, REUVEN S., SARTORI, NICOLA; MARIAN, OMRI. *Global perspectives on income taxation law*. [S.l.]: Oxford University Press, 2011.
- CANTO, Gilberto de Ulhôa. A aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.). *Estudos sobre o imposto de renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2009. t. 2. v. 4.
- COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). *Imposto de renda: conceitos, princípios, comentários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- CLARK, Charles E. Eisener v. Macomber and some income tax problems. *Yale Law Journal*. v. 29, n. 735, 1920.
- EIZIRIK, Nelson. Incorporação de ações: aspectos polêmicos. In: WARDE JR., Walfrido Jorge (Org.). *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- IUDÍCIBUS, Sergio et al. *Manual de contabilidade societária*. São Paulo: Atlas, 2010.
- LEMKE, Gisele. *Imposto de Renda: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. *Incorporação de ações no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979.
- XAVIER, Alberto. Incorporação de ações: natureza jurídica e regime tributário. In: Rodrigo Monteiro de Castro; Leandro Santos de Aragão (Coords.). *Sociedade anônima: 30 Anos da Lei 6.404/76*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.



A AMORTIZAÇÃO FISCAL DO ÁGIO À LUZ DA DOCTRINA DA SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

André Mendes Moreira*
Eduardo Campos**

Resumo: O presente capítulo busca analisar, de forma crítica, o problema da amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica, visando estabelecer uma direção interpretativa e reflexiva sobre as consequências da utilização deste conceito no exame dos casos que envolvem o chamado “ágio interno”. Foi possível concluir que o critério da substância econômica, em suas vertentes objetiva (substância sobre a forma) e subjetiva (propósito negocial), pode ser utilizado como forma de interpretação da lei, mas não como teste geral antielisão, não decorrendo de sua utilização a descaracterização de todo tipo de operação envolvendo as chamadas “empresas-veículo” para fins de aproveitamento fiscal do ágio.

Abstract: *This chapter seeks to critically analyse the problem of tax amortization of goodwill in the light of the economic substance doctrine to establish an interpretative and reflective direction on the consequences of using this concept in the examination of cases involving the so-called "internal goodwill". It was concluded that the criterion of economic substance, in its objective aspects (substance over form) and subjective (business purpose), can be used to interpret the law, but not as a general anti-avoidance test, not deriving from its use the mischaracterization of all kinds of operation involving an intermediary company for the purpose of tax deduction of goodwill amortization.*

* Professor adjunto de Direito Tributário na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Tributário pela UFMG e advogado.

** Doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e advogado.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. O ÁGIO EM SEU SENTIDO JURÍDICO E EM SEU SENTIDO CONTÁBIL**
- 3. A (IN)VALIDADE DO “ÁGIO INTERNO” E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA**
- 4. CONCLUSÕES**
- 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

O problema da amortização fiscal do ágio adquiriu, no Brasil, relevo de proporções bastante significativas. Autuações cobrando vultosos créditos tributários chegaram ao CARF nos últimos anos com grande destaque e o mesmo já ocorre no Poder Judiciário.

Os problemas se devem, em grande parte, a interpretações conflitantes entre contribuintes e Fisco acerca dos arts. 7º e 8º da Lei nº 9.532/1997, combinados com o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977. Diversas operações realizadas com base nesses dispositivos, com seus respectivos efeitos fiscais, foram questionadas pelo Fisco, que tem lavrado autos de infração pautados na acusação de que os contribuintes se valeram da legislação em questão para realizar operações completamente desprovidas de substância econômica, aproveitando-se dos seus efeitos tributários de forma imprópria. Já os contribuintes sustentam que o Fisco tem feito exigências extralegais em relação ao ágio e que suas operações se subsomem perfeitamente ao disposto na lei. Muitas operações envolveram a constituição de empresas que agiram como intermediárias (empresas-veículo) nessas transações, seja na própria geração ou na transferência do ágio objeto da amortização.

O contencioso instaurado não foi apaziguado com o advento da Lei nº 12.973/2014, que dispôs de forma mais detalhada sobre a apuração e a amortização do *goodwill* para fins fiscais. Isso porque, além de possuir uma *vacatio legis* que impede sua aplicação para as aquisições de participações societárias feitas antes de 31 de dezembro de 2014¹, o Fisco vem argumentando que a lei traz disposições meramente interpretativas – e, portanto, retroativas – sobre uma das questões importantes relacionadas à problemática do ágio, a ser tratada mais adiante: o problema do chamado “ágio interno”.

No CARF, muitos julgamentos têm utilizado o critério da “substância econômica” como forma de distinguir os ágios gerados lícita ou ilícitamente, principalmente nos casos envolvendo empresas-veículo. O objetivo deste artigo é analisar criticamente a forma como isso tem sido feito, principalmente diante da independência conceitual-normativa entre o ágio em seu tratamento contábil e o ágio em sua concepção jurídica, sendo necessário esclarecer as diferenças existentes entre o ágio jurídico e o ágio contábil.

2. O ÁGIO EM SEU SENTIDO JURÍDICO E EM SEU SENTIDO CONTÁBIL

O conceito de ágio designa, de maneira geral, a diferença entre o valor de aquisição de um bem e o seu valor nominal previamente determinado. Seu uso histórico é muito variado, designando desde a diferença entre o valor das moedas feudais e o metal de sua constituição (C.f. SANDRONI, 1999), passando pelos juros que eram cobrados por mercadores sobre as letras de câmbio medievais (C.f. MARTINS e IUDÍCIBUS In: MOSQUERA e LOPES, 2013) até o valor pago além do preço mínimo fixado em leilões. No Brasil, o termo ganhou notoriedade na década de 1980, em razão do Plano Cruzado, quando adotou-se a política de tabelamento de preços, sendo comum a venda de produtos com “ágio” no “mercado paralelo”.

Contudo, no Direito Tributário, o conceito só ganhou relevo a partir da entrada em vigor da Lei nº 6.404/1976 e do Decreto-lei nº 1.598/1977². Isso porque o art. 183 da referida lei ordena a avaliação dos investimentos em participação no capital social de outras sociedades pelo valor de custo, excetuando, contudo, os investimentos relevantes em sociedades controladas e coligadas, que deveriam, de acordo com o art. 248, ser avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial – MEP. Ocorre que a lei não

¹ Ademais, as operações de incorporação, fusão e cisão devem ocorrer até 31 de dezembro de 2017, nos termos do art. 65 da Lei nº 12.973/2014.

² Antes, o termo “deságio” é que aparecia na legislação do imposto sobre a renda com maior destaque. A Lei nº 4.506/1964 previa a não equiparação a juros, para efeito de tributação, do deságio concedido por pessoa jurídica na venda ou colocação de debêntures, letras de câmbio ou outros títulos de crédito, para os exercícios de 1965 e 1966.

determinou a forma de contabilização do valor excedente ao de patrimônio líquido quando o custo de aquisição da participação societária fosse superior. Conforme explica SCHOUERI (2012), isso não representaria exatamente um problema, já que, no silêncio da lei, caberia à ciência contábil determinar qual seria a forma de contabilização desse “excedente”, refletindo no resultado do exercício e influenciando, por essa via, a tributação. No entanto, para fins de controle fiscal, o legislador do Decreto-lei nº 1.598/77 optou por suprir a lacuna ao determinar que, nos casos em que o contribuinte avaliasse investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor do patrimônio líquido – isto é, na forma do art. 248 da Lei nº 6.404/76 –, deveria ele desdobrar o custo de aquisição em duas classificações, a serem registradas em subcontas distintas: o *valor de patrimônio líquido*, *i.e.*, o valor decorrente da avaliação da participação societária conforme o MEP, e o *ágio ou deságio*, que seria a diferença a maior ou a menor, respectivamente, entre o custo de aquisição e aquele valor.

Ressalte-se que o referido desdobramento do custo de aquisição não era opcional, constituindo uma verdadeira obrigação acessória do contribuinte. Além disso, o Decreto-lei nº 1.598/77 também determinou que o registro do ágio ou deságio indicasse o seu fundamento econômico, dentre três opções taxativamente elencadas na lei: a) o valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) o valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; e c) o fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. Contudo, limitou essa justificativa econômica a três opções distintas. Acreditamos, ainda, que essas opções eram alternativas, concorrentes e não cumulativas e complementares. Isso porque, o legislador utilizou a expressão a seguir destacada:

§ 2º – O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, **dentre os seguintes, seu fundamento econômico:**

- a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade;
- b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros;
- c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

O uso da expressão “dentre os seguintes”, no plural, e “seu fundamento econômico”, no singular, só pode indicar que o excedente pago sobre o valor de patrimônio líquido pode ter apenas uma justificativa econômica dentre as três opções possíveis enumeradas pela lei. A eleição de um único fundamento econômico acabou por dificultar a mensuração do ágio para fins contábeis, pois muitas vezes o preço pago acima do patrimônio líquido era justificado por mais de uma razão, o que levou os cientistas contábeis a defenderem, muitas vezes, que estes fundamentos poderiam ser cumulativos (C.f. MARTINS, In: MOSQUERA e LOPES, 2012, pp. 58-59). No entanto, a própria Receita Federal, por meio da Solução de Consulta COSIT nº 03/2016 afirmou que “a legislação não determina uma ordem a ser seguida, mas a interpretação literal do texto legal permite concluir que esses três fundamentos não são sobrepostos entre si, ao contrário, são excludentes entre si”.

Sendo assim, para fins jurídicos, após a edição do Decreto nº 1.598/77 o ágio passou a designar a diferença financeira entre o valor de aquisição da participação societária e o seu valor de equivalência patrimonial, diferença essa fundamentada no valor de mercado de bens do ativo superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade, no valor de rentabilidade futura ou no fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas.

Portanto, ao assim agir, o legislador fez a opção por adotar um conceito jurídico de ágio distinto do seu sentido na contabilidade. É fato, contudo, que, no contexto de consolidação da contabilidade pátria,

as normas de caráter fiscal exerceram enorme influência sobre a elaboração dos balanços contábeis³, motivo pelo qual a própria instrução CVM nº 01/1978 conceituou o ágio ou deságio como “[...] diferença para mais ou para menos, respectivamente, entre o custo de aquisição do investimento e a equivalência patrimonial”⁴.

No entanto, conforme lecionam MARTINS e IUDÍCIBUS (In: MOSQUERA e LOPES, 2011, p. 78), a teoria contábil conceituava historicamente o ágio como apenas o *goodwill*, isto é, a diferença positiva entre o preço dos ativos da empresa, isoladamente considerados, e o valor de mercado da companhia, como entidade única em operação. Sendo o Fisco o principal usuário da informação contábil até recentemente, a contabilidade regulamentada acabou por distanciar-se da teoria contábil, aproximando-se do conceito jurídico de ágio e incorporando a ele os outros fundamentos econômicos previstos na legislação tributária. Isso não significa, contudo, que o Direito se tornou dependente dos critérios contábeis de reconhecimento do ágio, mas sim, de certo modo, o contrário.

Tal cenário só viria a ter fim com a edição da Lei nº 11.638/07, que estabeleceu a convergência dos padrões contábeis internacionais com a contabilidade brasileira. A partir daí, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis, por meio do pronunciamento de nº 15, aprovado pela CVM⁵, passou a reconhecer apenas o ágio com fundamento econômico na expectativa de rentabilidade futura, o *goodwill*, definindo-o como a diferença entre o valor pago pela aquisição do investimento e o montante líquido do *valor justo* dos ativos individualmente considerados, isto é, entre o custo de aquisição e “o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração.” (CPC nº 46). Em suma, o ágio contábil tornou-se o valor residual decorrente da diferença de valor da empresa como um todo em marcha e o preço de mercado de seus ativos se isoladamente considerados. Além disso, a partir da edição do CPC nº 15, deixou a contabilidade societária de reconhecer a possibilidade de mensuração do ágio gerado em operações intragrupos, excluindo a aplicação do pronunciamento na combinação de negócios de entidades ou negócios sob controle comum.

Tal mudança, imediatamente adotada pela contabilidade, não surtiu efeitos tributários, sendo que a convergência entre os novos conceitos jurídicos e contábeis de “ágio” só ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 627/2013 e sua subsequente conversão na Lei nº 12.973/1914. Modificando o art. 20 do Decreto-lei nº 1.598/1977, a nova legislação também passou a reconhecer somente o ágio justificado pela expectativa de rentabilidade, adotando a nomenclatura *goodwill* e definindo-o como a diferença entre o custo de aquisição e o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida. A diferença entre este valor e o valor patrimonial, por sua vez, passou a receber a denominação “mais ou menos-valia”.

³ Conforme leciona FONSECA: “A despeito da expressa previsão da separação de resultados, a realidade brasileira mostra que os dispositivos não atingiram o propósito para o qual foram concebidos. O Fisco continuou a ser o principal usuário da informação contábil e não parou de vincular a ocorrência de determinados efeitos tributários a uma escrituração determinada, ainda que contrária aos princípios de contabilidade. [...] Portanto, o cenário normativo brasileiro até a edição da Lei nº 11.638/07 era de: (i) previsão expressa de que o resultado societário devesse ser apurado de acordo apenas com normas contábeis; (ii) determinação de que os ajustes tributários fossem realizados em registros auxiliares. Na prática, dado o protagonismo da RFB enquanto usuária da informação contábil, era comum que se verificasse a existência de normas tributárias que previssem uma determinada forma de contabilização, ainda que essa determinação contrariasse os princípios contábeis. Ou seja, ajustes tributários – auxiliares por definição – sobre os registros permanentes (2014, pp. 43-44).”

E, a respeito especificamente do ágio, continua: “[...] a despeito da existência de uma definição do que seja ágio para fins contábeis, é forçoso concluir que o legislador, ao positivar o conceito, havia imposto contornos bem definidos, criando um conceito legal absolutamente autônomo. Em resumo: ágio para a contabilidade era uma coisa e para o direito tributário era outra diversa. Contudo, é inegável que essa diferença jamais havia sido tida por relevante. Na verdade, a sua irrelevância decorria de seu desconhecimento. **Dada a já discutida influência das normas tributárias sobre a contabilidade, entendia-se, inclusive para fins contábeis, que o conceito de ágio era aquele trazido pelo Decreto-lei nº 1.598/1977. Assim, o ágio contábil era o mesmo ágio previsto na legislação tributária.**” (*Ibidem*, p. 114, destacamos)

⁴ Também o Manual de Contabilidade da FIPECAFI, importante referência na área, assim o conceituava: “O conceito de ágio ou deságio, aqui, não é o da diferença entre o valor pago pelas ações e seu valor nominal, mas a diferença entre o valor pago e o valor patrimonial das ações” (IUDÍCIBUS et al., 2007, p. 170).

⁵ Deliberação CVM nº 580/2009.

É justamente a distinção entre os momentos em que o conceito de ágio sofreu mutações no Direito e na Contabilidade que acaba por fazer prova da autonomia normativa dos conceitos jurídico e contábil. Ora, é claro que se os conceitos têm trajetórias históricas distintas e sofrem modificações por razões normativas diferentes, são normativamente autônomos, não dependendo o “ágio jurídico” de critérios contábeis de reconhecimento, nem o “ágio contábil” de critérios jurídicos de mensuração. Nada impede, contudo, que dois conceitos autônomos coincidam.

Tanto é verdade que, embora bastante semelhantes, os tratamentos contábil e jurídico-fiscal do ágio continuam a guardar certas diferenças. Em primeiro lugar, ao passo que o *goodwill* na contabilidade não mais sofre amortização, sujeitando-se ao teste de recuperabilidade (CPC nº 01), a figura da amortização do ágio para fins fiscais subsiste no art. 22 da Lei nº 12.973/2014. Em segundo lugar, enquanto a contabilidade não mais admite a possibilidade de mensuração de ágio gerado em operações entre partes sob controle comum, a Lei nº 12.973/2014 não veda o “ágio interno”, mas tão somente a sua amortização. Ou seja, em tese, o ágio interno ainda é reconhecível e dedutível, mas na forma do art. 33 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que prevê seu reconhecimento como perda na hipótese de alienação ou liquidação do investimento, e não por meio da amortização prevista no art. 22 da Lei nº 12.973/2014.

Portanto, pode-se sintetizar as diferenças entre o ágio jurídico e o ágio contábil da seguinte forma:

Ágio jurídico	Ágio contábil
Figura criada pelo Decreto-lei nº 1.577/1998 para regulamentar a escrituração, para fins fiscais, da diferença entre o preço pago pela aquisição de um investimento e seu valor patrimonial registrado na forma do art. 248 da LSA.	Conceito contábil que justifica o preço a mais pago por um investimento em função da diferença entre o valor de uma companhia em marcha e a soma do valor de mercado dos ativos isoladamente considerados. A contabilidade regulamentada passou a seguir o conceito jurídico após a edição do Decreto-lei nº 1.577/1998, por meio da Instrução CVM nº 01/1978, para atender ao Fisco como principal usuário da informação, afastando-se da teoria contábil.
Sofreu alterações apenas após a entrada em vigor da MP nº 627 de 2013 / Lei nº 12.973 de 2014, passando a permitir a amortização apenas do <i>goodwill</i> , ou seja, a diferença entre o preço de aquisição e a soma do valor de patrimônio líquido com a mais-valia dos ativos contabilizados a valor justo.	Alterou-se com a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007 e com a edição do CPC nº 15, passando a designar a diferença entre o preço de aquisição e a soma dos ativos contabilizados a valor justo.
Passível de amortização para fins fiscais, na razão de 1/60, no máximo, por mês (cinco anos, no mínimo), dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.	Passível de amortização, no prazo, extensão e proporção dos resultados projetados, ou pela baixa por alienação ou perecimento do investimento, devendo os resultados projetados serem objeto de verificação anual para fins de revisão dos critérios utilizados (Instrução CVM nº 01/1978), com o prazo máximo de amortização em 10 (dez) anos (Instrução CVM nº 247/1996). Após a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007, o ágio não mais se submete à amortização, mas ao teste de recuperabilidade.
Após a Lei nº 12.973/2014, veda-se a amortização fiscal do ágio interno, mas não seu reconhecimento.	Após o ofício CVM nº 01/2000, veda-se o próprio reconhecimento do ágio interno.

Vê-se, portanto, que, embora trate-se de figuras próximas, são conceitos autônomos provenientes de disciplinas diferentes.

3. A (IN)VALIDADE DO “ÁGIO INTERNO” E A SUBSTÂNCIA ECONÔMICA

Como já adiantado, parte das controvérsias que formam a problemática tributária do ágio ganhou corpo quando o Fisco passou a atuar operações societárias entre partes dependentes que caracterizavam o que se convencionou chamar de “ágio interno”. A questão se tornou relevante a partir da edição da Lei nº 9.532/1997, por meio da qual, em seu art. 7º, regulamentou-se o registro do ágio ou deságio nas transformações societárias envolvendo absorção patrimonial de pessoa jurídica da qual se detinha participação societária. Além de regulamentar sua escrituração, o inciso III do referido dispositivo previu ainda a possibilidade de o ágio gerado quando da compra da participação societária, cujo fundamento econômico tiver sido a expectativa de rentabilidade futura, ser amortizado nos balanços

correspondentes à apuração do lucro real levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, na razão de, no máximo, um sessenta avos, para cada mês do período de apuração.

Além disso, o já revogado art. 36 da Lei nº 10.637/2002 determinou a inexistência de efeitos, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, da incorporação de capital via subscrição de ações em empresa investida por valor superior àquele registrado na contabilidade da investidora, bem como que a eventual transferência da participação societária ao patrimônio de outra pessoa jurídica mediante fusão, cisão ou incorporação não seria considerada realização deste investimento.

O problema é que, a partir daí, muitas operações foram realizadas de forma verdadeiramente escandalosas, com a constituição de empresas com integralização de capital social mediante subscrição de ações da própria investidora por valor de mercado acima do valor de patrimônio líquido, gerando ágios que seriam mais tarde aproveitados por meio da aquisição e posterior absorção patrimonial via fusão ou incorporação, pela intermediária, de outra empresa do mesmo grupo, com aproveitamento fiscal do ágio. Ou seja, algumas operações foram feitas como verdadeiras aquisições simuladas de participação societária por parte de empresas que já a detinham. Em contrapartida, o Fisco passou a autuar uma diversidade de operações que envolviam as chamadas empresas-veículo de forma indistinta, ao argumento de que o ágio gerado entre partes sob o controle comum não poderia ser aproveitado para fins fiscais porque não tinha validade contábil, uma vez desprovido de “substância econômica”. Esse argumento foi aceito em vários julgamentos no CARF⁶, mas merece ser criticamente analisado.

Em primeiro lugar, é necessário ter em conta que o critério da substância econômica de identificação de planejamentos tributários abusivos, construído na *common law* anglo-saxônica, tem, na verdade, duas vertentes. Em sua vertente objetiva, ele visa identificar transações que não trazem ao agente nenhum outro benefício financeiro a não ser a economia de tributos, privilegiando a substância (vantagem econômica do negócio excluindo a economia de tributos) sobre a forma (a estrutura jurídica da operação)⁷. Em sua vertente subjetiva, ele analisa a intenção do agente econômico ao realizar determinada operação e se confunde com o “propósito negocial” (Cf. TAYLOR, *op. cit.*, p. 80; LEDERMAN, 2010; BANKMAN, 2000).

O critério foi aplicado pela primeira vez pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 7 de janeiro de 1935 no caso *Gregory v. Helvering*⁸. Nele, uma pessoa jurídica pertencente integralmente a uma contribuinte, pessoa natural, transferiu mil ações de uma controlada para uma nova empresa, que então emitiu todas as suas ações para essa contribuinte. Dentro de poucos dias, a nova corporação foi dissolvida e liquidada por meio da distribuição das mil ações para a contribuinte que, ato contínuo, vendeu-as, auferindo lucro. A existência da empresa criada era simplesmente participar da transação, já que um benefício previsto no § 112 do *Revenue Act* previa a isenção sobre o ganho de capital na liquidação de ações **que fizessem parte de um plano de reorganização societária**. Deste modo, a contribuinte, no lugar de receber dividendos, que seriam tributados, criou uma “empresa-veículo” mediante a integralização de capital com ações de outra companhia e, em seguida, dissolveu a sociedade, estando isenta da tributação sobre o ganho de capital.

⁶ “AMORTIZAÇÃO DO ÁGIO. PROVISÃO PARA AJUSTE DO VALOR DO ÁGIO. EXCLUSÃO INDEVIDA DO LUCRO REAL. SUPOSTO ERRO NO ENQUADRAMENTO LEGAL E DESCRIÇÃO DOS FATOS. INEXISTÊNCIA. Os fatos foram adequadamente descritos no trabalho fiscal, de sorte a demonstrar que o que não é admitido pela legislação é o **registro do ágio interno sem substância econômica** e a sua repercussão nas bases de cálculo dos tributos sobre o lucro, e o enquadramento legal se encontra em consonância com os fatos descritos. A exclusão extracontábil foi apenas o meio pelo qual se materializou, no caso, a indevida repercussão tributária das amortizações do ágio inexistente, portanto, correto o lançamento ao glosá-las.” (CARF, Segunda Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo 10880.722396/2013-68, Acórdão nº 1201-001.245, Relator JOÃO OTAVIO OPPERMANN THOME, publicado em 19.02.2016); [...] Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa-veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida.’ (CARF, Primeira Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo nº 16643.000142/2010-21, Acórdão nº 1101-000.961, Relator EDELI PEREIRA BESSA, publicado em 18.03.2014) [...] Deve ser anulada contabilmente a amortização de ágio que, após transferência mediante a utilização de empresa-veículo, surge sem substância econômica no patrimônio da investida. [...]’ (CARF, Primeira Câmara, Primeira Turma Ordinária, Processo nº 10830.009519/2008-08, Acórdão nº 1101-000.968, publicado em 08.11.2013).”

⁷ LEDERMAN, Leandra. W (h)ither Economic Substance?. *Iowa Law Review*, v. 95, p. 389, 2010.

⁸ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/case.html>>. Acesso em 30 de ago. de 2016.

Em sua defesa, a contribuinte argumentou que, uma vez que todos os requisitos para fruir a isenção haviam sido cumpridos, era irrelevante se a motivação do negócio era ou não a de exclusivamente evitar a incidência do tributo. No entanto, a Suprema Corte desconsiderou os supostos efeitos tributários da operação, em argumento que merece ser transcrito:

Não se pode duvidar do direito de um contribuinte de reduzir a quantia do que seria, de outro modo, seus tributos, ou de completamente evitá-los, por meios permitidos em lei. [...] Mas a questão a ser determinada é se o que foi feito, a par do motivo tributário, foi o que o estatuto de fato pretendia. (...).

Quando a alínea 'B' fala de uma transferência de ativos de uma companhia para outra, significa uma transferência feita 'na execução de um plano de reorganização' (§ 112, 'g') de negócios societários e não a transferência de ativos de uma companhia para outra em realização de um plano que não guarda qualquer relação com o negócio ou com qualquer outro, como claramente é o caso aqui. Deixando de lado, então, a questão do motivo a respeito da tributação de modo geral, e focando no modo como o procedimento de fato ocorreu, o que encontramos? Simplesmente uma operação sem qualquer propósito comercial ou societário – um mero dispositivo que se veste na forma de uma reorganização societária como um disfarce para ocultar seu verdadeiro caráter e único propósito que foi a consumação de um plano preconcebido, não de reorganizar um negócio ou qualquer parte dele, mas transferir uma parcela das ações para o petionário. Sem dúvida, uma nova e válida corporação foi criada. Mas a corporação não foi nada mais que uma invenção com a finalidade já descrita. Ela foi trazida à existência por nenhum outro propósito; ela realizou, como era a intenção desde o princípio, nenhuma outra função.

Quando essa limitada função foi exercida, ela foi imediatamente dissolvida.

Nessas circunstâncias, os fatos falam por si mesmos e são suscetíveis de apenas uma interpretação. Todo o empreendimento, embora conduzido de acordo com os termos da subdivisão (B), foi de fato uma elaborada e desvirtuada forma de condução mascarada de uma reorganização societária e nada mais.

A regra que exclui a consideração dos motivos da elisão fiscal não é pertinente para essa situação porque a transação, sobre sua aparência, se situa fora do plano intentado pelo estatuto. Sustentar o contrário seria exaltar o artificial contra o real e depravar a previsão estatutária em questão de qualquer propósito sério⁹.

Perceba-se que, ao contrário do que possa parecer, o teste do propósito comercial nasceu não como um teste geral a ser aplicado a todo e qualquer planejamento tributário, mas por meio de uma interpretação do direito estatutário. Neste caso, a interpretação foi orientada pelo esforço de se amoldar o caso

⁹ Traduzido livremente do original: "The legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted [...]. But the question for determination is whether what was done, apart from the tax motive, was the thing which the statute intended. The reasoning of the court below in justification of a negative answer leaves little to be said.

When subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made "in pursuance of a plan of reorganization" [§ 112(g)] of corporate business, and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose -- a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. No doubt, a new and valid corporation was created. But that corporation was nothing more than a contrivance to the end last described. It was brought into existence for no other purpose; it performed, as it was intended from the beginning it should perform, no other function.

When that limited function had been exercised, it immediately was put to death. In these circumstances, the facts speak for themselves, and are susceptible of but one interpretation. The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction, upon its face, lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose."

concreto ao propósito da criação do benefício que, segundo o estatuto que instituiu a exoneração tributária, só seria aplicável no contexto de um plano de reorganização de negócios. Ausente o propósito da lei (e não do agente, como mais tarde viria a se consolidar no *common law*), a isenção seria indevida. A mudança do critério da substância econômica subjetiva ou propósito negocial de um método de interpretação de uma disposição estatutária para um teste de validação de qualquer negócio jurídico envolvendo economia de tributos sofre diversas críticas na literatura anglo-saxônica, como a não homogeneidade e previsibilidade da sua aplicação a casos concretos (PIETRUSZKIEWICZ, 2009), sua vulnerabilidade frente à contrainteligência fiscal dos contribuintes (BANKMAN, 2000) e ao deslocamento da competência do Legislativo para o Judiciário ou a IRS em fechar os *loopholes* que permitem esses planejamentos (GLASSMAN, 2006).

Mas talvez as críticas mais pertinentes ao caso ora em estudo sejam a dificuldade de sua aplicação e o fato de que a substância econômica funciona melhor como um critério de interpretação da lei e não como um teste antielisivo geral (BANKMAN, 2000). Como uma norma geral antielisiva, em sua vertente objetiva (substância sobre a forma), surge a dificuldade de mensurar os efeitos econômicos do negócio jurídico em um sentido propriamente jurídico, em especial em casos como o do ágio, em que o instituto difere e não pode ser confundido com o seu paralelo contábil.

Como visto, a validade contábil não pode ser invocada como critério de verificação da validade da amortização do ágio para fins fiscais porque os critérios jurídico e contábil são autônomos e não podem ser subordinados uns aos outros. De fato, embora a contabilidade regulamentada só tenha reconhecido a impossibilidade de reconhecimento do chamado ágio “interno” com a edição do CPC nº 15, os questionamentos teórico-contábeis do reconhecimento do ágio em operações internas o precedem. Uma das provas disso seria a edição do OFÍCIO-CIRCULAR/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, no qual deixou expresso o seguinte:

Em nosso entendimento, ainda que essas operações atendam integralmente aos requisitos societários, do ponto de vista econômico-contábil, é preciso esclarecer que o ágio surge, **única e exclusivamente**, quando o **preço (custo) pago** pela aquisição ou subscrição de um investimento, a ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, supera o valor patrimonial desse investimento. E mais, preço ou custo de aquisição somente surge quando há o dispêndio para se obter algo de terceiros. Assim, não há, do ponto de vista econômico, geração de riqueza decorrente de transação consigo mesmo. Qualquer argumento que não se fundamente nessas assertivas econômicas configura sofisma formal e, portanto, inadmissível.

Não é concebível, econômica e contabilmente, o reconhecimento de acréscimo de riqueza em decorrência de uma transação dos acionistas com eles próprios. Ainda que, do ponto de vista formal, os atos societários tenham atendido à legislação aplicável (não se questiona aqui esse aspecto), do ponto de vista econômico, o registro de ágio, em transações como essas, somente seria concebível se realizado entre partes independentes, conhecedoras do negócio, livres de pressões ou outros interesses que não a essência da transação, condições essas denominadas na literatura internacional como *‘arm’s length’*”

Algumas autuações contrárias ao contribuinte¹⁰ também se ampararam em um artigo de MARTINS e COSTA JÚNIOR (2004), em que afirmam que;

O surgimento do ágio em operações de combinação de negócios, realizadas dentro de um mesmo grupo societário, não tem sentido econômico. A Contabilidade, sabiamente, expurga essa informação ao considerar o grupo societário uma entidade única, quando reporta suas demonstrações consolidadas. O correto, contabilmente, é fazer o mesmo nas demonstrações individuais também.

¹⁰ Veja-se, entre outras, os relatórios dos Acórdãos nº 1302-001.465 (CARF, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Processo nº 15504.726513/201110, Relator GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Publicado em 29.10.2014) e nº 1101-000.912 (CARF, 1ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Processo nº 10980.725765/201001, Relator José Ricardo da Silva, Relatora para o voto Edeli Pereira Bessa, publicado em 20.02.2015).

No entanto, ignora-se que, como demonstramos, os conceitos contábil e jurídico de ágio são diferentes e que a proibição jurídica de reconhecimento desse ágio jamais ocorreu, sobrevivendo tão somente a proibição de sua amortização com o art. 22, *caput*, c/c art. 25, da Lei nº 12.973/1914. Tanto é que a própria CVM reconheceu que, apesar de contabilmente inapropriado, o ágio gerado internamente pode gerar efeitos contábeis justamente em razão da sua dedutibilidade:

A Instrução CVM nº 319/99, ao prever que a contrapartida do ágio pudesse ser registrada integralmente em conta de reserva especial (art. 6º, § 1º), acabou possibilitando, nos casos de ágio com fundamento econômico baseado em intangíveis ou em perspectiva de rentabilidade futura, o reconhecimento de um acréscimo patrimonial sem a efetiva substância econômica. A criação de uma sociedade com a única finalidade de servir de veículo para transferir, da controladora original para a controlada, o ágio pago na sua aquisição acabou por distorcer a figura da incorporação em sua dimensão econômica. Esta distorção ocorre em virtude de que, quando concluído o processo de incorporação da empresa-veículo, o investimento e, conseqüentemente, o ágio permanecem inalterados na controladora original.

Por outro lado, a criação da empresa-veículo e a transferência, para esta, do investimento original e, também, do ágio permitiram que, através desse modelo de incorporação, houvesse a possibilidade do seu aproveitamento fiscal, fazendo surgir, contabilmente, uma espécie de crédito tributário fundamentado na diminuição futura do imposto de renda e da contribuição social, em virtude da possibilidade da amortização desse ágio. Portanto, esse benefício fiscal é a única parcela do ágio que poderá ser aproveitada na controlada e que tem substância econômica. Essa é também a parcela do ágio que a CVM vem entendendo, conforme estabelecido na Instrução CVM nº 319, que pode ser capitalizada em proveito exclusivo do controlador. É, portanto, somente essa parcela com substância econômica que pode ser considerada um ativo e que poderia vir a ser capitalizada. (Destacamos).

Além disso, o referido artigo de Eliseu Martins e Jorge Vieira da Costa Júnior (2004), muitas vezes citado em autuações, destacou a independência entre os conceitos tributário e contábil de ágio quando reconheceu que o ágio interno só tem sentido econômico porque o direito tributário o reconhece para fins de dedutibilidade do IRPJ:

Entretanto, o respaldo em legislação tributária para o fenômeno – ágio gerado internamente – dá sentido econômico à operação. Há de fato riqueza sendo gerada pelo grupo societário nesses arranjos só que, no caso, está sendo transferida do Estado para o grupo via renúncia fiscal. É bem verdade que referido respaldo legal concorre, ainda que indiretamente, para o retrocesso do estágio avançado de desenvolvimento em que se encontra a Contabilidade Brasileira. A bem da verdade, pavimenta um caminho tortuoso: o fomento à indústria do ágio. (Destacamos).

Portanto, além de lamentar o fomento a indústria do ágio, os autores terminaram por recomendar alterações na contabilidade regulamentada, de modo a melhor se amoldar à teoria contábil:

Finalizando, a expectativa que se tem é a de que órgãos reguladores de governo e entidades representativas da profissão contábil e de auditoria atentem para a questão, e que eventualmente revejam posicionamentos adotados e/ou manifestem-se prontamente na disciplina da matéria, de tal sorte que a Contabilidade, na sua finalidade mais nobre, que é a de servir como um sistema de informações relevantes e úteis para julgamento e para tomada de decisão, não seja prejudicada.

O impacto do artigo foi tão grande que um dos autores escreveu explicando que suas críticas visavam a uma alteração da contabilidade regulamentada em direção à melhor teoria contábil, e não afirmar que a contabilidade já proibia, à época, o reconhecimento do ágio interno, muito menos negar a existência do benefício fiscal sobre o ágio nos casos em questão.

Em relação à sua vertente subjetiva (propósito comercial), o problema é que o teste se baseia na intenção

real do contribuinte, ao praticar um determinado ato ou negócio, que raramente pode ser, de fato, conhecida. Como sugere BANKMAN (2000), o propósito negocial deveria limitar-se aos casos em que a própria lei delinea o contexto motivador da operação, pois, como teste geral antielisivo, acaba por ignorar as situações em que o próprio legislador desejou induzir o comportamento do contribuinte por meio de atrativos fiscais.

Toma-se o caso do ágio interno, em que a norma do art. 7º da Lei nº 9.532/1997 possui um intuito nitidamente indutor de comportamentos, ao incentivarem as aquisições de investimentos no País por meio da abertura da possibilidade de aproveitamento fiscal do ágio. Fato é que, ao tempo das privatizações, muitas das aquisições eram feitas em leilões com grande ágio¹¹. Um incentivo extra foi, justamente, a possibilidade de aproveitamento desse ágio pago na aquisição dos investimentos quando da absorção patrimonial entre investida e investidora, que só poderia ser deduzido, sem esse benefício, na liquidação ou alienação do investimento. Outro fato relevante é que frequentemente as estatais foram adquiridas por empresas estrangeiras que constituíram empresas-veículo, por questões regulatórias, para participarem desses leilões.

Frisa-se, contudo, que a norma jurídica não restringe a concessão de um benefício a um plano de reorganização societária, apenas condicionando sua fruição à absorção patrimonial por meio de uma operação de fusão, incorporação ou cisão. Assim, mesmo sob o critério do propósito negocial a constituição de empresa-veículo não é motivo suficiente para invalidar um ágio gerado, desde que tenha ocorrido, por meio dela, uma aquisição de participação societária de fato. O que realmente não se admite, segundo o referido critério, é que uma empresa-veículo seja constituída por uma empresa controladora para “adquirir” uma parte ou o total de outra empresa por ela já integralmente controlada, pois neste caso não há o propósito negocial, previsto na lei, de aquisição de participação societária.

Mesmo assim, conforme relata TAYLOR (2006), o Reino Unido e o Canadá rejeitam a aplicação do teste do propósito negocial. Quanto ao primeiro, o propósito só é levado em conta se for expressamente consignado pelo Direito Positivo, de forma semelhante ao ocorrido no caso *Gregory v. Helvering*. Quanto ao segundo, a teoria foi categoricamente rejeitada no caso *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, em que a Suprema Corte canadense considerou que o teste do *business purpose* tornaria inócua a função extrafiscal/indutora da norma, mesmo quando ela fosse desejada pelo parlamento, *verbis*:

Eu gostaria, portanto, de rejeitar a proposição de que uma transação pode ser desconsiderada para fins fiscais somente com base no fato de que foi praticada por um contribuinte sem um propósito negocial independente ou de boa-fé. Um teste estrito do propósito negocial em certas circunstâncias iria de encontro à intenção legislativa aparente que, nos diplomas tributários modernos, podem ter um duplo aspecto. A legislação do imposto sobre a renda, assim como a da Lei federal no nosso país, não é mais um simples dispositivo para arrecadar receitas para suprir os gastos necessários para o governo da comunidade. O imposto sobre a renda é também empregado pelo governo para atingir objetivos de política econômica selecionados. Assim, a lei (tributária) é um misto de política tributária e econômica. O elemento de política econômica da lei às vezes toma a forma de uma indução para que o contribuinte empreenda ou redirecione uma atividade específica¹².

A constatação de que os tributos incidentes sobre a renda possuem uma dupla função, qual seja, arrecadar e induzir comportamentos – e, acrescentamos, uma terceira função redistributiva (AVIYONAH, 2006) –, impede a consideração do propósito subjetivo da operação como critério distintivo

¹¹ A respeito do contexto, ver SAIRUN e PEREIRA, 1998.

¹² Traduzido livremente do original: “I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or bona fide business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the taxpayer to undertake or redirect a specific activity”. Disponível em: <<http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2488/index.do>>. Acesso em 10 dez. 2014.

de operações válidas ou inválidas, sendo mais bem utilizado como um critério interpretativo de normas concessivas de benefícios fiscais, quando a própria lei condicionar a fruição do benefício ao objetivo normativamente estabelecido.

4. CONCLUSÕES

O objetivo do presente artigo foi analisar, de forma crítica, o problema da amortização fiscal do ágio à luz da doutrina da substância econômica. Deve-se ter em conta que esse critério, utilizado como teste geral antielisivo, enfrenta problemas especialmente relacionados, entre outros, às dificuldades de aplicação e à incapacidade de lidar com a função extrafiscal da norma concessiva do benefício fiscal.

Pode-se perceber, também, que o teste enfrenta dificuldades em suas duas vertentes, seja na objetiva (substância sobre a forma), seja na vertente subjetiva (propósito negocial). Em sua vertente objetiva, verifica-se que os critérios contábeis de mensuração do ágio não são suficientes para determinar ou não sua admissibilidade, já que os conceitos jurídico e contábil de ágio são autônomos, sofrendo variações diferentes ao longo do tempo e permanecendo distintos em sua regulamentação. Em sua vertente subjetiva, viu-se que o propósito negocial tem sido utilizado de forma desvirtuada, já que sua melhor função é a de critério interpretativo da lei e não de teste antielisão geral. Nesse sentido, a simples utilização de empresa-veículo não é razão suficiente para descartar uma operação geradora de ágio. O que não se admite, à luz do propósito negocial, é uma aquisição de participação fictícia em empresa já controlada pela investidora real.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVI-YONAH, Reuven S. Three goals of taxation. *The Tax L. Rev.*, v. 60, p. 1, 2006.

COSTA JR., Jorge Vieira; MARTINS, Eliseu. *A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a contabilidade*. Anais do 4º congresso da USP de controladoria e contabilidade, 2004. Disponível em: <<http://www.congressousp.fipecafi.org/artigos42004/13.pdf>>.

FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Normas Tributárias e a Convergência das Regras Contábeis Internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GLASSMAN, Daniel J. It's not a lie if you believe it: tax shelters and the economic substance doctrine. *Fla. L. Rev.*, v. 58, p. 665, 2006.

LEDERMAN, Leandra. W(h)ither economic substance? *Iowa law review*, v. 95, p. 389, 2010.

MARTINS, Eliseu.; COSTA JUNIOR, Jorge Vieira da. *A incorporação reversa com ágio gerado internamente: consequências da elisão fiscal sobre a Contabilidade*. In: 4º. Congresso USP de Controladoria e Contabilidade, 2004, São Paulo. Anais do evento (CD-ROM), 2004. v. 1. p. 1-20.

_____.; IUDÍCIBUS, Sérgio de. *Ágio interno – É um mito?* In.: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexandre Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Intangível – sua relação contabilidade/direito – teoria estruturas conceituais e normas – problemas fiscais de hoje*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexandre Broedel (Coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, 2º volume. São Paulo: Dialética, 2011.

PIETRUSZKIEWICZ, Christopher M. Economic Substance and the Standard of Review. **Alabama Law Review**, v. 60, p. 339, 2009.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SAURIN, Valter; PEREIRA, Breno Augusto D. *O Programa nacional de desestatização: aspectos relevantes da política de privatização*. Revista de Ciências da Administração, v. 1, 1998.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)*. São Paulo: Dialética, 2012.

TAYLOR, Michael Brendan. *Tax policy and tax avoidance: the general anti-avoidance rule from tax policy perspective*. 2006. Thesis (Master of Laws) – The Faculty of Graduate Studies, The University of British Columbia, Vancouver, 2006.

PARTE IV
IMPOSTO DE RENDA DA
PESSOA FÍSICA (IRPF)

TRIBUTAÇÃO DE ARTISTAS E DESPORTISTAS E A CONSTITUIÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERSONALÍSSIMOS. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO VIS-À-VIS LIBERDADE DE CONFIGURAÇÃO DE NEGÓCIOS PRIVADOS

Ricardo Lodi Ribeiro*

Resumo: O capítulo verifica a questão da tributação de artistas e desportistas e a constituição de pessoas jurídicas para a prestação de serviços personalíssimos, e mais especificamente planejamento tributário considerando a liberdade de configuração de negócios privados. Neste sentido primeiramente trata do tema da prestação de serviços científicos, artísticos e culturais e a tutela trabalhista, e em seguida verifica os limites do o combate à elisão abusiva e por fim o alcance da legitimidade da aplicação do art. 129 da Lei nº 11.196/2005. Colocados os aspectos pertinentes chegou-se à conclusão de que o art. 129 da Lei nº 11.196/2005 estabeleceu uma cláusula antielisiva específica dirigida à regulação do combate à elisão tributária, tendo como resultado uma regra que exige a comprovação pela fiscalização da prática do abuso de direito, não sendo suficiente a simples demonstração de que estão presentes alguns dos traços da relação de emprego ou a demonstração de identidade de efeitos econômicos entre a atuação como pessoa física e como pessoa jurídica.

Abstract: *These chapter examines the taxation of artists and sportsmen and the constitution of legal entities for the provision of personal services, and more specifically tax planning considering the freedom of private business setting. In this sense, it first deals with the subject of the provision of scientific, artistic and cultural services and labor protection, and then it verifies the limits of the fight against the abusive elision and finally the scope of the legitimacy of the application art. 129 of Law 11,196/2005. After addressing the pertinent aspects, it comes to the conclusion that the art. 129 of Law 11,196/2005 established a specific anti-tax clause aimed at regulating the fight against tax evasion, resulting in a rule requiring verification of the practice of abuse of rights, and not merely demonstrating that some The traits of the employment relationship or the demonstration of the identity of economic effects between the performance as an individual and as a legal entity.*

*Ricardo Lodi Ribeiro
Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ. Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Tributário. Advogado.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CIENTÍFICOS, ARTÍSTICOS E CULTURAIS E A TUTELA TRABALHISTA.**
- 3. O COMBATE À ELISÃO ABUSIVA E SEUS LIMITES**
- 4. O ART. 129 DA LEI Nº 11.196/2005: LEGITIMIDADE, ALCANCE E APLICAÇÃO**
- 5. CONCLUSÕES**
- 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei nº 11.196/2005, originada da conversão em lei da Medida Provisória nº 255 (a MP do Bem), foi introduzido no ordenamento jurídico um dispositivo cuja interpretação e aplicação estão causando grande divergência na doutrina, gerando insegurança quanto ao alcance do seu campo normativo, seja do ponto de vista material, seja no seu aspecto temporal.

A polêmica em torno do tema deve-se ao pano de fundo envolvido na questão: o planejamento tributário na prestação de serviços de natureza científica, artística ou cultural exercidos por profissionais liberais, desportistas e artistas, que buscam na organização da sua atividade em pessoas jurídicas um mecanismo para minorar a avantajada carga tributária incidente sobre as faixas mais altas de remuneração das pessoas físicas no Brasil.

Até a edição da norma em comento, a fiscalização tributária e a previdenciária, hoje unificadas no plano federal na Secretaria da Receita Federal do Brasil, vinham promovendo a desconsideração da personalidade jurídica das empresas, com o objetivo de exigir o imposto de renda pessoa física e a contribuição previdenciária, como se tais prestadores fossem pessoas físicas autônomas ou empregadas. Tal procedimento vinha sendo realizado sob o fundamento do combate à elisão fiscal abusiva, na esteira da introdução no direito tributário pátrio da cláusula geral antielisiva estabelecida pela Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional.

A análise dessa conduta pelas autoridades fiscais e a natureza dos serviços prestados constituem pressuposto para o exame da legitimidade, do alcance e da aplicabilidade do art. 129 da Lei nº 11.196/2005, o que constitui objeto desse estudo.

2. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CIENTÍFICOS, ARTÍSTICOS E CULTURAIS E A TUTELÁ TRABALHISTA

Toda a análise da questão a respeito da suposta abusividade do planejamento fiscal praticada pelos prestadores de serviços científicos, artísticos e culturais tem partido da premissa, pelo menos na prática fiscalizatória, de que a tutela do direito do trabalho é universalmente garantida a todas as pessoas físicas que prestam onerosamente serviços com exclusividade a uma mesma pessoa jurídica, em determinados horários prefixados, com a assunção de determinadas obrigações para o prestador. Tal entendimento, muito em voga no auge na Sociedade Industrial, começa a perder espaço na Sociedade Pós-Industrial,¹ onde a maioria da população, especialmente nos países de economia periférica, não possui vínculos trabalhistas com uma determinada empresa.

No entanto, nos dias atuais, é forçoso reconhecer que a tutela trabalhista, conquista do Estado social, não se apresenta mais como benefício ao prestador de serviço de renda mais alta. Ao contrário, dada a onerosidade da carga tributária sobre os rendimentos assalariados, o que se estabelece não só pela tributação no imposto de renda da pessoa física, mas pela exigência de contribuições previdenciárias descontadas do salário do próprio trabalhador, bem como de uma penca de tributos a desfigurar a folha de salários das empresas. A folha de salários é onerada pela contribuição previdenciária dos empregadores, pelo SAT, pelo FGTS, pelas diversas e cumulativas contribuições ao sistema S (cada empresa paga a diversos serviços autônomos independentemente de qualquer referibilidade entre a sua atividade e os benefícios oferecidos pela entidade), pelo salário-educação etc. Como a realidade brasileira deixa evidente, em patamares um pouco mais altos de remuneração, que geralmente são encontrados na prestação de serviços científicos, artísticos e culturais, a tutela estatal não representa qualquer atrativo para

¹ Sobre os conceitos de Sociedade Industrial e Pós-Industrial, vide Domenico de Masi (2003).

o trabalhador, reduzindo a remuneração de sua atividade profissional a menos da metade do montante disponibilizado pelo tomador do serviço para a retribuição do labor. A manutenção da universalidade da proteção trabalhista nos termos atuais vem se mostrando cara e inexecutável para uma sociedade que não mais suporta a carga fiscal atualmente verificada, e, por isso, é contrária aos interesses da maioria dos trabalhadores brasileiros que não tem acesso a essas conquistas, mas que é chamada a custeá-las. Acreditar que o Estado ou as empresas são as entidades que financiam esse sistema é acreditar em almoço grátis, o que já se viu, não existe, pois é a remuneração do trabalhador que sustenta todo o sistema, cujos benefícios nem sempre lhes são dirigidos. Se o custo é certo, o benefício cada vez mais é duvidoso.

Não são poucas as vozes que procuram justificar a pesada contribuição dos trabalhadores mais bem remunerados e que não recebem os correspondentes benefícios estatais, no princípio da solidariedade social, a fim de promover o atendimento das prestações estatais positivas para a maioria dos trabalhadores que depende da tutela estatal. Porém, se a solidariedade constitui valor legitimador de todo o ordenamento jurídico, não se confunde com uma autorização constitucional para a criação de tributos, senão por meio da solidariedade de grupo, revelada pela relação que une o grupo dos que pagam e o grupo dos que contribuem, tal como ocorre na contribuição previdenciária devida pelos empregadores, a custear a seguridade social de seus empregados.²

Por outro lado, cumpre destacar que as características da prestação de serviços científicos, artísticos e culturais quase sempre passam bem ao largo da subordinação característica da relação de emprego, uma vez que tais atividades, em geral, são fruto do espírito livre do prestador, que não é fiscalizado quanto à execução do trabalho, que não se dobra a um acompanhamento técnico do tomador, mas que é controlado pelo seu resultado.

Ainda que assim não fosse, deve-se destacar que as expressões que o legislador tributário utiliza a partir de uma definição anterior do direito trabalhista não têm, necessariamente, o mesmo sentido nas duas searas da ciência jurídica. É que, como destaca Beisse (BEISSE, 1984, p. 21-23), a interpretação da lei tributária, a partir de conceitos definidos por outros ramos do Direito segue três princípios:

- a. Conceitos econômicos de direito tributário criados pelo legislador tributário, ou por ele convertidos para os seus objetivos, devem ser interpretados segundo critério econômico. É exemplo desta modalidade em nossa legislação pátria a expressão *renda e proventos de qualquer natureza*, que não é encontrada no direito civil, sendo inteiramente delineada pelo legislador tributário, na Constituição Federal, no CTN e na legislação ordinária.
- b. Conceitos extraídos de outros ramos, como o direito civil, o societário ou o trabalhista, devem ser interpretados, dentro do sentido literal possível, economicamente, quando o objetivo da lei tributária impõe, de forma objetivamente justificada, um desvio do conteúdo do conceito de direito privado ou social, em nome do princípio da igualdade, que poderia ser violado por meio de uma interpretação civilística da expressão legal. Serve como exemplo a expressão *empregadores*, contida no art. 195 da Constituição Federal, para definir os contribuintes das contribuições da seguridade social, que não tem a concepção do direito do trabalho, abarcando empresas que não mantêm empregados próprios.³
- c. Conceitos obtidos nos outros ramos do Direito devem ser interpretados de acordo com a definição contida na legislação não tributária quando, conforme o sentido e o objetivo da lei tributária, se tem certeza de que o legislador cogitou exatamente do conceito de direito privado ou social. Da mesma forma quando o sentido literal possível da norma tributária não confere outra

² Sobre o tema da solidariedade social como ideia legitimadora do ordenamento jurídico, mas não como autorização constitucional para a cobrança de contribuições exóticas, que não guardam a referência ao grupo, vide Ricardo Lobo Torres (2005a, p. 198-207).

³ No sentido do texto foi a interpretação autêntica do dispositivo pela EC nº 20/98, que equiparou os empregadores às empresas e entidades assemelhadas.

possibilidade senão aquela oferecida pela lei civil ou trabalhista. A definição do fato gerador do ITR constitui exemplo bem ilustrativo desta categoria jurídica. De fato, do próprio texto da lei, se extrai que será tributada a propriedade imóvel por natureza, conforme definida na lei civil.⁴

Como é sabido, o objetivo da lei de incidência é a identificação da manifestação de riqueza capaz de suportar determinado quinhão do custeio das despesas públicas. Deste modo, mais do que a forma jurídica adotada, o operador do direito tributário deve se preocupar com a essência econômica efetivamente praticada. Não é outra a posição de Tipke: “Juristas não raro se equivocam, no direito tributário, quando tomam por *bem tributável* o pressuposto técnico-jurídico, em lugar do pressuposto econômico-tributário.” (TIPKE, 1984, p. 522).

Portanto, num sistema jurídico orientado por valores, e donde deriva a consequente necessidade de o intérprete evitar contradições valorativas, a acepção econômica há que prevalecer, em caso de dúvida, sobre a interpretação civilística ou trabalhista. A essa afirmação não deve ser oposto o princípio da unidade da ordem jurídica, uma vez que esta não é realizada pelo primado do direito civil (BEISSE, 1984, p. 37). Ademais, a ideia de unidade do sistema jurídico repousa muito mais no plano axiológico do que no linguístico, não havendo, portanto, qualquer óbice para que determinada palavra tenha um sentido diferente no direito tributário (RIBEIRO, 2003, p. 123).

Por esses motivos, pretender aplicar os conceitos do direito do trabalho, em especial os requisitos para a caracterização da relação de emprego, como critério para a aferição da incidência tributária sobre a prestação de serviços, com o afastamento da personalidade jurídica das empresas de serviços científicos, artísticos e culturais, e a cobrança de tributos incidentes sobre a remuneração resvala para a subordinação do direito tributário aos valores que são caros ao direito laborial, mas que pouco se identificam com o custo-benefício, que rege as contribuições sociais e a capacidade contributiva, fundamento dos impostos, como o IR, e a realidade econômica, onde, de acordo com a autonomia da vontade, os prestadores de serviços, considerando inclusive (mas não exclusivamente) os aspectos fiscais, resolvem organizar empresarialmente a sua atividade profissional.

3. O COMBATE À ELISÃO ABUSIVA E SEUS LIMITES

O afastamento da personalidade jurídica das empresas prestadoras de serviço quase sempre encontra como fundamento o combate à elisão tributária abusiva, a partir do entendimento de que os prestadores de serviços, ao apresentarem-se como pessoas jurídicas, estariam cometendo abuso da forma jurídica empregada. Deste modo, é indispensável examinar os limites da atuação da autoridade administrativa no combate à elisão abusiva.

Com a edição da Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu em nosso ordenamento jurídico a cláusula geral antielisiva no parágrafo único do art. 116 do CTN, a maior parte da doutrina procurou desqualificar a adoção da nova medida como violadora da legalidade tributária (MARTINS; 2001, p. 123; MACHADO, 2001, p. 115; e COELHO, 2001, p. 304),⁵ o que acabou resultando na rejeição pelo Congresso Nacional da MP nº 66, que pretendia regulamentar a medida. Porém, a despeito da sua não regulamentação, é forçoso reconhecer que a prática da elisão abusiva já não vem mais sendo tolerada pela jurisprudência administrativa brasileira.⁶

⁴ Art. 29, do Código Tributário Nacional.

⁵ Para o estudo das várias posições doutrinárias sobre a introdução do instrumento em nosso direito tributário, vide: RIBEIRO, Ricardo Lodi Ribeiro (2003, p. 162-170).

⁶ Como exemplificação, vide acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, proferidos pela 1ª Câmara, nos Recursos nº 150.450 (j. 01/03/07), 145.171 (j. 24/05/06), 151.995 (j. 29/03/07), e 142.607 (j. 23/03/05) e pela 7ª Câmara no Recurso nº 137.256 (j. 14/04/04).

No entanto, para não acabar tributando fora dos parâmetros da legalidade, é preciso compreender as distinções entre a elisão abusiva, que pode ser objeto de desconsideração pela autoridade administrativa, e a elisão eficaz, baseada em atos que devem ser prestigiados pelo Estado.

Como já tivemos oportunidade de destacar (RIBEIRO, 2003, p. 145-148) para a caracterização da elisão abusiva, devem estar presentes, conjuntamente, os seguintes requisitos:

- prática de um ato jurídico, ou um conjunto deles, cuja forma escolhida não se adapta à finalidade da norma que o ampara, ou à vontade e aos efeitos dos atos praticados esperados pelo contribuinte;
- intenção, única ou preponderante, de eliminar ou reduzir o montante de tributo devido;
- identidade ou semelhança de efeitos econômicos entre os atos praticados e o fato gerador do tributo;
- proteção, ainda que sob o aspecto formal, do ordenamento jurídico à forma escolhida pelo contribuinte para elidir o tributo;
- forma que represente uma economia fiscal em relação ao ato previsto em lei como hipótese de incidência tributária.

No primeiro requisito, há que pesquisar se existe harmonia entre a vontade do contribuinte, o objeto negocial e os efeitos que são próprios ao negócio jurídico praticado, com a forma jurídica manifestada. Mesmo nos negócios de forma livre, há que se inquirir se o seu objeto está adequado à relação jurídica que o contribuinte espera criar, modificar ou extinguir. Analisa-se também se os efeitos por ele esperados são os normalmente obtidos pela fórmula jurídica utilizada e consagrada pela lei. Ausente essa harmonia entre a vontade e a lei que tutela o negócio declarado, este, como sustenta Luís Cabral de Moncada, resta ineficaz.⁷

O segundo requisito é revelado pela intenção predominante no negócio jurídico. Se a economia fiscal foi a principal razão para a escolha daquela fórmula, em detrimento da prevista na hipótese de incidência, é possível a utilização da teoria do abuso de direito.

Observe-se, porém, que, ao contrário do que defendiam os seguidores das teorias causalistas da consideração econômica do fato gerador, só há que se falar em elisão abusiva enquanto a economia do imposto for a motivação determinante da conduta, e não uma mera consequência (ROSEMBUJ, 1999, p. 103).

Em relação ao terceiro requisito, há que se verificar a similitude entre os efeitos do ato escolhido pelo contribuinte como cobertura e o fato gerador legal. Caso contrário, não se verifica a manifestação de riqueza escolhida pelo legislador como signo de manifestação de riqueza, violando-se o princípio da capacidade contributiva. Neste caso temos a economia fiscal eficaz, e não a elisão abusiva. A similitude é da essência da elisão abusiva, uma vez que o contribuinte promove uma analogia às avessas (TORRES, 2001, p. 240), procurando um fato que tenha os mesmos efeitos econômicos, mas que não seja tributado na mesma proporção, para mascarar a ocorrência do fato gerador.

É essencial também, para a caracterização do abuso de direito – e é nisso em que consiste o quarto requisito –, que a fórmula utilizada pelo contribuinte para ocultar a ocorrência do fato gerador seja, se analisada de per si, lícita. Conforme adverte Tulio Rosembuj, citando Cipollina, só há que se falar em elisão fiscal quando os meios jurídicos implicados na configuração do fato impositivo se inserem, de forma irreprochável, sob a

⁷ De acordo com o civilista lusitano, a “eficácia se acha fundamentalmente dependente da conformidade ou harmonia entre a vontade na sua manifestação e a lei. É justamente essa conformidade ou harmonia entre vontade e lei que nos deu a noção de ato ou negócio jurídico. Se uma tal conformidade existe, diz-se do ato ou da vontade que eles são juridicamente eficazes e válidos. Se tal conformidade se não dá, diz-se que eles não são válidos ou são ineficazes. A validade e a eficácia de que aqui falamos não são produto exclusivamente da vontade, nem exclusivamente da lei, mas da colaboração das duas na realização do direito.” (MONCADA, 1995, p. 706).

égide do direito positivo estrito. Caso o contribuinte utilize-se da simulação, da sonegação ou da fraude na caracterização do suporte fático, não se fala de elisão, mas de evasão fiscal (ROSEMBUJ, 1999, p. 102).

Por último, mas não menos importante, aparece como quinto requisito a economia fiscal representada pela diferença a maior entre o pagamento do imposto na forma do fato gerador previsto em lei e o negócio escolhido pelo contribuinte. Sem esse requisito, não há o dano à Fazenda Pública, pressuposto para a aceitação do abuso de direito na teoria geral da ciência jurídica.

Como se vê, independentemente da discussão sobre a necessidade de regulamentação da cláusula antielisiva para o combate à elisão abusiva, essa discussão foi atropelada pela jurisprudência administrativa federal,⁸ que, a despeito de não fazer expressa referência ao parágrafo único do art. 116, não considera eficaz a elisão praticada com abuso de direito.

Porém, deve-se advertir que, com ou sem aplicação da cláusula antielisiva, a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, com o fito de tributar a pessoa física dos sócios, só pode se dar se atendidos, de forma cumulativa, os requisitos para o reconhecimento da elisão abusiva, conforme acima exposto, sob pena da tributação violar os princípios da capacidade contributiva e da legalidade, pela extrapolação da regra de incidência estabelecida pelo legislador.

Como é comum aos momentos de transição, a passagem de um modelo tributário alicerçado na tipicidade fechada e no amplo espaço para qualquer elisão que não se escorrace na prática de um ato ilícito, para um sistema aberto onde é possível a desconsideração do ato praticado com abuso de direito,⁹ a partir da dissimulação do fato gerador por um ato que não se traduza necessariamente em sonegação, fraude ou simulação, não se fez sem exageros por parte dos aplicadores do Direito. Esses exageros muito se devem à insistência da doutrina formalista em recusar qualquer mecanismo de combate à elisão tributária, em detrimento da pesquisa dos limites à atuação da autoridade administrativa nessa tarefa.

Tais exageros muitas vezes se fizeram presentes na sistemática desconsideração da personalidade jurídica das empresas prestadoras de serviço, máxime quando presentes algumas das características da relação empregatícia, como a habitualidade, o contrato exclusivo com um só tomador de serviço e a remuneração fixa. Portanto, partindo de premissas caras ao direito do trabalho, a fiscalização acabou por desprezar os citados requisitos necessários, à luz dos princípios constitucionais tributários, para a configuração da elisão abusiva.

De fato, não há por parte da fiscalização, ao desconsiderar a empresa prestadora de serviços, qualquer preocupação em pesquisar se houve a prática de atos abusivos na criação da pessoa jurídica, mas apenas verificar a existência da economia do imposto. Na verdade, longe de revelar abuso pelo descompasso entre os elementos constitutivos do negócio jurídico, a criação da pessoa jurídica, ainda que de pequeno porte, é medida que se adapta plenamente à realidade econômica. Como vimos acima, a criação de uma pessoa jurídica por um prestador de serviços científicos, artísticos e culturais vai muito além de um mero planejamento fiscal, mas se revela como a forma mais adequada ao desempenho da uma atividade livre, desenvolvida com autonomia em relação ao tomador de serviço, onde o conhecimento e a criatividade do prestador não podem ser controlados pelo contratante.

Procurar a tributação fora dos sentidos oferecidos pela lei, apenas buscando a identidade dos efeitos econômicos entre o ato praticado pelo contribuinte e a hipótese de incidência tributária, é, afastando-se da moderna doutrina pós-positivista, retornar à teoria da interpretação econômica do fato gerador, tão cara aos causalistas da primeira metade do século XX, mas rejeitada nos dias atuais, mesmo nos regimes que não adotam a teoria da tipicidade fechada.

⁸ Vide decisões citadas na nota nº 6.

⁹ Embora o Código Civil de 2002 (art. 187) tenha equiparado, quanto à invalidade dos efeitos, o ato ilícito ao abuso de direito, é forçoso reconhecer que ainda sobrevivem distinções quanto aos seus elementos formadores. Sobre o tema, com a distinção entre a dissimulação abusiva e a simulação ilícita (RIBEIRO, 2003, p. 148).

Para evitar tais exageros hermenêuticos, o art. 129 da Lei nº 11.196/2005 estabeleceu a seguinte disciplina:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Tal dispositivo se insere na regulação da elisão tributária, não no âmbito da cláusula geral antielisiva, mas na disciplina da elisão específica a uma determinada operação.

Nesse particular, não são oferecidas pelo legislador apenas regras que, aumentando o espaço de tributação, fecham as brechas para a elisão. Mas também normas que, em determinada situação específica, promovam a contenção da ação fiscal. É que cada cláusula antielisiva específica é fruto da ponderação legislativa entre a legalidade e a capacidade contributiva. É natural que o exame de ponderação entre os dois interesses nem sempre privilegie a interpretação que a fiscalização vinha adotando.

4. O ART. 129 DA LEI Nº 11.196/2005: LEGITIMIDADE, ALCANCE E APLICAÇÃO

Como vimos, a introdução do art. 129 na Lei nº 11.196/2005 nada mais representou do que a inserção no nosso ordenamento jurídico de uma cláusula antielisiva específica, a partir da ponderação de interesses entre a legalidade e a capacidade contributiva, estabelecendo uma solução que se adapta ao regime constitucional tributário brasileiro, cuja fase de legitimação é também marcada pela ponderação entre a segurança e a justiça fiscal, e que fundamenta um sistema onde os dois interesses sejam reconhecidos de forma ótima pelos princípios específicos e as regras.¹⁰

A solução de ponderação adotada pelo legislador não admite a desconsideração da personalidade jurídica das empresas prestadoras de serviços científicos, artísticos e culturais sem que reste caracterizado o abuso de direito com todos os seus requisitos de configuração, afastando a interpretação que vinha sendo efetivada pela fiscalização, que desconsiderava a personalidade jurídica pela mera identidade (nem sempre bem demonstrada) de efeitos econômicos entre a atividade do prestador de serviços e o regime empregatício.

Não é outro o sentido da remissão do artigo em comento com o art. 50 do Código Civil, que admite o afastamento da personalidade jurídica nos casos de abuso de direito, assim caracterizado como desvio de finalidade ou confusão patrimonial entre a empresa e o sócio. Não que o abuso só possa, como na lei civil, ser declarado pelo judiciário. De fato, inexistente óbice em nosso regime tributário a que o reconhecimento seja efetivado pela autoridade fiscal, dado o mister de investigar a realidade, intrínseco à função fiscal. No entanto, a competência desta não lhe dispensa o ônus da prova quanto ao abuso na personalidade jurídica, a partir da demonstração do descompasso entre os elementos constitutivos do negócio jurídico e a realidade econômica. E não a mera alegação de identidade de efeitos jurídicos.

Deste modo, o art. 129 da Lei nº 11.196/2005 impede a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, salvo se comprovada pela fiscalização que a pessoa jurídica não existe na realidade econômica, ou que a sua criação tem vício quanto à finalidade, ou ainda, haja confusão patrimonial com os seus sócios, sendo insuficientes as alegações caras ao Direito do Trabalho, como a exclusividade e habitualidade da prestação, notadamente nessa seara científica, artística e cultural.

¹⁰ Sobre a ponderação entre a segurança jurídica e a justiça fiscal na fase de legitimação do ordenamento jurídico, vide: Ricardo Lobo Torres (2005b, p. 227), e no mesmo sentido Ricardo Lodi Ribeiro (2008, p. 27).

Sendo uma cláusula antielisiva que condiciona a desconsideração aos casos de abuso de direito, pressuposto da legitimidade do combate à elisão tributária pelo Estado, o art. 129 da Lei nº 11.196/2005 tem a natureza de norma interpretativa, nos termos do art. 106, I, do CTN, e como tal, retroage à data da lei interpretada. Ou seja, à data das leis que estabeleceram as hipóteses de incidência dos tributos incidentes sobre a prestação dos ditos serviços.

A retroatividade do dispositivo em análise é evidenciada pela necessidade constitucional, derivada do princípio da legalidade tributária, do combate à elisão pela Fazenda Pública ter como pressuposto o abuso de direito pelo contribuinte, não podendo resvalar para a tributação por analogia.

Para que a retroação da interpretação legal tenha validade, são indispensáveis os seguintes requisitos:

- a. que a lei interpretativa e a lei interpretada sejam da mesma fonte normativa;
- b. que a lei seja expressamente interpretativa;
- c. que a solução adotada pelo legislador esteja entre aquelas admitidas pelo sentido possível da norma;
- d. que haja dúvida quanto ao sentido correto da norma, gerando incerteza para os seus destinatários. (RIBEIRO, 2008, p. 196)

O primeiro requisito revela-se pela necessidade de a lei interpretativa ter a mesma força vinculante da lei interpretada, sob pena de não cumprir o seu desiderato, na medida em que não poderá estabelecer os sentidos derivados desta. Assim, só uma emenda constitucional pode interpretar outra. O mesmo se dá em relação às leis complementares e ordinárias e ao regulamento (AMATUCCI, 2001, p. 615; ASCENSÃO, 2001, p. 134; MAXIMILIANO, Carlos. 1991, p. 87-88).

O segundo requisito requer, para a produção de efeitos retroativos, que a lei seja expressamente interpretativa, pois a produção de efeitos em relação aos fatos pretéritos não se presume. No entanto, como adverte Baleeiro, tal exigência “não quer dizer que o novo diploma empregue essas palavras sacramentais, apresentando-se como tal na ementa ou no contexto”, bastando, segundo o mestre baiano, que a lei se reporte aos dispositivos interpretados, definindo-lhes o sentido e aclarando as dúvidas (BALEIRO, 1999, p. 670).¹¹

O terceiro requisito decorre dos próprios limites da atividade hermenêutica, encontrados nas acepções extraídas da literalidade da lei. Na verdade, da ambiguidade das palavras utilizadas pelo legislador é possível se extrair um variável número de significados para cada conceito, a partir de uma interpretação do seu sentido literal possível. Caso a lei interpretativa adote uma solução fora dos limites possíveis oferecidos pelo texto legal, não se está diante de uma interpretação, mas da criação de uma nova decisão só acolhida pela nova lei.

Por fim, exige-se que a interpretação autêntica deva vir a lume num contexto marcado pela incerteza jurídica, diante da admissão pela jurisprudência dos tribunais de mais de uma solução hermenêutica. Nesse sentido, só é legítima a retroatividade da interpretação legal, se vier a confirmar a interpretação que era dominante (BETTI, 1949, p. 80; AMATUCCI, 2001, p. 615), sendo reconhecida pela jurisprudência pacífica (TORRES, 2005b, p. 531), ou diante de um cenário que ainda não houve definição pretoriana quanto a uma orientação segura para os destinatários da norma. E isso não se dá em nome da separação de poderes, que hoje não pode ser tão estática. Ao contrário, sob o prisma desta, se o Poder Judiciário estabelece uma interpretação contrária aos desígnios do detentor da função legislativa, nada mais adequado ao sistema de freios e contrapesos do que o esclarecimento parlamentar, sobretudo diante da judicialização da política. A irretroatividade da lei interpretativa que altera a jurisprudência pacífica dos tribunais repousa na proteção à segurança jurídica do cidadão que,

¹¹ No mesmo sentido José de Oliveira Ascensão (2001, p. 600).

diante do posicionamento incontroverso dos tribunais a respeito da interpretação da lei, confiou legitimamente no sentido da lei revelado por estes.

Nota-se que no caso em questão, os quatro requisitos para a interpretação autêntica se fazem presentes. O primeiro se revela pela sua introdução no ordenamento jurídico por meio da lei em sentido formal, do mesmo modo que as hipóteses de incidência que se aplicam às operações em questão. Por outro lado, o sentido hermenêutico extraído do art. 129 da Lei nº 11.196/2005 é não só expresso, mas imperativo ao revelar que tais prestações se sujeitam apenas à legislação das pessoas jurídicas, afastando, de forma inequívoca, a legislação aplicável às pessoas físicas. Quanto ao terceiro requisito, a possibilidade de extrair tal possibilidade hermenêutica dos textos interpretados se revela pela própria natureza das normas em comento, que se dirigem explicitamente às pessoas jurídicas. Não há como deixar de reconhecer que uma das possibilidades hermenêuticas é justamente aquela mais óbvia: que as empresas serão tratadas como empresas, e não como pessoas jurídicas, salvo em caso de abuso no uso da personalidade jurídica da sociedade. Por fim, o último requisito está configurado com a ação da fiscalização dirigida contra a interpretação majoritária na doutrina e encontrada na realidade fática, em controvérsia que ainda não encontrou uma definição pacífica na jurisprudência dos Tribunais. Daí a necessidade da intervenção legal.

Portanto, é inequívoca a retroatividade do entendimento agasalhado pelo art. 129 da Lei nº 11.196/2005.

5. CONCLUSÕES

O art. 129 da Lei nº 11.196/2005 estabeleceu uma cláusula antielisiva específica dirigida à regulação do combate à elisão tributária através no abuso no uso de pessoas jurídicas por prestadores de serviços científicos, artísticos e culturais, sendo fruto da ponderação entre os princípios da legalidade e da capacidade contributiva, tendo como resultado uma regra que exige a comprovação pela fiscalização da prática do abuso de direito, a partir da manipulação do uso da pessoa jurídica para esconder a fraude à lei praticada pelas pessoas físicas, não sendo suficiente a mera demonstração de que estão presentes alguns dos traços da relação de emprego ou a demonstração de identidade de efeitos econômicos entre a atuação como pessoa física e como pessoa jurídica.

Sendo a configuração do abuso de direito requisito para a legitimidade do combate à elisão tributária, a sua exigência pelo art. 129 da Lei nº 11.196/2005 se traduz em norma interpretativa, que, nos termos do art. 106, I, do CTN, deve retroagir à data das leis que estabeleceram as hipóteses de incidência dos tributos envolvidos na prestação de serviços.

6. REFERÊNCIAS

AMATUCCI, Andrea. La Interpretación de la ley tributaria. In: AMATUCCI, Andrea (Org.), *Tratado de derecho tributário*. Bogotá: Temis, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário Brasileiro*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BEISSE, Heinrich. “O Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias segundo a mais Recente Jurisprudência Alemã.” In: *Brandão Machado (coord.). Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984.

- BETTI, Emilio. *Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Os limites atuais do planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. A norma antielisão e o princípio da legalidade – análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão é incompatível com o sistema constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.
- MASI, Domenico de. *A sociedade pós-industrial*. 4. ed. São Paulo: Senac, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MONCADA, Luís Cabral. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não surpresa e proteção à confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- ROSEMBUJ, Tulio. *El fraude de ley, la simulación, y el abuso de las formas en derecho tributario*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e a ideia de sistema no direito tributário. In: Brandão Machado (Coord.). *Estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- TORRES, Ricardo Lobo. A chamada “interpretação econômica do direito tributário”, a lei complementar nº 104 E os limites atuais do planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a lei complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. Existe um princípio estrutural da solidariedade. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Orgs.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005a.
- _____. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – vol. ii – valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005b.

PARTE V
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NOS PLANOS DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (*STOCK OPTIONS*)

Marcos André Vinhas Catão*
Luciana Prates Caldas Cordeiro**

Resumo: O presente capítulo trata da incidência de tributos – com especial ênfase nas contribuições previdenciárias – no âmbito dos planos de *Stock Options*. Em que pese se tratar de uma matéria ainda lacunosa na legislação brasileira, valendo-se de conceitos já desenvolvidos em outros países, no Brasil a doutrina e jurisprudência vem cumprindo o papel de complementar a parca regulação hoje existente. Ante esse cenário, os autores procuram efetuar uma reflexão do atual quadro, bem como tecer uma visão crítica e prospectiva do tema, no que tange ao regime tributário a ser aplicado.

Abstract: *The chapter approaches the levy of taxes, with special emphasis in the social contribution tax upon stock options plans in the Brazilian tax system. Besides a legal gap in the Brazilian legislation, scholars and case law has been defining concepts in order to fulfill such legislative absence in the normative framework. Before this scenario, the authors aim to provide an overview without looking for their own prospective and dogmatic approach on the matter.*

*Professor de Direito Tributário da FGV/RJ. Doutor em Direito Público pela Universidad San Pablo-CEU. Mestre em Direito Tributário pela UCAM/RJ. Advogado. Diretor da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF. Membro do *PermanentScientificComitte* e do *General Councilda International Fiscal Association* – IFA. Autor dos livros *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2.003 e *Harmonização Tributária no Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2.001. Advogado

**LLM em Direito Tributário pela FGV/RJ. MBA em Gestão Tributária pela FIPECAFI-SP. Advogada

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

1.1 Conceito e natureza

1.2 Elementos intrínsecos

1.3 Os eventos de um plano de ações

2. ARCABOUÇO NORMATIVO NO BRASIL

3. REGIME TRIBUTÁRIO

4. OS PLANOS DE OPÇÃO DE AÇÕES A EMPREGADOS E AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

4.1 Aspecto temporal da incidência das contribuições previdenciárias

5. ANÁLISE DOS PRECEDENTES

6. CONCLUSÕES

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, os planos de opções de compra de ações por funcionários e colaboradores, mais conhecido como *Stock Options*, surgiram nos Estados Unidos na década de 60. Ao final do Século XXI se tornaram um dos mecanismos mais utilizados como forma de pagamento a funcionários e executivos, por parte de grandes grupos multinacionais, geralmente com ações cotadas em bolsa.

No Brasil, os planos de pagamento em ações, foram introduzidos a partir do final do século passado com base em previsão contida na Lei das S/A¹ (Lei nº 6.404/1976).

Ainda dentro dessa breve referência comparada, é de se constatar em linha com o que será aqui aduzido, que no Brasil, a frágil regulamentação² se deveu a pouca utilização dos planos de ações pelas empresas de capital aberto, diferentemente do que ocorreu nos principais centros econômicos, em especial nos Estados Unidos. Assim, grande parte da construção do arcabouço jurídico-normativo que trata dos planos de opções parte dos exemplos de *Stock Option Plans*, introduzidos pelas matrizes de empresas multinacionais.

Não por outra razão que a forma cuidadosa e baseada na casuística – que vem sendo desenvolvida pela jurisprudência, notadamente a partir das decisões do CARF – parte das múltiplas variáveis de planos de opção. *Ipsa facto*, em algo que nos parece irrenunciável, a análise dos planos de ações deve partir de uma abordagem não somente sistemática (conciliar a incidência de normas e princípios de diversos campos do Direito) mas também que prime pelo respeito às normas do Direito Internacional, de modo a se evitar conflitos de qualificação dos fluxos internacionais, quando do pagamento e recebimento de ações ou de valores atrelados.

1.1. Conceito e natureza

Com o objetivo de fortalecer os interesses dos funcionários em relação à performance econômica da empresa, baseada em critérios objetivos dos mais variados (valorização econômica – incremento do valor da ação cotada em bolsa ou mercados; ou patrimonial da sociedade – valor do Patrimônio Líquido (PL); aumento de geração de caixa ou EBIDTA³), os planos de compra de ações pretenderam fundir o desejo de motivação e de retenção dos funcionários, com um novo modelo de governança das companhias em que o empregado passava a condição de partícipe nos objetivos da performance das sociedades.

Em linhas gerais se pode dizer que um plano de opção de compra de ações a ser pago a funcionários, é, um contrato atípico e de adesão, firmado entre a empresa e o empregado (ou colaborador), cujo objeto é o pagamento de parte representativa do capital (ações ou quotas) de uma entidade.

Assim, a possibilidade de compra e venda de ações de uma companhia por seus colaboradores, incluindo aí cargos executivos e outras classes nasceu da ideia de se repartir não apenas o lucro de uma sociedade, mas também o êxito e o risco da atividade econômica exercida, mediante a participação no capital social.

Não por outra razão que, a par da incidência das normas aplicáveis no ordenamento, a análise dos efeitos fiscais e previdenciários de planos de ações, deve partir de uma análise individual, a partir da estrutura, características e obrigações contratuais contidas em cada plano.

¹ Lei nº 6.404/1976.

“Art. 168 (...) § 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle.”

² Vide Capítulo 2 Arcabouço normativo.

³ Acrônimo que significa *Earnings before Income Tax, Interests, Depreciation and Amortization*. Ao expurgar juros (*interests*), os tributos sobre o lucro, a depreciação e amortização, regra geral se consegue chegar ao percentual de geração de caixa que uma empresa está fazendo a partir de seu próprio negócio, ou seja em razão das vendas menos os custos e despesas.

Com efeito, enquanto contratos complexos, desenhados para atingir a performance desejada por uma empresa, os planos de opção de ações são uma prova da convergência de instrumentos jurídicos a nível global. Também por esse aspecto o regime tributário aplicável, impõe a averiguação dos elementos do negócio jurídico sob uma ótica do direito privado, a partir da regra de integração contida nos artigos 109 e 110, do CTN.⁴

Com essa abordagem conceitual, queremos colocar de relevo que a materialidade que irá captar o direito tributário (renda ou remuneração) não prescinde da análise quanto à natureza jurídica dos valores recebidos, mas sim do negócio jurídico que motiva a existência de tais valores.

Além da identificação do negócio jurídico, os planos de pagamento em ações devem ser vistos em relação a sua independência e incomunicabilidade da relação de emprego, ou do contrato de trabalho.

É dizer, planos que efetivamente agreguem o elemento da liberdade e manutenção da entrada do capital devem ser tratados como uma relação contratual entre os acionistas (os quais são os que deliberam pela instituição de um plano), a entidade e seus empregados.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins: “ a natureza jurídica da opção de compra de ações é mercantil, embora feita durante o contrato de trabalho, pois representa mera compra e venda de ações.” (MARTINS, 2001, p. 306).

Por outro lado, os planos que derivem de uma vontade nascida dentro da sociedade, é dizer, tratados como um mero adicional à relação de emprego devem estar sujeitos às regras trabalhistas, fiscais e previdenciárias que decorrem de uma remuneração trabalhista, posto não guardarem um elemento de identidade próprio que os permitam discernir do contrato de trabalho. Em resumo, a ideia inicial de um plano de *Stock Options* foi a de entregar ao colaborador da companhia um direito, consistente na faculdade de adquirir, a título oneroso, ações da empresa, aproximando-o do negócio e possibilitando a existência de um vínculo além da relação de trabalho.

Porém, para que se tornasse possível esse mecanismo e para que fosse algo atrativo e viável aos funcionários, as companhias passaram a estruturar planos de compra de ações em condições diferenciadas. Ou seja, de modo que pudesse se diferenciar de uma simples compra e venda, os planos de ações passaram a possibilitar que seus colaboradores estivessem sujeitos à condições diferenciadas de aquisições no plano comum – em mercado.⁵

Feitas essas considerações iniciais, para compreender as modalidades e variáveis de um plano de ações – examinamos abaixo as principais características que permitem identificar os parâmetros que caracterizam um legítimo plano de opção de compra de ações.

1.2. Elementos intrínsecos

Como acima mencionado, distintamente por exemplo de outras formas de pagamento que não baseado no salário, (vg. planos de participação nos lucros – PLR⁶), a principal característica do plano de ação é o seu objeto: a outorga de ações ou quotas de uma sociedade. Partindo-se dessa premissa, sendo o objeto do plano, o pagamento de uma ação ou quota representativa do capital, ainda que posteriormente passível de ser vendida ou convertida em dinheiro (algo inerente à qualquer detentor de uma ação ou

⁴ Lei nº 5.172/1966: “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.”

⁵ Código Civil:” Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

⁶ Regido no Brasil pela Lei nº 10.101/2000.

quota), existem alguns elementos que devem ser intrínsecos de forma, sob pena de se descaracterizar o plano de opção de compra de ações.

Primeiramente, o pagamento das ações ou quotas deve envolver uma álea, tanto para o acionista quanto para o empregado ou colaborador.

Por parte do acionista esse risco está baseado na disposição voluntária da parcela do seu patrimônio para entregá-lo futuramente, em condições eventualmente mais favoráveis, ao empregado/colaborador. Nesse particular é curioso mencionar que não raro, quando da análise do tema, se esquece do caráter oneroso do plano de ações visto pela ótica do acionista da sociedade, enquanto elemento intrínseco.

Logo, pode-se verificar a existência de risco tanto para o colaborador, quanto para o acionista. Nas sábias palavras de Sérgio Pinto Martins, a existência do risco mantém o plano de *Stock Options* na esfera contratual de natureza mercantil: “Por se tratar de risco do negócio, em que as ações ora estão valorizadas, ora perdem o seu valor, o empregado pode ter prejuízo com a operação. É uma situação aleatória, que nada tem a ver com o empregado em si, mas com o mercado de ações.” (MARTINS, 2001, p. 306).

Também como elemento intrínseco está o da onerosidade já que por parte do funcionário ou colaborador está a obrigatoriedade de adquirir um direito sujeito a termo e condição, o qual pode assim, não se realizar, implicando na inexecução do contrato para ambas as partes. Sob esse aspecto a inexistência de previsão de desembolso por parte do empregado/colaborador desfigura o plano de ação enquanto não envolva álea e onerosidade, isto é, possibilidade de lucro *versus* possibilidade de perda, o qual são inerentes à uma relação contratual mais próxima ao direito societário do que ao contrato de trabalho.

É, por conseguinte no elemento de risco, que exsurge o sentimento único de persecução conjunta do objetivo empresarial final: o lucro e a valorização da empresa, ora em benefício não somente dos acionistas, mas também daqueles que fizeram a opção de compra de um plano de ações.

Outro elemento intrínseco a nosso ver, é a configuração legítima de um plano de ações quando há referibilidade. Isto é, por ser o objeto do plano, a entrega de um valor representativo do capital, o valor da opção deve ser referenciado de alguma forma, seja a valor de mercado, seja pelo valor patrimonial. A inexistência de valor de referência retira a álea, e, conseqüentemente, impõe uma retribuição *in natura*.

Quanto a este ponto, importa ressaltar que não é da essência dos planos de opção de compra de ações que o valor mobiliário seja cotado em mercado (bolsa ou qualquer outro mercado). Baseamos esta afirmação em duas premissas fundamentais.

A primeira de que o pagamento de ações por parte da sociedade se assenta na autonomia da vontade. No Brasil, inclusive, conforma-se a um desejo constitucional⁷, o qual não poderia encontrar *discrimen* entre sociedades cotadas ou não cotadas em bolsa de valores.

Em segundo plano, posto que o mero valor patrimonial das sociedades é um referencial mais do que suficiente à outorga de ações, entendemos que um plano de ações que se pauta na valorização patrimonial tem por vezes um conteúdo axiológico muito mais nobre do que o valor de bolsa (mercado). De fato, nesse caso a outorga da ação estará muito mais em consonância com o fim almejado por um plano, qual seja, o crescimento patrimonial e não meramente o valor de mercado, o qual, como se sabe, pode se dar com fins meramente especulativos.

Ocorre que não raramente, a possibilidade de pagamento de ações em sociedades não cotadas é confundido com os chamados *phantom stocks*, ou seja, o pagamento em espécie por valores meramente

⁷ Constituição Federal: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”

referenciados. Ocorre que os *phantom stocks*, como objeto de um contrato de plano de opções, descaracterizam completamente a natureza societária já que o objeto não é a entrega de um valor mobiliário, e sim de um valor exato. São, quando no muito, a entrega de uma parcela extra do salário, enquadrando-se como uma espécie de remuneração variável, aqui empregada no sentido estrito de verba de natureza trabalhista.

Por evidente, que tais elementos não são os únicos a serem levados em consideração. Todavia, nos parece que são aqueles que mais evidenciam a legitimidade de um plano, conquanto afirmam uma relação de autonomia em relação ao contrato de trabalho, algo que, conforme mencionamos acima, nos parece fundamental à análise dos termos do plano em si.

1.3. Os eventos de um plano de ações

Os chamados planos de *Stock Options*, estão estruturados a partir de uma sequência concatenada de eventos.

A nosso ver, a sucessão regular desses eventos, permite também identificar, não mais sob um plano conceitual, mas sim sob fatos objetivos, se o plano de ações possui substância de modo que possa ser levado como tal para fins fiscais e previdenciários.

Inicia-se⁸ ou estrutura-se com a oferta aos funcionários⁹ da opção de compra de ações no futuro por preços predeterminados nesse momento (valor prefixado – preço de exercício – *strike price*) e fixado um lapso temporal¹⁰ (*vesting period*).

Ultrapassado esse período, deverá ser estipulada uma cláusula contratual, na qual se fixa quando e como os empregados terão o direito de exercer ou não a aquisição da ação (*expiration date*). Tal prazo e forma (*triggering event*) deve estar em linha com o prazo pelo qual se alinha o objetivo da sociedade (aumento do valor da PL, geração de caixa, melhoria de ativos, ou qualquer critério mensurável de performance), estando, como ressaltado acima, caracterizado pela existência de uma cláusula de condição – evento futuro e incerto. Caso o prazo de exercício e parâmetro para o exercício não estejam compatibilizados contratualmente, existirá um descompasso que significará um enriquecimento desconectado da causa contratual, a ser tributado regularmente.

No que se refere ao termo do exercício por parte do funcionário, trata-se, por conseguinte, de um prazo decadencial, estipulado contratualmente, o qual visa acomodar uma relação que não poderia ficar indefinida no tempo. *Ipsa facto*, se o participante pode ter um prazo para refletir sobre a vantagem de exercer a compra ou não, inclusive, em face do preço da ação durante este período, também o acionista não poderia ficar submetido a uma indefinição quanto ao aspecto patrimonial e a formação do quadro societário da entidade.

Por evidente, o *expiration date* pode ser maior ou menor, ou até mesmo estar restrito a uma data mínima, é dizer um único dia. Contudo, nessa última hipótese pode configurar uma restrição ao uso do direito do participante, e ocasionar o pedido de anulação ou restituição da compra da opção por enriquecimento sem causa¹¹.

Sobre essa estrutura contratual, podemos encontrar na prática corporativa, variações que transitam entre um modelo intrinsecamente mercantil e outros que mais se aproximam de uma natureza remuneratória.

⁸ Em geral mediante elaboração de um prospecto, aprovado por Assembleia ou Diretoria. Assume, por conseguinte a natureza de um contrato de adesão.

⁹ Não é obrigatório ser estendido a todos os níveis de empregados/colaboradores. Não há restrições normativa e jurisprudencial.

¹⁰ A existência de termo (Código Civil artigos 131 e 135) também é inerente à natureza do plano.

¹¹ Código Civil: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

Ainda quanto à cronologia de um plano de ações, características e modalidades, é comum ver hipóteses de contratos com opção de ações que possam guardar a sua característica de bilateralidade sem que, entretanto, exista uma relação laboral direta entre a outorgante das ações e o empregado. Trata-se de situação comum a grupos empresariais em que apenas uma das entidades do grupo possui ações cotadas em mercado (bolsa de valores), cujo valor mobiliário (ação) será tomado como referência para a outorga da ação. Nesse caso o plano passa a ser do grupo, estendendo-se os benefícios aos colaboradores de outros países.

Essa hipótese, inclusive, incorpora, a nosso ver, mais um elemento adicional – ainda que não intrínseco – a caracterização de um plano como de ações e não de mera remuneração. De fato, essa hipótese embute a característica de autonomia entre o plano e o contrato de trabalho (o qual é obrigatoriamente vinculado a uma única empresa, por questões outras, entre as quais a associação sindical), e fortalece a *ratio* conceitual e a causa do pagamento como dissociados da remuneração.

Aliás, a análise de cada um desses eventos, de forma isolada, mas sem perder de vista a estrutura do plano, permite identificar a existência ou não dos elementos intrínsecos.

Nesse sentido, a ausência de uma sequência ordenada de ocorrência de fatos/implemento das condições, conforme preconizado nos contratos e prospectos que fazem parte de um plano, descaracteriza no plano material, e não meramente formal, a sua validade para fins de aplicação de um tratamento tributário de uma compra e venda mercantil e não de remuneração.

Um bom exemplo poderia ser dado para os casos em que não há um prazo mínimo – alinhado temporalmente à mensuração de performance – entre o prazo para a outorga do direito e o exercício da opção, o chamado *vesting period*. Com a situação mais radical dentre dessa hipótese estaria a eliminação completa desse termo, onde poderia o funcionário ou colaborador, adquirir e vender automaticamente as ações. Não por outra razão, que, para fins societários, o órgão regulador do mercado de capitais¹², posiciona ser obrigatório esse termo nos planos de ações. Ainda que o conteúdo axiológico seja próprio do direito societário (princípio da integridade do capital), suas consequências transbordam ao âmbito do direito tributário e previdenciário, implicando na desconsideração do plano e tratamento como remuneração para tais fins.

Uma outra etapa/evento a ser previsto em cláusula contratual, ainda que não seja causa de desconsideração do plano, é a previsão implícita de rescisão em caso de término do vínculo laboral. Aqui, mais uma vez, baseado na premissa de que se trata de um contrato atípico e autônomo, somos da opinião que se não existe previsão em contrato, a saída do empregado da sociedade por demissão voluntária a pedido do empregado, implica na perda do direito ao exercício da opção.

Com efeito, uma vez que a causalidade jurídica está na intenção de manutenção do empregado, não faria sentido outorgar um direito que não encontra alicerce no espírito da boa-fé contratual.

Existindo, contudo, disposição expressa de que o empregado remanesce com o direito mesmo após o fim da relação antes ou depois de findo tanto o período de outorga quanto o de exercício, há que se reconhecer a obrigação da sociedade em cumprir com o pactuado (*rebus sic stantibus*).

Por último, há que ser ressaltado a existência de planos de *Stock Options* que não se revestem de características básicas dos planos de opção de compra de ações. Há casos em que a sociedade pode subsidiar a compra das ações ou quotas a valor de mercado, pela via de empréstimo. A nosso ver, tal modelo, por si só, não se caracteriza como uma remuneração, mesmo que a taxa de juros seja subsidiada pela companhia, desde que essa relação se aperfeiçoe ao final, com a quitação, mesmo que indireta, por parte do colaborador, dos empréstimos realizados com a companhia.

¹² CVM nº 323/2000: “Art. 1º - São modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta, sem prejuízo de outras previsões legais ou regulamentares, ou de outras condutas assim entendidas pela CVM: (...) XII – a instituição de plano de opção de compra de ações, para administradores ou empregados da companhia, inclusive com a utilização de ações adquiridas para manutenção em tesouraria, deixando a exclusivo critério dos participantes do plano o momento do exercício da opção e sua venda, sem o efetivo comprometimento com a obtenção de resultados, em detrimento da companhia e dos acionistas minoritários; (...)”

Em síntese, pode-se afirmar que a causa jurídica de um plano de ações radica na conferência de um direito disponível ao colaborador para que, em uma data, normalmente futura, exerça a opção de compra de ações a um preço preestabelecido, podendo essas ações serem daquela empresa ou de empresas do mesmo grupo, conforme predisposições em contrato, revestindo as características intrínsecas de uma operação de natureza comercial.

2. ARCABOUÇO NORMATIVO

Como já abordado no início deste trabalho, malgrado o fato da instituição de plano de compra de ações no Brasil remontar a segunda metade do século passado, segue o mesmo sendo um contrato atípico, não havendo no Brasil uma regulamentação abrangente sobre o tema.

Partindo-se da autorização contida no artigo 168¹³, da Lei das S/A, os possíveis requisitos para a instituição de um plano de *Stock Options* no plano brasileiro são, com base em uma interpretação dogmática da norma: **(i)** emissão por sociedade por ações, abertas ou fechadas; **(ii)** previsão expressa no estatuto; **(iii)** observância aos montantes delimitados no capital autorizado; **(iv)** plano de compra de ações aprovado pela assembleia geral e **(v)** beneficiários empregados, administrados e outras pessoas naturais que prestem serviços à sociedade por ações ou à sociedade sob o seu controle.

Quando se tratar de sociedade anônima aberta, a CVM, com base no seu poder normativo publicou a Instrução Normativa nº 390/2003 que regula a negociação pela companhia aberta com opções referenciadas em ações de sua emissão. Ainda que não se trate especificamente de *Stock Options*, a referida instrução trata da negociação pela companhia aberta, podendo, portanto, ser aplicada por analogia aos planos de opção de compra de ações por colaboradores.

No que diz respeito ao aspecto contábil, o inciso VI, do artigo 187, da Lei das S/A¹⁴, trouxe para a legislação brasileira a previsão do tratamento que deve ser aplicado às ações detidas por empregados, sendo registradas na demonstração do resultado do exercício da companhia. Por sua vez, a Deliberação CVM nº 562/2008, a qual aprovou o Pronunciamento Técnico CPC nº 10, dispôs sobre o tratamento contábil a ser dado aos planos de opção de compra de ações.

Sobre o teor do Pronunciamento Técnico CPC nº 10, muito já se discutiu se os seus termos trouxeram uma definição estrita sobre a natureza dos planos de *Stock Options*. Isto porque a atenção do fisco a esse assunto foi intensificada, especialmente em matéria de contribuições previdenciárias, quando se estabeleceu a necessidade de serem reconhecidos, nos demonstrativos contábeis, os supostos benefícios decorrentes desse tipo de plano como sendo remuneração pela prestação de serviços. Isto é, os valores concernentes às ações elegíveis aos colaboradores foram tratados como, via de regra, remuneração¹⁵.

Porém, o tratamento contábil é insuficiente para a definição da caracterização jurídica aqui almejada.

¹³ Vide nota de rodapé 3.

¹⁴ Lei das S/A: "Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará (...)

VI – as participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa;"

¹⁵ CPC 10: "Via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios. Normalmente, não é possível mensurar, de forma direta, os serviços recebidos por componentes específicos do pacote de remuneração dos empregados. Pode não ser possível também mensurar o valor justo do pacote de remuneração como um todo de modo independente, sem se mensurar diretamente o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados. Ademais, ações e opções de ações são, por vezes, outorgadas como parte de acordo de pagamento de bônus, em vez de serem outorgadas como parte da remuneração básica dos empregados. Objetivamente, trata-se de incentivo para que os empregados permaneçam nos quadros da entidade ou de prêmio por seus esforços na melhoria do desempenho da entidade. Ao beneficiar os empregados com a outorga de ações ou opções de ações, adicionalmente a outras formas de remuneração, a entidade visa a obter benefícios marginais. Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar como base o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados."

Primeiramente porque visa o objetivo da norma contábil que é defender a integridade do capital social, ou seja, impor que os efeitos da instituição de um plano de ações sejam contingenciados. Segundo porque o fato de se vincular a um gasto com pessoa não quer dizer que se trate de uma remuneração, mas sim que pertence a um grupo de conta de despesas que está associado à gastos com pessoal. Não possui, portanto, uma definição que tenha efeitos fiscais.

Em um passado mais recente, e agora sim, tratando especificamente dos aspectos fiscais da instituição do plano de opção de compra de ações, foi publicada a Lei nº 12.973/2014, que ao tratar da convergência contábil com a fiscal (Regime Definitivo de Tributação), trouxe em seu artigo 33¹⁶, uma regra de dedutibilidade para fins de apuração do IRPJ.

Ocorre que ao se referir no enunciado do *caput* como remuneração, o dispositivo está apenas dando vazão ao tratamento fiscal para aquelas hipóteses em que o pagamento da ação seja tratado como um gasto da sociedade. É dizer, sempre que a sociedade arcar com o valor do pagamento integral da opção, o dispositivo impõe um regime de dedutibilidade pelo regime de competência imputando o seu reconhecimento ao período em que aquela se verificou. Não trata, contudo, até porque se trata de um fenômeno estranho à mutação patrimonial da sociedade, quando o beneficiário aliena a ação após ter exercido a opção.

3. REGIME TRIBUTÁRIO

Um plano de opção de compra de ações pode repercutir na incidência de outros tributos além da tributação pelo Imposto de Renda e de Contribuições Previdenciárias. (vg. IOF no caso de fechamento de câmbio, pela dedutibilidade de IRPJ e CSLL).

A dialética essencial, reside, contudo, na incidência da tributação do IR na pessoa física e do oferecimento à base de cálculo (“salário-contribuição”) das contribuições previdenciárias, previstas no artigo 195, I, alínea “a” e II, c/c o artigo 240, todos da Constituição Federal.

Assim como ocorre alhures, a questão passa por saber se para a renda auferida pelo beneficiário na entrega e alienação da opção, resta configurada a incidência tributária, seja em seus aspectos material, espacial, temporal ou quantitativo.

Embora, as contribuições previdenciárias e o imposto sobre a renda tenham fatos geradores distintos, pode ser dito em síntese que no caso dos planos de ações, existem um amálgama que os une, qual seja, o fato de se o pagamento feito no âmbito de um plano de ações caracteriza ou não uma remuneração.

Caso, por incumprimento de cláusulas, seja pela própria estruturação do plano, reste caracterizado que o pagamento se reveste de natureza remuneratória, o que significa dizer o que tantas vezes afirmamos acima, i.e., não guardar autonomia em relação ao contrato de trabalho, estará configurado o regime tributário aplicável desses rendimentos, tanto para fins de IR quanto para fins de contribuições previdenciárias.

Dessa feita, por examinarmos no presente trabalho a tributação das contribuições previdenciárias, daremos especial ênfase abaixo ao tratamento aplicável à incidência dessa espécie tributária, sem perder de vista os aspectos que possam ser aplicados igualmente à tributação da renda.

¹⁶ Lei nº 12.973/2014: “Art. 33. O valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuada por meio de acordo com pagamento baseado em ações, deve ser adicionado ao lucro líquido para fins de apuração do lucro real no período de apuração em que o custo ou a despesa forem apropriados. § 1º A remuneração de que trata o caput será dedutível somente depois do pagamento, quando liquidados em caixa ou outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções, quando liquidados com instrumentos patrimoniais. § 2º Para efeito do disposto no § 1º, o valor a ser excluído será: I - o efetivamente pago, quando a liquidação baseada em ação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro; ou II - o reconhecido no patrimônio líquido nos termos da legislação comercial, quando a liquidação for efetuada em instrumentos patrimoniais.”

4. OS PLANOS DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES À EMPREGADOS E AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Conforme visto, ainda que não se trate de um instituto jurídico necessariamente novo, não há uma regulamentação específica para os planos de opção de compra de ação por empregados no Brasil, seja com relação à incidência do imposto de renda da pessoa física¹⁷, seja com relação às contribuições previdenciárias.

Nesse sentido, o cerne da questão sob a ótica previdenciária, diz respeito à natureza dos pagamentos efetuados: se compreendidos no âmbito de uma remuneração obtida a partir da relação laboral, ou de natureza mercantil.

Isso porque, caso o plano de compra de ações possua características típicas de natureza salarial, os montantes percebidos pelos colaboradores estarão sujeitos à incidência previdenciária.

Por outro lado, se mantido seu caráter mercantil, sobre os valores provenientes das vendas das ações, apenas incidirá o imposto de renda sobre o ganho de capital obtido com a venda, isto é, sobre a diferença entre o valor de aquisição e o valor de alienação das ações, sem qualquer reflexo previdenciário.

Mas o que diferencia um modelo do outro para fins descaracterização de um plano de natureza salarial ou de natureza mercantil?

Essa dualidade de interpretação no que tange à natureza jurídica de um plano de *Stock Options* se dá por diversos motivos, guiados pelo formato adotado pela companhia.

No entanto, tal como ocorre em outros ordenamentos, há no Brasil uma orientação que vetoriza a outorga e pagamento de ações a uma remuneração decorrente indiretamente do contrato de trabalho.

Tal se deve ao caráter abrangente de remuneração, o qual foi sendo ampliado nos últimos anos de modo a envolver todo e qualquer valor percebido pelo empregado do empregador, ainda que não expresso em pecúnia.

Assim, seguindo o disposto no artigo 22, da Lei nº 8.212/1991, a qual institui o pagamento das contribuições previdenciárias, considera-se como remuneração ao trabalhador tudo aquilo que tiver como objetivo retribuir o trabalho, independentemente de sua forma¹⁸. Em consequência, para que o pagamento de ações possa ser desvinculado da remuneração, é necessário demonstrar que os mecanismos de implementação que levam ao pagamento de um plano de opção de compra de ações não reflete uma natureza inequivocamente salarial.

Considerando a relação jurídica que enseja a incidência das contribuições, que é aquela em que a companhia, mediante um contrato de trabalho celebrado entre as partes, tem o dever de pagar a remuneração e o direito de exigir a prestação de serviço se o colaborador, por sua vez, tem o dever de prestar os

¹⁷ À exceção sob a ótica do IRPJ/CSLL de que trata o artigo 33, da Lei nº 12.973/2014, que trata da dedutibilidade dos pagamentos dos planos de opção.

¹⁸ Nos termos do seu artigo 22, inciso I, e artigo 28, incisos I e III, da Lei nº 8.212/1991. "Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (...) Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (...) III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º:"

serviços e o direito de receber a remuneração devida, os planos de *Stock Options* podem se entrelaçar nessas premissas, porém na maioria das vezes não se tornam a extensão daquele contrato laboral celebrado entre as partes.

Deve-se ter em conta que um plano de *Stock Options* pode sempre propiciar ao colaborador o direito de comprar ou não as ações da companhia com algumas vantagens e, caso opte por exercer tal direito, condicionar o pagamento à companhia proporcionalmente ao volume de ações adquiridas, ao preço fixado no plano, seja por meio de desconto em folha de salário, seja por pagamento a parte. Nessas situações, a companhia tem o direito de receber o pagamento pelas ações e o dever de entregá-las ao colaborador, enquanto que o colaborador terá o dever de pagar pelas ações e o direito a recebê-las. Ou seja, nem todos os planos de *Stock Options* possuem reflexos em verbas trabalhistas.

Em síntese um pagamento de ações dentro de um programa ou plano, pode ser considerado como uma mera operação de compra de ação, regulado pelo direito mercantil, não integrando, portanto, o salário contribuição, conforme previsto na alínea “j”, do parágrafo 9º, do artigo 28, da Lei nº 8.212/1991.

4.1. Aspecto temporal da incidência das contribuições previdenciárias

Por fim, se considerado ser um plano de remuneração indireta, haveria que se definir o momento exato de ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias, é dizer, seu aspecto temporal.

Nesse sentido podem se estabelecer dois critérios.

O entendimento majoritário do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), por meio de seus acórdãos¹⁹, entende que o fato gerador se concretiza a partir da data de vencimento do prazo de carência, isto é, quando finda a condição suspensiva contratual. Tal se deve ao fato de que o intervalo de tempo entre a atribuição da opção e a compra de ações transforma o plano em típico sistema de remuneração diferida, na medida em que o colaborador que recebe as ações não pode dispor imediatamente.

De acordo com o Conselheiro do CARF, o Sr. Mauro José Silva, o fato gerador ocorre quando do exercício da opção e conseqüente aquisição das ações:

No momento da concessão do SOP, o prestador de serviço recebe um direito de optar pela compra de ações da empresa, ou de alguma empresa do grupo, numa determinada data, ou a partir de uma determinada data. Na quase totalidade dos SOP, o prestador não pode transferir tal direito, logo eventual vantagem para o prestador só virá no momento no qual exercer seu direito de compra das ações. Ou seja, após o exercício da opção, o prestador terá adquirido uma vantagem econômica correspondente a diferença entre o valor de exercício e o valor de mercado da ação. Nesse momento, se é permitido ao prestador de serviços vender a ação, como acontece na maioria dos SOP, o prestador de serviços opta por vender as ações ou mantê-las em seu patrimônio. Porém, a vantagem econômica já se completou e a decisão de não efetivar a vantagem em espécie não é mais tomada como prestador de serviços e sim como investidor. Assim considerado, devemos tomar o aspecto temporal do fato gerador das contribuições previdenciárias como o momento no qual ocorre o exercício das opções e a aquisição das ações. (SILVA, 2014, p. 205).

No entanto, ainda que minoritariamente, é possível encontrar acórdãos também do CARF que discordam do momento do fato gerador citado acima. Para a Relatora Elaine Cristina M. e Silva, no acórdão nº 2401.003-891, o fato gerador das contribuições previdenciárias ocorre na data em que são implementadas as condições para a aquisição das ações, independentemente do colaborador exercer ou não a

¹⁹ Vide Acórdãos CARF nº 2402.005.010; nº 2201-002-766; nº 2401-003.888.

opção de compra, isto é, a simples disponibilização já seria o suficiente para fins de incidência das contribuições previdenciárias.

Conforme visto, assim como se tem as diversas discussões da real natureza de um plano de opção de compra de ações, a definição temporal do fato gerador das contribuições previdenciárias, na eventualidade de se considerar um plano como uma remuneração indireta, também se mostra indefinido, o que mais uma vez comprova a necessidade de amadurecimento legislativo e jurisprudencial sobre o tema.

5. ANÁLISE DOS PROCEDENTES

Como antecipado ao longo desse trabalho, a jurisprudência sobre a matéria ainda se encontra em processo de assentamento. Considerando que se trata de um tema ainda indefinido na jurisprudência e com ausência de tratamento normativo, é de extrema importância analisar o comportamento dos tribunais administrativos e judiciais sobre o tema até então.

Começando pelo CARF, o posicionamento do tribunal na maioria dos julgados é no sentido de que os planos de *Stock Options* se traduzem em um novo mecanismo de remuneração indireta de funcionários, configurando assim um contrato salarial e, portanto, parte integrante do salário remuneração para fins de incidência das contribuições previdenciárias e retenção na fonte do imposto de renda.

No julgamento do acórdão nº 2402-005.010, julgado nesse ano pela nova composição do órgão, as condições do plano de *Stock Options* foram um diferencial para a determinação da natureza do contrato. Nesse caso o plano era concedido aos colaboradores das companhias de forma muito distinta das ações disponíveis em mercado, pois as ações eram disponibilizadas com preço subsidiado ou de forma gratuita e com ausência de risco. O plano estava vinculado à permanência do colaborador na empresa, inexistindo a possibilidade de transferência do direito à terceiros, ainda, havia habitualidade dos pagamentos, uma vez que existia contratualmente a previsão de resgates anuais. Por tais motivos os julgadores entenderam que se tratava de um contrato de natureza salarial, sujeito, portanto, à incidência das contribuições previdenciárias e seus reflexos.

Já no âmbito do acórdão 2301-004.282, analisou-se a natureza do plano de *Stock Options* com base nas cláusulas de continuidade do plano mesmo na hipótese de encerramento do contrato de trabalho. Nesse caso o colaborador mesmo desligado da empresa poderia efetuar a opção de compra das ações, no entanto mesmo com esse diferencial, que teoricamente afastaria o caráter da relação empregatícia, restou decidido que os valores concernentes ao plano integrariam o salário contribuição “pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil”.

No acórdão nº 2401003.044, também se analisou os termos do contrato, muito embora o CARF já possua uma flagrante tendência a considerar planos de compra de ações por colaboradores como um contrato de natureza salarial²⁰ vê-se sempre uma análise dos termos dos contratos para fins de definição da sua natureza. Nesse julgado novamente se entendeu que a opção pelas ações representava um ganho para o colaborador não decorrente de um contrato mercantil, mas de uma benesse concedida pela companhia, uma vez que não havia onerosidade na proposta.

No entanto, há julgados a favor do contribuinte, que ao analisarem os termos dos planos, identificam a ausência de natureza remuneratória, conforme decidido no acórdão nº 2803-003.815.

²⁰ Especialmente as proferidas nos acórdãos nº 2301-003.597, 2401-003.044; 2402-004.481, 2301-004.138, 2302-003.536, dentre outros.

Já em outro acórdão de nº 2402-005.011, o CARF decidiu por excluir a tributação sobre *Stock Options* porém em razão da indicação incorreta do fato gerador, pois a autuação entendeu que as contribuições previdenciárias se o imposto de renda seriam devidos na data do vencimento do prazo da carência das ações, independentemente da opção pelo trabalhador. Contudo, os julgadores se posicionaram no sentido de que se o empregado não exercer a opção, não se pode dizer que é proprietário daquela ação simplesmente em razão do vencimento do prazo de carência. Assim, considerando que o bem não foi incorporado ao patrimônio do empregado, não haveria qualquer ganho que pudesse se sujeitar à incidência das contribuições previdenciárias e do imposto de renda.

Já na esfera judicial, recentemente, em abril de 2016, foi proferido pelo TRF3 acórdão nos autos da apelação nº 002109058.2012.4.03.6100 que não se considerou a plano de *Stock Options* apresentado por uma companhia como remuneração decorrente do trabalho. Ao analisar o caso, o desembargador Andre Nekatschalow entendeu que a compra de ações pelo empregado cria uma relação jurídica contratual, "Portanto, o valor final obtido não decorre da remuneração em recompensa à força de trabalho do empregado, mas sim de um contrato mercantil. Assim, não é possível considerar como remuneração decorrente do trabalho e, conseqüentemente, não se submete à incidência da contribuição previdenciária".

Muito embora sempre se analise o caso específico – os termos do contrato, o procedente do TRF3 é de extrema validade para os contribuintes.²¹

6. CONCLUSÕES

Como tivemos a oportunidade de manifestar ao longo deste trabalho, os planos de *Stock Options* caracterizam-se como um contrato complexo e atípico, cujo regime tributário aplicável dependerá de uma análise casuística e sujeita ao exame de suas cláusulas.

A diversidade de modelos não permite uma conclusão unívoca no sentido de que tais modelos sejam sempre tratados como parte da remuneração ou como um contrato de compra e venda de ações de natureza mercantil.

Dessa feita, cabe ao intérprete analisar os elementos intrínsecos à caracterização de um contrato de compra e venda de ações e não de mera remuneração, conforme examinado nos Capítulos 2 e 3 acima.

Isto porque há elementos, a nosso ver, que afastam a natureza trabalhista de um plano de *Stock Options* pois, uma vez atendidos esses requisitos, já abordados nesse trabalho, a vantagem percebida pelo empregado/colaborador se desvincula da força de trabalho disponibilizada e se insere no poder deliberativo da companhia em oferecer as ações e do empregado/colaborador em decidir comprá-las ou não, sendo um plano oneroso, exposto à flutuação do mercado e de mera expectativa de direito sujeita à riscos.

Noutras palavras, com base no estudo aqui realizado, seguramente entendemos que presentes algumas características centrais, afasta-se a possibilidade de ser atribuído ao plano de opção de compra de ações o tratamento de natureza salarial, quando (i) houver a liberdade de adesão ao programa; (ii) o custo de compra das ações for arcado pelo comprador; (iii) houver risco no investimento; (iv) a compra das ações não estar vinculada às metas específicas a serem cumpridas pelo colaborador ou ao seu desempenho; (v) a incoerência de habitualidade / periodicidade na aquisição das ações; (vi) a instituição de um prazo mínimo em que as ações não poderão ser vendidas para terceiros; e (vii) a inexistência de cláusulas que limitem as perdas incorridas pelos colaboradores na hipótese das ações desvalorizarem.

²¹ Adicionalmente, apesar de muito menos volumosa a jurisprudência judicial, apresentamos outros julgados que tratam da matéria: TRF4 Processo 5000249-23.2014.404.0000, Desembargador Relator Rômulo Pizzolatti, em 15/01/2014 e TRF3 Agravo de Instrumento nº 0009944-50.2013.4.03.000/SP e Desembargador Federal André NEKATSCHALOW, em 31/07/2013.

Contudo, muito embora já se tenha traçado um perfil dos modelos que ofereçam riscos de serem considerados como mera remuneração indireta e a despeito da existência de precedente de uniformização que possibilite a estruturação de um racional sob quais aspectos deve-se considerar se tratar de um plano de natureza mercantil ou salarial, até que se tenha uma regulamentação normativa, os planos de *Stock Options* deverão continuar a ser objeto de um exame casuístico a partir da hermenêutica tradicional aplicada a cada caso.

7. REFERÊNCIAS

CARF. *Acórdão nº 2402.005.010*. Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2009 a 30/11/2009 PLANOS DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS). CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. Incidem contribuições previdenciárias sobre os ganhos que os segurados obtêm pelo exercício do direito de compra de ações quando se caracteriza a inexistência de risco para o beneficiário. 2016. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2201-002-766*. Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF Ano-calendário: 2007, 2008, 2009 OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. FATO GERADOR DE IMPOSTO DE RENDA. Os pagamentos efetuados a funcionários, executivos e demais prestadores de serviço da empresa, por meio de opção de compra de ações, caracterizam-se como remuneração, constituindo-se, assim, em fato gerador de imposto de renda.. 2016. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2401-003.888*. Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/04/2007 a 31/12/2008 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. Tratando-se as contribuições previdenciárias de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a norma decadencial aplicável é aquela prevista no art. 150 §4º do CTN, caso se verifique a antecipação de pagamento. 2015. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2301-003.597*. Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/11/2006 a 31/12/2009 NORMAS GERAIS. RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO. ANÁLISE. ALEGAÇÃO APÓS O RECURSO. A legislação determina que considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. No presente caso, a matéria em questão foi apresentada após o recurso e não demonstra... 2014. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2401-003.044*. Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008 AIOP (37.260.523-0) PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS - PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES- STOCK OPTIONS - NATUREZA SALARIAL - DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL - CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO Em sua concepção original o stock... 2014. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2402-004.481*. Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/08/2007 a 31/12/2008 I) DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL: AI Debcad nº 37.365.804-4 CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. ARRECADAÇÃO. A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições Previdenciárias (art.

3º, § 3º da Lei 11.457/2007). 2014. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2301-004.138*. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010 AUTOS DE INFRAÇÃO DEBCAD's sob nº 51.014.218-4 e nº 51.014.215-0 Consolidado em 30/01/2012 PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – REVOGAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA POR LEI COMPLEMENTAR – HIERARQUIA DAS LEIS Inconstitucionalidade de lei não compete ao CARF o julgamento. Matéria sumulada. Súmula CARF nº 2: 'O CARF não é... 2015. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

CARF. *Acórdão nº 2302-003.536*. Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/03/2008 a 30/06/2008 STOCK OPTIONS. PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. VANTAGENS OBTIDAS NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES. NATUREZA REMUNERATÓRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. As vantagens econômicas oferecidas aos empregados da empresa na aquisição de lotes de ações próprias, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações... 2015. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Natureza do stock options no direito do trabalho. *IOB, trabalhista e previdenciário, repertório de jurisprudência*, São Paulo. cad. 2, n. 16, 2001. p. 306 et seq.

SILVA, Mauro José. Natureza jurídica e a incidência das contribuições previdenciárias sobre as vantagens oriundas de planos de opções de ações (Stock Options Plan). A situação brasileira e o direito comparado. *Revista da receita federal: estudos tributários e aduaneiros*. Brasília. v. 1, n. 1, p. 189-212, ago./dez. 2014.

TRF3. Agravo de Instrumento nº 0009944-50.2013.4.03.000/SP. Desembargador Federal André NEKATSCHALOW, em 31/07/2013.

TRF4. Processo 5000249-23.2014.404.0000, Desembargador Relator Rômulo Pizzolatti, em 15/01/2014.

A NATUREZA JURÍDICA E A INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE AS VANTAGENS ORIUNDAS DE PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES (*STOCK OPTIONS PLAN*). A SITUAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO

Mauro José Silva*

RESUMO: O capítulo busca identificar a natureza jurídica das vantagens oriundas de um plano de opções de ações ou *stock options plan* (SOP), utilizando a pesquisa doutrinária, nacional e internacional, e a pesquisa de jurisprudência em sítios de órgãos administrativos e tribunais brasileiros. Posteriormente, definiremos a incidência das contribuições previdenciárias e apresentamos proposta de criação de uma isenção para que seja estimulado o uso de SOP como meio de incrementar o crescimento das empresas e o desenvolvimento nacional. Consignamos a posição do órgão regulador do mercado de valores mobiliários para, em seguida, investigarmos o enquadramento legal adequado. No caso de empregados, a contraprestatividade e a habitualidade, principais elementos da noção de salário, estão presentes, o que obriga o reconhecimento como vantagem de natureza salarial. No caso de prestadores de serviço não empregados, a vantagem que recebe o prestador por conta de um SOP preenche os requisitos da lei para ser reconhecida como parcela remuneratória. Definida a incidência, os aspectos temporal e quantitativo do fato gerador são delineados conforme as características comuns de um SOP. Além de definir a incidência no ordenamento jurídico brasileiro, são apresentados exemplos de jurisprudência administrativa e judicial sobre o assunto. Nesse aspecto, fica evidenciado que a jurisprudência nacional ainda não se consolidou em relação à natureza jurídica das vantagens oriundas de SOP. Mostramos os equívocos na argumentação que defende os dois principais argumentos contra a natureza salarial ou remuneratória das vantagens oriundas de SOP. Para ilustrar a situação no direito comparado, são apontados os exemplos dos Estados Unidos da América (EUA) e dos países da União Europeia. Em relação aos EUA, a incidência dos tributos similares às contribuições para a seguridade social é afastada somente para SOP habilitado segundo requisitos específicos. Os países europeus, em geral, adotam tributação similar aos EUA.

ABSTRACT: *The chapter seeks to identify the legal nature of the benefits arising from a stock options plan, using doctrinal research, national and international, and the research of case law on administrative bodies and sites of Brazilian courts. Subsequently, we established the incidence of social security tax and presenting proposal for an exemption to be stimulated using SOP as a means of increasing business growth and national development. We present the position of the regulator for the securities market to subsequently investigate the appropriate legal framework. In the case of employees, the main elements of the legal*

*Auditor-Fiscal da Receita Federal. Julgador de primeira instância na DRJ/SP. Ex- Conselheiro representante da Fazenda Nacional no CARF. Doutor em Direito pela USP.

concept of salary, consideration (synallagma, in Greek) and habituality, are present, which requires recognition as wage advantage. In the case of service providers not employed, the advantage that the provider receives on behalf of a SOP meets the requirements of the specific law to be recognized as remuneration plot. Defined the incidence, temporal and quantitative aspects of the taxable event is designed according to the common characteristics of an SOP. In addition to defining the incidence in the Brazilian legal system, examples of administrative and judicial case law on the subject are presented. In this respect, it is clear that national courts have not yet been consolidated on the legal nature of the benefits arising from SOP. We show the errors in reasoning that defends the two main arguments against the nature of salary or remuneration of the advantages derived from SOP. To illustrate the situation in comparative law are pointed out the examples of the United States of America (USA) and European Union countries. Compared to the U.S., similar to the incidence of contributions to social security taxes is cleared only for SOP enabled according to specific requirements. European countries generally adopt similar to U.S. taxation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. DESENVOLVIMENTO DO TEMA

2.1 Os principais argumentos contra a natureza salarial ou remuneratória da vantagem oriunda de SOP

2.2 A jurisprudência administrativa e judicial relacionada à natureza jurídica do SOP

2.3 Aspectos temporal e quantitativo do fato gerador das contribuições previdenciárias para vantagens oriundas de SOP

2.4 A incidência das contribuições para seguridade social em benefícios oriundos de SOP no direito comparado

2.5 Proposta de regras de habilitação para que os SOP desfrutem de uma isenção a ser prevista em lei

3. CONCLUSÕES

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o oferecimento de um plano de opções de ações ou *stock options plan* (SOP) tem sido cada vez mais usado entre as empresas com estabelecimentos no Brasil como meio de motivar os empregados e administradores, mantendo-os alinhados com os interesses dos acionistas e evitando que sejam atraídos para outras companhias. Ademais, um SOP é especialmente interessante e favorece o desenvolvimento nacional no caso de novos empreendimentos que necessitam atrair pessoal para a nova empresa que se lança no mercado (BICKLEY, 2012, p. 1).

Em 2001, 12 milhões de norte-americanos eram beneficiados por algum SOP, o que correspondia a 10% dos empregados de empresas privadas. Porém, em 2004, tal benefício foi bastante questionado no caso ENRON no qual foi constatado que a diretoria da empresa teria manipulado os balanços de modo a valorizar as ações da empresa e permitir aos executivos que estavam incluídos em SOP obterem ganhos significativos (CURTIS, *apud* DAL MAS, 2008, p. 18). A partir do caso ENRON, ficou evidente que a concessão de um SOP precisa ser acompanhada de cautelas para evitar que os administradores beneficiados tomem medidas para alterar artificialmente o valor de mercado da empresa (BICKLEY, 2012, p. 2).

Embora não existam estatísticas disponíveis quanto ao número de empresas que utilizam SOP no Brasil, é certo que desde a década de 1980 temos observado um crescimento na utilização de SOP como instrumento de motivação no ambiente empresarial, sem que exista clareza sobre as repercussões tributárias. Isso evidencia a relevância de nosso objetivo que é ampliarmos o debate sobre as repercussões tributárias, especialmente em relação às contribuições previdenciárias, das vantagens oriundas de tal plano.

Iniciamos com a previsão do direito positivo que consta na Lei 6.404/76 e com a manifestação do órgão regulador do mercado de valores mobiliários, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que aponta a natureza de remuneração da vantagem oriunda de SOP.

Indo além da posição do órgão regulador do mercado de valores mobiliários, mostramos que tanto para os empregados como para os prestadores de serviço não empregados, os requisitos presentes nas leis que definem salário ou remuneração estão presentes nas vantagens oriundas de um SOP.

A despeito de concluirmos pela natureza salarial ou remuneratória das vantagens oriundas de SOP, apresentamos e contraditamos dois argumentos doutrinários e jurisprudenciais mais comuns contrários a esta conclusão: SOP como operação mercantil e existência de risco para o prestador de serviço que participa do SOP.

A seguir, exibimos o resultado de pesquisa na jurisprudência administrativa e judicial relativa ao tratamento das repercussões tributárias das vantagens oriundas de SOP.

Para ilustrar o tratamento do assunto no direito comparado, expomos o modo como ocorre nos EUA a incidência de contribuições para a seguridade social sobre as vantagens oriundas de SOP, bem como comentamos sobre a situação nos países europeus.

Encerramos o artigo com uma proposta de requisitos para uma isenção a ser criada por lei de modo a estimular o uso do SOP como instrumento para motivar empregados e administradores a participar do crescimento da empresa e contribuir positivamente para o desenvolvimento nacional.

2. DESENVOLVIMENTO DO TEMA¹

NATUREZA JURÍDICA DE REMUNERAÇÃO DAS VANTAGENS ORIUNDAS DE STOCK OPTIONS PLAN NO DIREITO BRASILEIRO²

A PREVISÃO NO DIREITO POSITIVO E A POSIÇÃO DA CVM

As *stock options*, ou opções de compra de ações, estão previstas na Lei 6.404/76, em seu art. 168, parágrafo 3º:

"Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

(...)

§ 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle."

Como a CVM tem poderes para disciplinar, normatizar e fiscalizar a atuação dos diversos integrantes do mercado de valores mobiliários (art. 8º da Lei 6.385/76), é absolutamente relevante sua compreensão do funcionamento e da natureza das *stock options*.

Vejamos a noção de SOP oferecida pela CVM:

Na configuração mais comum, a opção de ações dá ao empregado o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo por um certo número de anos. O preço pelo qual a opção é concedida é usualmente o preço de mercado na data em que as opções são concedidas. A lógica deste benefício é a expectativa que o preço das ações subirá e os empregados poderão comprá-la pelo exercício (compra) a um preço mais baixo que foi referenciado no momento da concessão e vendê-lo pelo preço corrente do mercado, por exemplo. (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. 2007, item 25.3)

Da definição adotada pela CVM, destacamos algumas características das *stock options*:

- Representam "o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo por um certo número de anos";
- O preço pelo qual a opção é concedida é usualmente o preço de mercado na data em que as opções são concedidas;
- Tem por objetivo um aumento de produtividade;
- São usadas para remunerar executivos e funcionários.

Ciente de tais características, alguns termos são utilizados nos planos:

- Preço de exercício – é o valor a ser desembolsado pelo beneficiário para adquirir as ações subjacentes ao SOP;
- Prêmio ou preço da opção – é o preço que se paga para adquirir o direito de opção. Na maioria dos SOP, os beneficiários não pagam esse preço;

¹ O presente capítulo foi publicado originalmente como artigo na *Revista da Receita Federal* (SILVA, 2014). Para a nova publicação, atualizamos a jurisprudência administrativa e judicial.

² Em nossa Declaração de Voto no Acórdão 2301-003.587 constam argumentações que nesse tópico são adaptadas e ampliadas.

- Prazo de carência para exercício (em inglês, *vesting*) – é o prazo entre a concessão do SOP e a data que poderá ser feito o exercício da opção de compra. Na quase totalidade dos SOP, o beneficiário deve ficar vinculado à empresa nesse período, pois, do contrário, perde a opção de compra.

Destacamos que, para a CVM, a definição de *stock options plan* está estreitamente associada a uma forma de remuneração. Vejamos *in verbis*:

A concessão de ações aos empregados é considerada uma forma flexível de remuneração que pretende atrair e motivar os empregados concedendo uma parte do futuro crescimento da companhia. Essa forma também faz sentido para companhias abertas que pretendem manter uma forma contínua de remuneração e participação dos empregados na administração da companhia. A ideia geral é o benefício do aumento da produtividade e retenção de talentos adicionado à relativamente pequena diluição do capital através da concessão das opções em ações. O efeito positivo da remuneração aos empregados através da concessão de opções depende, em larga medida, da criação de um comprometimento real e significativo com os destinos da companhia. (Destques nossos)

(...)

A companhia aberta empregadora pode adotar vários tipos de planos para remunerar executivos e funcionários pela outorga de opções de compra de ações emitidas pela companhia.

Nos planos de outorga de compra de ações convencionais, por exemplo, a companhia empregadora outorga opções para compra de um número fixo de ações da companhia, a um preço estabelecido, durante um período específico, em troca de serviços correntes ou futuros dos executivos e funcionários. Este tipo de remuneração é usual no mercado americano e, em menor escala, nos mercados da comunidade europeia, como forma de alinhar os objetivos dos investidores ao objetivo dos administradores e empregados." (Destques nossos) (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. 2007, itens 25.2 e 25.3)

A despeito da posição da CVM que associa SOP a uma forma de remuneração, tanto de empregados como de executivos (não empregados), faremos a seguir uma análise se, de fato, o benefício se amolda ao conceito de salário ou remuneração. Para tanto devemos separar a noção de salário dos empregados daquela aplicável à remuneração dos diretores (executivos) não empregados.

NOÇÃO DE REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS

Na lição do saudoso Amauri Mascaro do Nascimento, dois elementos centrais compõem a noção de salário: contraprestatividade e habitualidade (NASCIMENTO, 2008, p. 23).³

A contraprestatividade ou caráter sinalagmático em relação à prestação de serviços tem como fundamento o art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e diz respeito ao liame entre vantagem econômica auferida pelo empregado e a atividade laboral por ele exercida. Tal liame, entretanto, segundo a linha doutrinária mais moderna, deve ser visto em seu conjunto e não prestação a prestação. Havendo a relação de emprego, o salário é a contraprestação dada pelo empregador em razão do conjunto de prestações laborais e dos períodos de interrupção do trabalho (SILVA, 2004, p. 108-9).⁴

No caso de um SOP, a contraprestatividade reside na existência do período de carência ou *vesting* durante o qual o empregado permanece prestando serviços para a empresa. A contratante entrega ao empregado uma *stock option* para mantê-lo motivado e prestando serviços por um período em seus

³ Há autores que apontam diversos elementos caracterizadores do salário, podendo chegar a doze elementos, como em Andrea Gonçalves Silva (2004, p. 100). No entanto, adotamos os dois aspectos fundamentais para a noção de salário, seguindo Amauri Mascaro Nascimento.

⁴ Ver também Maurício Godinho Delgado (2008, p. 711).

quadros. Pretende continuar dispondo do trabalho do profissional por um tempo e oferece-o uma vantagem oriunda da compra de ações em condições vantajosas que lhe proporcionarão um ganho patrimonial. Portanto, de um lado, temos a empresa oferecendo uma quantia ao trabalhador e, de outro lado, temos o empregado que deverá ficar vinculado à contratante e prestando serviços por um período para fazer jus à vantagem prometida. Tal configuração faz emergir a natureza contraprestacional da vantagem oriunda do SOP. A empresa quer o trabalho do empregado por um período e para isso compromete-se a proporcionar-lhe uma vantagem por meio do SOP.

Na maioria dos SOP não seria correto descrevermos a operação como uma situação na qual a empresa tem o direito de receber o pagamento pelas ações e dever de entregá-las ao prestador de serviço vinculado à empresa, enquanto que este terá o dever de pagar pelas ações e o direito a recebê-las em sua órbita patrimonial. Tal descrição não captura integralmente os deveres do prestador de serviço, empregado ou diretor, pois este deve manter-se vinculado à empresa e prestando seus serviços durante um certo período de tempo, conforme cláusula comum na regulação do SOP que estabelece que se houver o desligamento da empresa o prestador perderá o direito de exercer a opção. O caráter sinalagmático ou contraprestativo da operação é nítido. Pensar diferente ofende o bom senso, sendo portanto fato notório, pois nenhuma empresa no mundo capitalista ofereceria uma vantagem ao prestador de serviço permitindo que no dia seguinte este deixe seus quadros e continue podendo reivindicar o benefício futuro. É óbvio o sinalagma consistente na obrigação de o prestador de serviços manter-se prestando serviços para a empresa durante um certo período de tempo e na obrigação da empresa de vender ações por um preço preestabelecido.

A habitualidade da contraprestação pelo trabalho não pode ser confundida com o momento de pagamento deste. A vantagem patrimonial para o empregado ocorrerá quando sua obrigação nessa relação jurídica com o empregador estiver completa e houver o exercício da opção por valor inferior ao preço de mercado da ação. Diante da existência do período de carência ou *vesting*, temos a situação na qual o ganho do empregado só existirá depois que completar esse período. Antes disso o empregado nada recebe e nem mesmo pode transferir as *stock options* que recebeu. Ou seja, o ganho não se dá no mesmo período em que ocorre o pagamento, mas durante o período no qual o empregado assumiu ficar vinculado ao novo empregador. A vantagem percebida pelo empregado, assim, não é eventual, mas habitual, pois ocorre paulatinamente na medida em que o serviço é prestado, completando-se com o exercício da opção.

NOÇÃO DE REMUNERAÇÃO DE PRESTADORES DE SERVIÇOS HABITUAIS NÃO EMPREGADOS

Não sendo os diretores e/ou executivos empregados, sua relação com a empresa não está regida pela legislação trabalhista. Logo, o conceito de remuneração para os chamados contribuintes individuais não está adstrito ao conteúdo da CLT por força do art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN), como no caso dos empregados. Por conta disso, fomos buscar outras disposições de nosso direito positivo que tratem, genericamente, de remuneração e encontramos o art. 74 da Lei 8.383/91, *in verbis*:

Art. 74. Integrarão a remuneração dos beneficiários:

(...)

I – as despesas com benefícios e vantagens concedidos pela empresa a administradores, diretores, gerentes e seus assessores, pagos diretamente ou através da contratação de terceiros, tais como:

(...)

1º A empresa identificará os beneficiários das despesas e adicionará aos respectivos salários os valores a elas correspondentes.

(...)"

A lei, portanto, no caso de administradores, gerentes e seus assessores inclui na remuneração todo e qualquer benefício ou vantagem concedido pela empresa. Assim, a vantagem oriunda do SOP está perfeitamente enquadrada na noção de remuneração dos prestadores de serviço não empregados.

2.1. Os principais argumentos contra a natureza salarial ou remuneratória da vantagem oriunda de SOP

Dois argumentos são comuns àqueles que tentam demonstrar a natureza não salarial ou remuneratória dos SOP:

- é uma operação mercantil e não submetida ao direito trabalhista;
- o empregado ou prestador de serviço submete-se a um risco.

NATUREZA NÃO MERCANTIL DO SOP

Um dos doutrinadores mais frequentemente citados nas discussões sobre SOP é Sérgio Pinto Martins. O festejado autor enxerga no SOP uma operação mercantil, no trecho a seguir, que nitidamente confunde a opção de compra de ações com as próprias ações: "A natureza jurídica da opção de compra de ações é mercantil, embora feita durante o contrato de trabalho, pois representa mera compra e venda de ações." (MARTINS, 2001, p. 306).

Para considerar os SOP como uma operação mercantil, devemos indagar, inicialmente, qual seria esse mercado. Tratando-se de um direito derivado de um valor mobiliário, a ação, a resposta óbvia é: se for uma operação mercantil, será uma operação no mercado de valores mobiliários. Sendo assim, tem alta relevância a natureza atribuída pelo órgão regulador de tal mercado, a CVM, às *stock options plan*. Como já vimos, a CVM, nos itens 25.2 e 25.3 do Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007, é enfática ao afirmar que se trata de uma forma de remuneração de executivos e empregados e não uma simples "operação de mercado". Porém, mais relevante para afastarmos o argumento de que o SOP é uma operação mercantil é indagarmos como foi feita a oferta das *stock options*. Ou seja, devemos indagar se as *stock options* foram oferecidas ao público em geral, incluindo os empregados e diretores, ou foi oferecida somente aos empregados e diretores. Se foi oferecida ao público em geral, submetendo-se às regras do mercado, e a aquisição das *stock options* pelos empregados e diretores foi feita nas mesmas condições do público em geral, será, sem dúvida, uma operação mercantil. Porém, se foi oferecida somente aos empregados e diretores ou se empregados e diretores desfrutaram de condições especiais, fica afastada a natureza de operação mercantil, posto que a oferta não foi feita para o "mercado" e sim para um grupo de pessoas específico que possuía relação de emprego ou prestava serviços para a ofertante. Em outras palavras, emerge naturalmente a estreita relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço, como empregado ou como diretor.

Nesse sentido temos as conclusões de Andrea Gonçalves Silva:

Nesse contexto, é incontroverso que a oferta de planos de *stock options* a trabalhadores decorre da relação de trabalho travada entre a empresa e o profissional, de sorte que os planos são ofertados a empregados e prestadores de serviços da companhia, e não a clientes, simpatizantes da empresa, ou qualquer outro grupo de pessoas. E mais, é por se tratar de um incentivo econômico estritamente ligado ao contrato de trabalho que, em caso de rompimento desse contrato antes do *vesting date*, extingue-se a expectativa de direito que o trabalhador detinha, e a opção que o plano garantia não poderá ser exercida. (SILVA, 2004, p. 123).

Nossa conclusão é no sentido de assumir que a operação que envolve o SOP não tem natureza mercantil, embora o negócio jurídico subjacente seja, em regra, um negócio mercantil. Ou seja, no caso de um SOP, o negócio tipicamente mercantil de opções de compra de ações é utilizado numa operação não mercantil, tendo em conta que esta não envolve oferta ampla ao mercado e sim oferta restrita a um grupo de prestadores de serviço ligados à ofertante.

AUSÊNCIA DE RISCO PARA O PRESTADOR DE SERVIÇO

Muitas lições doutrinárias e jurisprudenciais apontam um risco do prestador como um dos aspectos centrais para concluir pela natureza não salarial da vantagem oriunda de SOP. É o caso de Sérgio Pinto Martins que, além de enfatizar o risco, mais uma vez confunde a opção de compra de ações com as próprias ações. Vejamos:

Por se tratar de risco do negócio, em que as ações ora estão valorizadas ora perdem seu valor, o empregado pode ter prejuízo com a operação. É uma situação aleatória, que nada tem a ver com o empregado em si, mas com o mercado de ações (MARTINS, 2001, p. 306).

O empregado ou prestador de serviço submete-se a algum risco quando incluído num *stock options plan*? Geralmente, num SOP é concedido ao empregado ou prestador de serviço o direito de comprar um certo número de ações da companhia a um preço fixo a partir de uma certa data. Normalmente, esse direito é concedido de forma gratuita. Se na data em que for possível fazer a compra das ações o preço fixado na opção de compra for inferior ao preço de mercado, então concretiza-se um benefício para aquele que possui a opção de compra. Se, por outro lado, o preço de mercado for inferior ao preço constante da opção de compra, obviamente, o empregado ou prestador de serviço não irá realizar a compra. Teria o empregado ou prestador de serviço perdido algum dinheiro nessa última hipótese? Não, pois a opção de compra foi-lhe concedida gratuitamente. Não perdeu nada, apenas deixou de ganhar. É óbvio que só corre risco aquele que pode perder algo. Deixar de ganhar não representa risco.

Não podemos confundir o período que antecede a compra das ações com o período posterior à compra destas. Até o momento da compra das ações, o empregado ou prestador de serviço não corre risco algum. Se no momento de exercer a opção o valor de exercício desta for inferior ao valor da ação no mercado, o empregado ou prestador de serviço terá grande benefício, sendo que tal benefício foi-lhe concedido em virtude de sua prestação de serviço por um período de tempo na empresa, com nítido caráter contraprestativo e com habitualidade presente na prestação de serviços num período de tempo. Se, ao contrário, o valor de exercício desta for superior ao valor da ação no mercado, o titular da *stock option* deixa de exercê-la e, como nada pagou para possuí-la, nada perde.

Sobre a ausência de risco que reforça a natureza retributiva das *stock options* disponibilizadas aos trabalhadores da empresa, assim se manifestou Andrea Gonçalves Silva:

Com efeito, a análise dos planos de *stock options* evidencia a natureza retributiva, pelo contrato de trabalho prestado, das opções de compra de ações por eles outorgadas. Nesse diapasão, se esses planos forem disponibilizados a trabalhadores vinculados à empresa outorgante dos planos, por meio de contratos de emprego, referidas opções possuirão natureza salarial, pois elas representam uma vantagem econômica dada gratuitamente, pelo empregador, em razão do contrato de trabalho, sem onerosidade, nem aleatoriedade, sendo que o único risco que o trabalhador tem é o de não ganhar para além da remuneração fixa, o que é completamente compatível com as formas de remunerações flexíveis. Assim sendo, as opções em epígrafe produzirão todos os reflexos trabalhistas e tributários típicos das prestações salariais." (SILVA, 2004, p. 136-7) (Destques nossos)

Nesse sentido, Viviane Castro Neves Pascoal M. Dal Mas foi enfática ao afirmar que tendo em conta "que o exercício é facultativo, o beneficiário das Stock Options ao receber a oportunidade de comprar e vender as referidas ações não corre risco de perder". (DAL MAS, 2008, p. 41). Na jurisprudência administrativa do CARF, o relator do voto vencedor do Acórdão 2301-003.587, Conselheiro Marcelo Oliveira, igualmente reconheceu que, em geral, não há risco nos SOP oferecidos pelas empresas.

Um exemplo ajuda a entender. A empresa E concede, em 20XX, a um grupo de empregados e diretores um SOP que consiste em poder adquirir ações da empresa daqui a dois anos pelo preço atual das ações no mercado, R\$ 10,00. Nenhum valor é cobrado dos prestadores de serviço para receberem a stock option e somente poderá exercer a opção aquele que se mantiver ligado à empresa durante todo o transcorrer dos dois anos. Transcorrido tal período, a ação da empresa E está cotada a R\$ 13,00 no mercado. Obviamente todos que possuem a stock option irão exercer sua opção e adquirir a ação da empresa E por R\$ 10,00, pois vislumbram vendê-las por R\$ 13,00 com ganho imediato de R\$ 3,00 por ação. O esforço de trabalho e dedicação dos prestadores de serviço durante dois anos foi recompensado com um bom ganho. Nesse momento, esgota-se a relação trabalhista ou relativa à prestação de serviço. Após o exercício da opção e aquisição das ações, se avaliarmos o patrimônio de cada prestador de serviço ele terá sido aumentado no valor correspondente a R\$ 3,00 por ação graças à sua prestação de serviços à empresa E durante os últimos dois anos. O que acontecer a partir desse momento deve-se a uma decisão pessoal do empregado ou prestador de serviço. Se alguns deles decidem não vender de imediato as ações adquiridas para mantê-las e aguardar uma maior valorização, é uma decisão que, de fato, envolve risco, mas que em nada se relaciona com o momento anterior. Se alguns prestadores mantiverem as ações e estas, um ano depois, forem negociadas no mercado por R\$ 8,00, tais empregados terão, por decisão pessoal, perdido parte de seu patrimônio. Ou seja, deixaram de realizar um ganho imediato e concreto de R\$ 3,00 – ganho este totalmente relacionado à prestação de serviço na empresa E – e amargaram uma perda de R\$ 2,00. Porém, tal perda é resultado de uma operação autônoma e posterior ao encerramento do SOP. A partir do momento que exerceu direito de compra, o prestador de serviço, que podia realizar um ganho imediato de R\$ 3,00, passou para a condição de acionista correndo todos os riscos de um investidor. Aqueles que optaram por manter as ações poderiam, por outro lado, ter obtido um resultado positivo com isso, pois a ação poderia ter sido valorizada para, por exemplo, R\$ 16,00. Novamente esse ganho em nada se relacionaria com a prestação de serviços, mas sim com uma decisão pessoal como investidor.

Como muito bem apontou Andrea Gonçalves Silva, os argumentos que atribuem risco para o empregado no SOP confundem qual foi o ativo econômico concedido pela empresa ao prestador de serviço. Vejamos:

Uma análise apurada dos planos de *stock options* demonstra que o ativo econômico oferecido ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas opções.

(...)

Outrossim, a opção de compra de ações não atrai risco ao salário fixo do trabalhador, nem ao seu patrimônio pessoal, uma vez que a empresa dá ao trabalhador um ativo econômico distinto das ações subjacentes ao plano. Observe-se que o risco que o obreiro pode vir a assumir será deflagrado após a entrega da contraprestação do empregador, caso o trabalhador decida exercer suas opções e permanecer como o titular das ações decorrentes do plano de *stock options*. Deve-se ressaltar que a decisão acerca do exercício das opções e do momento de venda das ações frutos dessas opções em nada se atrela ao contrato de trabalho, tratando-se de uma decisão pessoal do profissional que, nesse ínterim, atua enquanto investidor que livremente gere seu patrimônio pessoal, não como prestador de serviços. (Grifo nosso)

2.2. A jurisprudência administrativa e judicial relacionada à natureza jurídica do SOP

Até 2014, a jurisprudência administrativa e judicial no Brasil ainda não havia assumido uma conformação nítida em relação à natureza jurídica das vantagens oriundas de SOP e as respectivas repercussões tributárias.

No entanto, de 2014 a 2016, a jurisprudência administrativa vem tomando uma posição largamente favorável às conclusões que assumimos quanto à natureza remuneratória dos benefícios oriundos de SOP, conforme mostraremos em item subsequente.

Por outro lado, ainda não é possível vislumbrar que o Poder Judiciário tenha assumido a mesma tendência. A seguir apresentamos alguns exemplos⁵ que ilustram as tendências da jurisprudência, observando que no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) não foi encontrada qualquer decisão colegiada ou monocrática com a expressão "*stock option*".

A JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF)

Na jurisprudência do CARF, até 2014, encontrávamos o Acórdão 2301-003.597, de 20/06/2013, que destacava a ausência de risco em SOP e afastava a natureza de operação mercantil. *In verbis*:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARCELA INTEGRANTE. REMUNERAÇÃO. *STOCK OPTIONS*. INTEGRAÇÃO.

Salário de Contribuição, para o contribuinte individual, é a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês. No presente caso a concessão de '*stock options*' aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo deve integrar o salário de contribuição, pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil, pois ausente risco.

Nos últimos dois anos, a posição do CARF foi se consolidando pela natureza remuneratória dos benefícios oriundos de SOP, conforme alguns exemplos que assinalamos:

Acórdão nº 2401-004.467, julgado em 16 de agosto de 2016

STOCK OPTIONS. OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES. ATIVO ECONÔMICO OFERTADO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. CONTRAPRESTAÇÃO PELO TRABALHO.

Os planos de "*stock options*" concedidos pela empresa, avaliados no caso concreto, revelam a existência de uma relação entre o benefício oferecido e a prestação de serviço pelo beneficiário. O ativo econômico

proporcionado ao trabalhador pela empresa são as opções de compra de ações, e não as ações subjacentes a essas operações. Por um lado, a empresa oferece uma vantagem ao trabalhador; de outro, o beneficiário deve continuar vinculado à contratante, prestando serviços pelo lapso de tempo mínimo estabelecido, denominado de período de carência ou "*vesting*", até adquirir o direito ao exercício das opções de compra das ações. No que tange às opções de compra de ações, há ausência de risco e onerosidade para o prestador de serviço.

⁵ A pesquisa da jurisprudência no STJ e STF foi atualizada até 28 de outubro de 2016.

Acórdão nº 2402-005.346, julgado em 15 de junho de 2016

PLANO DE OPÇÃO DE AÇÕES. RETRIBUIÇÃO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Sobre a retribuição pela prestação de serviços na forma de salário utilidade, representado pelo ativo financeiro opções de ações, conferidas a diretores e empregados da pessoa jurídica, incidem as contribuições previdenciárias previstas na legislação de regência.

Acórdão nº 2202-003.367, julgado em 10 de maio de 2016

PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. EMPREGADOS. PLANO DE OPÇÃO PARA COMPRA DE AÇÕES STOCK OPTIONS. NATUREZA SALARIAL. DESVIRTUAMENTO DA OPERAÇÃO MERCANTIL. CARACTERÍSTICAS DOS PLANOS AFASTAM O RISCO. Ocorrendo o desvirtuamento do *stock options* em sua concepção inicial, tanto pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações quanto pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Na maneira como executado o Plano, com a minimização do risco, passa a outorga de ações a representar a verdadeira intenção de ter o trabalhador a opção de ganhar com a compra das ações. As vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição, base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Acórdão nº 2402-005.010, julgado em 17 de fevereiro de 2016

PLANOS DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES (STOCK OPTIONS). CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. Incidem contribuições previdenciárias sobre os ganhos que os segurados obtêm pelo exercício do direito de compra de ações quando se caracteriza a inexistência de risco para o beneficiário. No caso sob apreço, inexistia qualquer desembolso quando do fechamento dos contratos de opção entre a empresa e seus diretores/empregados e estes poderiam ao final do período de carência receber a diferença entre o valor de mercado das ações exercidas e o seu preço de exercício, estando isentos de qualquer risco de perda. A ocorrência do fato gerador para a verba em questão se dá quando da transferência das ações ao patrimônio dos beneficiários, que se concretiza no momento do exercício do direito de compra.

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS FEDERAIS⁶

Procurando pela expressão "*stock option*" somente encontramos decisões colegiadas ou monocráticas nos tribunais da 3ª e 4ª regiões.

Na decisão monocrática encontrada no Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, a Relatora baseou-se na natureza mercantil da operação e na existência de risco para o beneficiário para, assim, concluir quando analisava o pedido de efeito suspensivo:

⁶ Foi feita tentativa de atualização da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do TST até 28 de outubro de 2016, mas não obtivemos novos resultados.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0009944-50.2013.4.03.0000/SP

Decisão de 31/07/2013

"(...)

Em que pese a opção da compra de ações somente ser possível em decorrência da relação de emprego existente entre a agravada e seus empregados (fl. 57), o que sugere tratar-se de retribuição pelo trabalho, verifica-se que o valor final obtido, como bem ressalta a decisão agravada, decorre de um contrato mercantil sujeito aos riscos do mercado de ações. Essa porção de ganho, em que pese constituir acréscimo patrimonial, não decorre, portanto, da remuneração pelo uso da força de trabalho do empregado.

Concluo, como o MM Juízo *a quo*, que o resultado positivo dessa operação não pode ser considerado remuneração decorrente do trabalho e, assim, não se submete à incidência da contribuição previdenciária.

Anoto, por oportuno, que o desconto de valores dos salários dos empregados, para a aplicação em tais ações, não deve, por sua vez, reduzir a base de cálculo da contribuição devida, valor da remuneração do empregado.

(...)"

Ainda no TRF da 3ª Região, foi encontrada uma decisão colegiada que tratou somente da incidência do imposto sobre a renda, afastando a natureza indenizatória da vantagem oriunda de SOP:

AMS 00376725120034036100

AMS – APELAÇÃO CÍVEL – 268948. Julgamento em 17/05/2012

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. NÃO ISENTO. ART. Nº. 43 DO CTN. LEI Nº. 9.340/96. 1. Em mandado de segurança, o impetrante busca afastar a incidência de imposto de renda sobre parcelas recebidas em consequência de rescisão unilateral de contrato de "*stock option*", alegando o caráter indenizatório de tais verbas. 2. No caso vertente, as verbas recebidas não possuem caráter indenizatório sendo, em verdade, proventos de natureza civil decorrentes de rescisão contratual. 3. A exigência de imposto de renda sobre as verbas em questão é prevista pela interpretação conjunta do art. 43 do CTN, art. 70 da Lei nº 9.430/96 e art. 681 do Regulamento do Imposto de Renda. 4. Apelação e remessa oficial providas."

No TRF da 4ª Região, foi possível encontrar uma decisão monocrática que aceitou a incidência das contribuições previdenciárias nas vantagens oriundas de SOP, vislumbrando a natureza contraprestativa destas nos seguintes termos:

Processo: 5000249-23.2014.404.0000, decisão de 15/01/2014

Relator Desembargador RÔMULO PIZZOLATTI

"Em nível de cognição sumária, não vislumbro relevância no fundamento do recurso, pois a contribuição do empresário à seguridade social, de que trata a alínea "a" do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, não incide apenas sobre a folha de salários, em seu sentido estrito ou trabalhista, mas também sobre os demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, o que em princípio inclui os rendimentos obtidos pelo trabalhador ou prestador de serviço com o exercício de "*Stock Options*", concedidas não por simples liberalidade (pois o empresário visa sempre ao lucro), mas como recompensa ou retribuição, ainda que indireta, pelo trabalho ou serviços realizados pelo beneficiário. Não se incluem entre os fatos geradores da contribuição previdenciária do empresário, evidentemente, apenas as verbas de caráter indenizatório – porque não atribuíveis ao trabalho –, nem aquelas que, embora

remuneratórias, são excluídas expressamente pela lei, como é o caso da participação nos lucros ou resultados da empresa, Lei nº 8.212, de 1991, art. 28, §9º, "j". Enfim, não se pode desconsiderar que também às contribuições se aplica, em grau variável, o princípio da capacidade contributiva, e que, considerado em seu aspecto positivo, esse princípio importa que, se existe capacidade contributiva – o que é bem evidenciado pela retribuição suplementar do trabalho mediante "Stock Options" –, a lei tributária tem de alcançá-la até onde ela for detectada (cf. Marco Aurélio Greco, Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária, São Paulo, Dialética, 1998, p. 45)."

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

Na jurisprudência do TST tem prevalecido a natureza não salarial das vantagens oriundas de SOP, com predominância dos argumentos fundados na questão do risco a que, supostamente, estaria submetido o beneficiário do SOP. Vamos a alguns exemplos:

Recurso de Revista nº TST-RR-134100-97.2000.5.02.0069, julgado em 10/11/2010

Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado

"(...)

2. COMPRA DE AÇÕES PARA POSTERIOR REVENDA. "STOCK OPTIONS". NATUREZA NÃO SALARIAL. As "stock options", regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7º, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição. De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, se o recurso de revista pressupõe o exame de prova documental e suposta confissão da Reclamada, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Recurso não conhecido, no aspecto."

Recurso de Revista nº TST-RR-217800-35.2007.5.02.0033, julgado em 17/11/2010

Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado

"STOCK OPTIONS. O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, nº 6404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício de natureza jurídica mercantil. O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial."

Processo nº TST-RR-3273/1998-064-02-007; CJ AIRR-3273/1998-064-02-40.1, julgado em 15/03/2006

Relator Ministro Barros Levenhagen

"OPTION PLANS. NATUREZA SALARIAL. Não se configura a natureza salarial da parcela quando a vantagem percebida está desvinculada da força de trabalho disponibilizada e se insere no poder deliberativo

do empregado, não se visualizando as ofensas aos arts. 457 e 458 da CLT. Os arestos colacionados revelam-se inservíveis, nos termos da Súmula nº 296 do TST e do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido."

2.3. Aspectos temporal e quantitativo do fato gerador das contribuições previdenciárias para vantagens oriundas de SOP

No momento da concessão do SOP, o prestador de serviço recebe um direito de optar pela compra de ações da empresa, ou de alguma empresa do grupo, numa determinada data, ou a partir de uma determinada data. Na quase totalidade dos SOP, o prestador não pode transferir tal direito, logo eventual vantagem para o prestador só virá no momento no qual exercer seu direito de compra das ações. Ou seja, após o exercício da opção, o prestador terá adquirido uma vantagem econômica correspondente à diferença entre o valor de exercício e o valor de mercado da ação. Nesse momento, se é permitido ao prestador de serviços vender a ação, como acontece na maioria dos SOP, o prestador de serviços opta por vender as ações ou mantê-las em seu patrimônio. Porém, a vantagem econômica já se completou e a decisão de não efetivar a vantagem em espécie não é mais tomada como prestador de serviços e sim como investidor.

Assim considerado, devemos tomar o aspecto temporal do fato gerador das contribuições previdenciárias como o momento no qual ocorre o exercício das opções e a aquisição das ações.

Por seu turno, a base de cálculo, um dos componentes do aspecto quantitativo do fato gerador, corresponde à diferença entre o valor de exercício e o valor de mercado do conjunto de ações adquiridas no dia no qual as ações entram no patrimônio do prestador de serviços.

Como se nota, os dois aspectos, temporal e quantitativo, não podem ser identificados até que ocorra o exercício da opção, pois a vantagem econômica ainda não foi efetivada.

Se o prestador optar por não realizar imediatamente seu ganho, permanecendo com as ações e, posteriormente, apurar ganho, este não terá qualquer relação com as contribuições previdenciárias, mas será ganho de capital que sofrerá a incidência do imposto sobre a renda.

2.4. A incidência das contribuições para seguridade social em benefícios oriundos de SOP no direito comparado

A natureza remuneratória da vantagem econômica oriunda de SOP é reconhecida nos Estados Unidos da América (EUA) e na maioria dos países da Europa. Nestes países não se discute se as vantagens advindas do SOP são tributáveis ou não. O que se discute é que tipo de SOP desfrutará de benefícios fiscais e quais serão eles, pois a regra é que os benefícios oriundos dos SOP são tributáveis tanto pelo imposto de renda quanto pelas contribuições sociais para seguridade social, entre elas as contribuições previdenciárias.

A INCIDÊNCIA E A ISENÇÃO ESPECÍFICA PARA OS NORTE-AMERICANOS

Nos EUA, dois tributos federais significativos incidem sobre a folha de pagamentos: a Contribuição para a Seguridade Social (CSS) (*Federal Insurance Contribution Act (FICA)*) e a Contribuição para Financiamento do Auxílio-Desemprego (CFAD) (*Federal Unemployment Tax Act (FUTA)*).⁷

⁷ A tradução para "contribuição" é uma opção do autor para permitir ao leitor compreender as exações como tributos com destinação e com arrecadação voltada para uma destinação específica de modo similar ao sistema tributário brasileiro. No caso da CSS, adotamos "seguridade social" para destacar que é destinada tanto à Previdência quanto à Saúde, o que seria similar à definição de seguridade social do art. 194 da Constituição Federal (CF) do Brasil. As siglas para os tributos foram adotadas pelo autor para facilitar a referência no texto.

A CSS norte-americana inclui uma parte para o financiamento da previdência e outra para o financiamento da Saúde. Para o financiamento da previdência é aplicada uma alíquota de 6,2% para o empregador e 6,2% para o empregado sobre o valor dos salários, sendo este limitado anual e individualmente, em 2013, a US\$ 117.000. No caso da parte que financia a Saúde, não há limite da base de cálculo e as alíquotas são de 1,45% para empregador e 1,45% para empregado. Portanto, temos 12,4% para a previdência e 2,9% para a Saúde, o que totaliza 15,3%. Há ainda um adicional de até 0,9% para a parte destinada à Saúde no caso de salários que ultrapassem US\$ 200.000. (INTERNAL REVENUE SERVICE. Topic 751).

A CFAD é destinada ao financiamento do auxílio-desemprego e benefícios relacionados ao trabalhador, tendo, portanto, se considerado nosso sistema tributário, características de contribuição para seguridade social destinada ao financiamento de assistência social nos moldes do art. 203, inciso III da Constituição Federal (CF). Incide sobre os salários até o limite anual de US\$ 7.000, com alíquota de 6%, sendo permitido o crédito de tributo similar cobrado por Estado (INTERNAL REVENUE SERVICE. Topic 759).

Os norte-americanos instituíram benefícios fiscais para os SOP em relação à incidência desse dois tributos e do imposto sobre a renda. São dois os tipos de SOP habilitados para desfrutar dos benefícios (BICKLEY, 2012, p. 4):

- SOP incentivo;
- SOP para empregados.

Em ambos os casos, o SOP deve seguir alguns requisitos mínimos:

- Ser escrito e aprovado pelos acionistas;
- A opção de compra tem um prazo de até 10 anos para ser exercida;
- As ações objeto da opção devem ser da empresa para a qual o beneficiário presta serviço, sua controladora ou subsidiária;
- O preço de exercício deve ser de, no mínimo, 100% do valor de mercado da ação na data do oferecimento, no caso do SOP incentivo e 85% para o SOP para empregados;
- O limite anual para aquisição de ações por meio de um SOP é de US\$ 100.000 no caso do SOP incentivo e US\$ 25.000 para o SOP para empregados.

As eventuais vantagens econômicas para o beneficiário oriundas de um SOP habilitado, seja um SOP incentivo ou um SOP para empregados, não estão sujeitas aos tributos incidentes sobre o salário (CSS e CFAD), na parte do empregador ou na parte do empregado. As empresas não estão impedidas de oferecerem SOP que não obedeça às regras de habilitação, mas os SOP não habilitados não desfrutam dos benefícios fiscais em relação à CSS e CFAD (BICKLEY, 2012, p. 7).

OS PAÍSES EUROPEUS: INCIDÊNCIA, EM REGRA, E ISENÇÃO SIMILAR AO MODELO DOS EUA

O uso do SOP como instrumento de motivação para os empregados e administradores, especialmente para estes últimos, é muito mais difundido nos EUA do que na Europa, mas as grandes empresas europeias têm adotado amplamente o SOP. Na maioria dos países europeus os benefícios econômicos são tratados como salários e submetidos às contribuições previdenciárias, havendo, no entanto, alguns países, como Espanha, Itália, Reino Unido, que instituem tratamento especial para os SOP habilitados, de forma similar aos EUA (OECD, 2005, p. 48).

2.5. Proposta de regras de habilitação para que os SOP desfrutem de uma isenção a ser prevista em lei

Considerando os efeitos benéficos para o desenvolvimento nacional de um SOP e a situação atual, em quase todos os casos⁸, de tributabilidade das vantagens econômicas oriundas de tal plano, poderíamos, com inspiração no modelo norte-americano, cogitar da criação de uma isenção para SOP que preenchesse requisitos de habilitação para desfrute do benefício fiscal a ser criado por lei.

Entre os requisitos para um SOP ser considerado habilitado para a isenção podemos ter:

- Preço de exercício mínimo no tempo da concessão – para que se afaste qualquer suspeita de fraude quanto ao SOP ser utilizado como parcela flagrantemente substitutiva do salário, o preço de exercício deve ser igual ou bem próximo do preço da ação no mercado na data de lançamento do plano;
- Número máximo de ações a serem exercidas por ano – esse limite, de forma similar ao requisito anterior, serviria para afastar a possibilidade de a vantagem oriunda do SOP assumir caráter substitutivo do salário. Para os empregados poder-se-ia cogitar de um limite de 20% do salário anual, o que seria razoável, uma vez que o preço de exercício deverá ser suportado pela poupança anual do empregado.⁹ Para os diretores, considerando um poder maior de poupança, poder-se-ia discutir um limite superior a esse, mas que não ultrapassasse o salário anual do beneficiário de modo a não caracterizar a substitutividade do salário e não conflitar com a *mens legis* do dispositivo do art. 152, §1º da Lei 6.404/76;
- Número mínimo de anos para manter as ações após o exercício antes que possam ser vendidas – esse requisito adiciona risco à operação e evidencia o caráter de indução de aumento da produtividade e não como simples meio de remuneração;
- Opções somente de ações da empregadora, da controladora ou de empresa do grupo – não faz sentido um SOP relacionado a ações de empresa que não seja do grupo, tendo em conta que o objetivo de contribuir para o desenvolvimento nacional só se efetiva em relação às empresas que estejam sob influência da atuação do prestador de serviço;
- Impossibilidade de adquirir ações de um SOP nos anos que vender lote adquirido anteriormente por meio de SOP – ao impedir a aquisição anual, fica garantido que as aquisições serão feitas com poupança do interessado e não com recurso de outra venda. Além disso, enfraquece a habitualidade, traço característico do salário.

3. CONCLUSÕES

A natureza jurídica das vantagens econômicas oriundas de um SOP não pode ser dissociada da ideia de remuneração e, portanto, deve estar submetida à incidência das contribuições previdenciárias, uma vez que, no caso dos empregados, trata-se de contraprestação habitual pelo trabalho e, no caso de não empregados, é uma vantagem paga pela contratante que se amolda ao art. 74 da Lei 8.383/91. A incidência de tributos como regra é o caminho adotado pelos EUA e pela maioria dos países da União Europeia.

Um SOP não é uma operação mercantil, uma vez que a oferta das *stock options* não é feita ao mercado e sim a um grupo de pessoas que se relacionam com a proponente por meio de prestação de serviço.

⁸ Afirmamos em quase todos os casos, pois um SOP oferecido em condições de mercado com possibilidade concreta de participação de qualquer pessoa sem relação com a empresa retira a eventual vantagem ao prestador de serviço em decorrência da relação que mantém com a empresa, o que elimina a natureza salarial ou remuneratória. Evidente que não devemos esperar encontrar esse tipo de SOP sendo oferecido, pois não há interesse da empresa em tentar motivar seus prestadores sem nenhuma vantagem em contrapartida.

⁹ O limite legal, obviamente, não deve ser aleatório e sim baseado em estudos de ciência econômica. O limite apontado é apenas ilustrativo.

Em regra, não há risco para o beneficiário do SOP, tendo em conta que, se não houver ganho no momento do exercício da opção, o interessado não irá adquirir a ação, deixando de ganhar, mas sem perder qualquer quantia ou parte de seu patrimônio.

O aspecto temporal do fato gerador das contribuições previdenciárias é o momento no qual ocorre o exercício da opção e a respectiva aquisição de ações.

A base de cálculo para incidência das contribuições previdenciárias é a diferença entre o preço pago pelo exercício da opção e o valor de mercado da ação na data do exercício.

A jurisprudência administrativa vem se consolidando, nos últimos dois anos, no sentido de assumir a natureza remuneratória das vantagens oriundas de SOP.

A jurisprudência judicial, entretanto, ainda não assumiu uma conformação nítida em relação à natureza jurídica das vantagens oriundas de SOP.

Reconhecemos a importância de um tratamento fiscal diferenciado para um SOP como ferramenta para motivar os trabalhadores e administradores de modo a contribuírem com o crescimento das empresas para as quais prestam serviços e, dessa forma, incrementar o desenvolvimento nacional, o que está em harmonia com um dos objetivos fundamentais de nosso país previsto no art. 3º da CF. Logo, diante da incidência das contribuições previdenciárias, seria desejável a previsão legal de uma isenção segundo requisitos de habilitação, de modo a permitir que o SOP contribua com aumento da produtividade e atue positivamente no desenvolvimento nacional.

4. REFERÊNCIAS

BICKLEY, James M. *Employee stock options: tax treatment and tax issues*. Washington: Congressional Research Service, 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. Contribuições previdenciárias e verbas controversas: stock Options. *Revista dialética de direito tributário*. n. 198, p. 107-114, mar. 2012.

CATÃO, Marcos André Vinhas. Tributação de stock options. *Revista dialética de direito tributário*. n. 127, p. 57-67, abr. 2006.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP nº 01/2007*. Orientação sobre Normas Contábeis pelas Companhias Abertas. 2007. Disponível em: <http://sistemas.cvm.gov.br/port/atos/oficios/OFICIO-CIRCULAR-CVM-SNC-SEP-01_2007.asp>. Acesso em: 29 jun. 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da empresa. *Opções de acções para empregados. O enquadramento jurídico e administrativo dos planos de opções de acções para empregados na UE. Relatório final do grupo de peritos*. jun. 2003.

CUNHA, Luiza Fontoura de. Stock options: uma análise sobre sua tributação. *Revista dialética de direito tributário*. n. 203, p. 101-113, ago. 2012.

DAL MAS, Viviane Castro Neves Pascoal M. *Stock options na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

INTERNAL REVENUE SERVICE. *Topic 751 – social security and medicare withholding rates*. Disponível em: <<http://www.irs.gov/taxtopics/tc751.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

_____. *Topic 759. – Form 940 – Employer's Annual Federal Unemployment (FUTA) Tax Return – Filing and Deposit Requirements Who Must File Form 940?* Disponível em: <<http://www.irs.gov/taxtopics/tc759.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

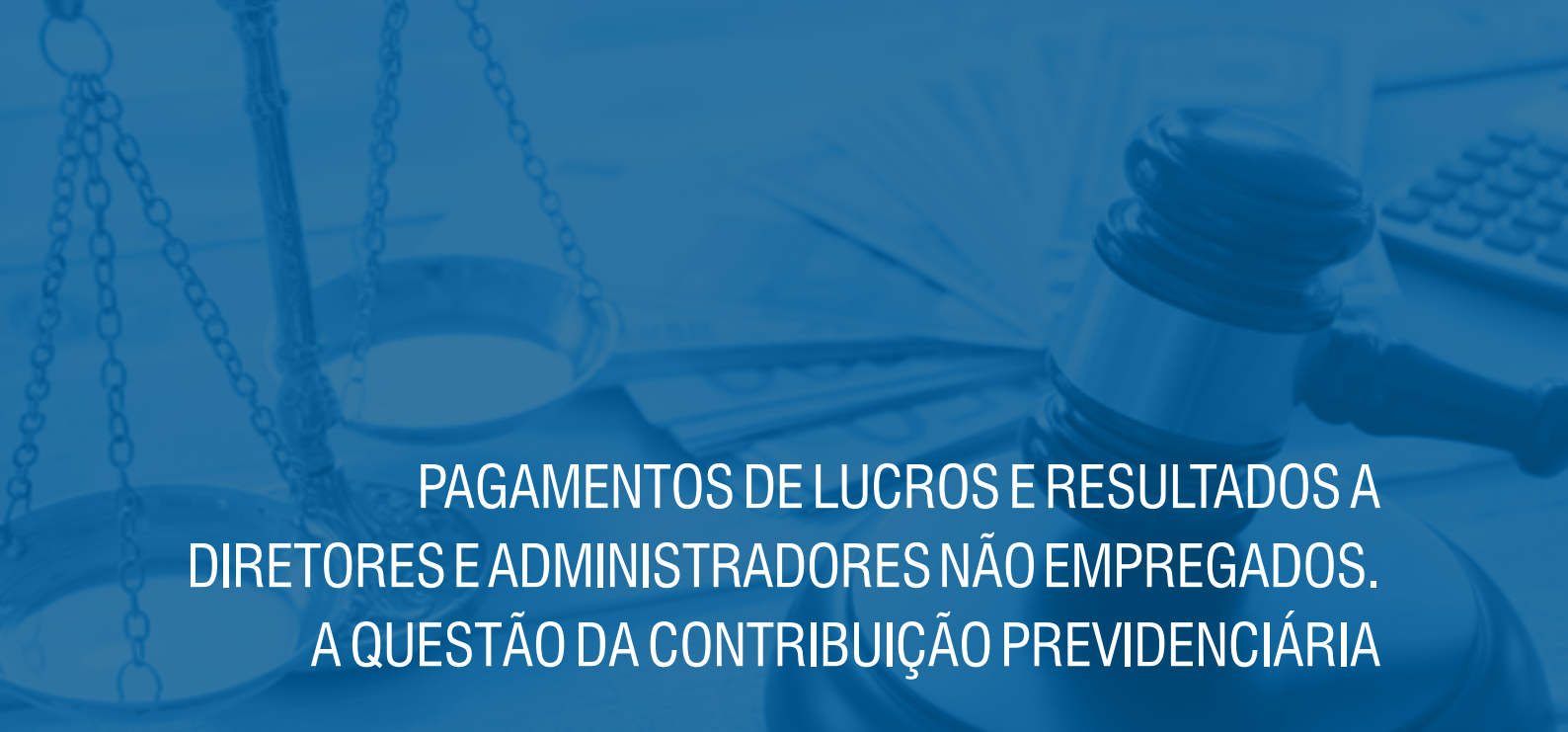
MARTINS, Sérgio Pinto. *Natureza do stock options no direito do trabalho*. IOB, trabalhista e previdenciário, repertório de jurisprudência, São Paulo: cad. 2, n. 16, p. 306 et seq. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito e proteção*. São Paulo: Ltr, 2008. OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Cross-border income tax issues arising from employee stock-option plans*. Public discussion draft. 2002.

_____. Tax Policy Studies N. 11. The taxation of employee stock options. 2005.

SILVA, Andrea Gonçalves Silva. *Stock options plan como uma forma de remuneração flexível*. Dissertação (Mestrado em direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

SILVA, Mauro José. Natureza jurídica e a incidência das contribuições previdenciárias sobre as vantagens oriundas de planos de opções de ações (Stock Options Plan). A situação brasileira e o direito comparado. *Revista da receita federal: estudos tributários e aduaneiros*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 189-212, ago./dez. 2014.



PAGAMENTOS DE LUCROS E RESULTADOS A DIRETORES E ADMINISTRADORES NÃO EMPREGADOS. A QUESTÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Fábio Zambitte Ibrahim*

Resumo: O presente artigo aborda os fundamentos da não incidência da contribuição previdenciária sobre o pagamento de lucros e resultados a administradores não empregados na qualidade de contribuinte individual. Expõe o alcance possível do art. 195, I, "a" da Constituição de 1988 após sua alteração pela EC nº 20/98 como limite da competência impositiva, restringindo-se aos rendimentos do trabalho. Destaca a importante distinção entre renda proveniente do trabalho e do capital para a contribuição previdenciária patronal em contraponto a sua irrelevância para o imposto de renda.

Abstract: *This article regards the motives for the impossibility of the incidence of social contributions on the distribution of profits to non-employee directors as individual taxpayers. It exposes the potential scope of art. 195, I, "a" of the 1988 Constitution after the 20th amendment as the limit of the tax jurisdiction, restricting it exclusively to the labor's revenue. It highlights the important distinction between income from labor and from capital when related to employer social security contributions as opposed to its irrelevance to the income tax.*

*Advogado. Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. <fzambitte@bfm.com.br> .

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. LIMITES DA COMPETÊNCIA IMPOSITIVA – RENDIMENTO DO TRABALHO VERSUS RENDIMENTO DO CAPITAL**
- 3. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE REGRAS CLARAS E OBJETIVAS**
- 4. CONCLUSÕES**
- 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

O tema relativo ao salário-de-contribuição de segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social encerra discussões das mais variadas. Dentre elas, há uma que ainda desperta debates acirrados nas esferas administrativas federais, relativa ao pagamento de lucros e resultados a administradores não empregados.

O tema possui nuances diversas do pagamento de lucros e resultados a empregados, o qual, tanto no âmbito administrativo como judicial, não obstante as dificuldades interpretativas das particularidades dos planos, comporta consenso de que, uma vez atendidos os requisitos da Lei nº 10.101/00, haveria a necessária exclusão do salário-de-contribuição.

Já no pagamento a administradores, no que diz respeito ao atual posicionamento da RFB, pode-se afirmar que, em síntese, adota-se uma premissa correta, que é a inaplicabilidade da Lei nº 10.101/00 aos diretores estatutários, para obter uma conclusão errada, que é a inclusão de todo e qualquer valor pago a tais segurados na composição do salário-de-contribuição. O entendimento é atualmente estampado na Solução de Consulta COSIT nº 368/2014:

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS EMENTA: DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA. CONDIÇÃO DE SEGURADO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. LEI Nº 10.101, DE 2000. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. O diretor estatutário, que participe ou não do risco econômico do empreendimento, eleito por assembleia geral de acionistas para o cargo de direção de sociedade anônima, que não mantenha as características inerentes à relação de emprego, é segurado obrigatório da previdência social na qualidade de contribuinte individual, e a sua participação nos lucros e resultados da empresa de que trata a Lei nº 10.101, de 2000, integra o salário-de-contribuição, para fins de recolhimento das contribuições previdenciárias. SEGURADO EMPREGADO. O diretor estatutário, que participe ou não do risco econômico do empreendimento, eleito por assembleia geral de acionistas para cargo de direção de sociedade anônima, que mantenha as características inerentes à relação de emprego, é segurado obrigatório da previdência social na qualidade de empregado, e a sua participação nos lucros e resultados da empresa de que trata a Lei nº 10.101, de 2000, não integra o salário-de-contribuição, para fins de recolhimento das contribuições previdenciárias.

Exponho, na sequência, os fundamentos que viabilizam minhas impressões sobre a intributabilidade dos lucros e resultados distribuídos a administradores não empregados.

2. LIMITES DA COMPETÊNCIA IMPOSITIVA – RENDIMENTO DO TRABALHO *VERSUS* RENDIMENTO DO CAPITAL

A base normativa de toda imposição fiscal, no sistema tributário brasileiro, é a Constituição de 1988. Qualquer apreciação da natureza e alcance dos tributos fixados em lei depende, em maior ou menor grau, da competência tributária estabelecida na Lei Maior, a qual, de forma peremptória, delimita a prerrogativa estatal em fixar tributos, incluindo as contribuições previdenciárias.

No caso particular da participação nos lucros, a dúvida reside no alcance possível do art. 195, I, “a” da Constituição de 1988, o qual, na sua vigente redação, estabelece o seguinte:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício:

(...)(Grifo nosso)

A presente redação retrata o resultado da reforma constitucional produzida pela EC nº 20/98. A forma original do preceito citado previa, singelamente, a contribuição de *empregadores sobre a folha de salários*. A limitada previsão normativa de outrora trouxe, como consequência, a inconstitucionalidade parcial das Leis nº 7.787/89 e 8.212/91, no que previam a imposição previdenciária patronal sobre valores pagos a pessoas físicas sem vínculo empregatício.

Na referida decisão¹, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que o conceito de salário retrataria, com exclusividade, os rendimentos do trabalho devidos a uma espécie de trabalhador, que é o empregado. Demais trabalhadores, como autônomos, avulsos e empresários, não recebem salário, mas honorários, pró-labore, remuneração etc. Adotou-se, enfim, interpretação restritiva do preceito, em consonância ao significado clássico de salário no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão de tal premissa interpretativa da Corte Constitucional brasileira, optou-se pela mudança do texto, o que ocorreu com a referida EC nº 20/98, a qual, alargando a base de incidência, passou a prever "a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício". Como se percebe, o objetivo central foi viabilizar a tributação das empresas que remunerassem trabalhadores desprovidos de vínculo empregatício.

Estabelecida a nova previsão constitucional, com o inegável alargamento da tributação previdenciária patronal, ainda resiste alguma dúvida de quão ampla foi a mudança, especialmente quanto à possibilidade de tributar valores não relacionados diretamente ao trabalho. Todavia, é importante termos em mente que, em momento algum, pretendeu-se tributar todo e qualquer valor pago a trabalhadores, mas, unicamente, superar a inconstitucionalidade das legislações pretéritas e, com isso, incluir as remunerações de avulsos, empresários e autônomos na base de cálculo previdenciária.

Não obstante tal questão, relativa ao novo alcance do preceito constitucional, ainda carecer de manifestação final do Supremo Tribunal Federal², entendo que é correto afirmar que o sentido literal da regra constitucional de competência – limite interpretativo a ser aplicado – é muito claro ao delimitar a nova incidência, em qualquer hipótese, a **rendimentos do trabalho**.

A dicotomia entre rendimentos do trabalho e capital, de forma alguma, é tema inédito. Desde Adam Smith, é consensual que o salário decorre do trabalho, enquanto o lucro retrata o rendimento do capital investido pelo empresário. Mesmo na atualidade, os economistas contemporâneos, ainda que eventualmente críticos às premissas e consequências do sistema capitalista, não arguem qualquer contrariedade a esta clássica concepção.

É também intuitivo, mesmo para o público leigo, que um conceito não se confunde com o outro. É natural e facilmente perceptível que o trabalho, de modo algum, possui liame imediato com o lucro. Não são incomuns as situações de empresários que, mesmo após longa dedicação ao seu mister, não alcançam qualquer proveito econômico e, não raramente, ainda observam relevante perda patrimonial. Já para trabalhadores, com ou sem vínculo empregatício, o rendimento do trabalho é assegurado pela lei, pois não cabe a eles o risco da atividade econômica, o qual, por natural, é assumido pelo empresário. Seus rendimentos traduzem mera contraprestação pela atividade profissional desempenhada.

Por fim, a distinção encontra espaço, também, no direito positivo brasileiro, por meio do art. 43 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe:

¹ STF, RE nº 177.296-4.

² RE nº 565.160, Rel. Min. Marco Aurélio Mello.

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da 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.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Grifo nosso)

Como se nota do art. 43, I do CTN, renda tributável, para fins do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, é aquela decorrente do produto do capital e/ou trabalho. Ou seja, se há incremento patrimonial – e este é o aspecto nuclear do imposto sobre a renda – proveniente de lucros da atividade econômica pelo empresário ou, cumulativamente, das retribuições pecuniárias pelos seus serviços, há, em qualquer hipótese, renda tributável.

A base de incidência do imposto de renda é mais ampla que os rendimentos do trabalho. Inclui proventos de capital e trabalho. Ambos configuram renda. A dicção legal é clara e não deixa qualquer dúvida sobre a separação necessária entre os conceitos. Igualmente transparente que a Constituição de 1988, mesmo após a EC nº 20/98, optou por tributar, para fins previdenciários, somente os rendimentos do trabalho.

Aqui, enfim, são extraíveis duas conclusões importantes. Primeiro, existe uma distinção relevante, reconhecida ontológica e normativamente, entre rendimentos do trabalho e do capital. Segundo, tal distinção, ainda que irrelevante para o imposto de renda, tendo em vista seu foco na majoração do patrimônio do contribuinte (renda líquida), é fundamental para a contribuição previdenciária patronal, restrita, por mandamento constitucional expresso, a rendimentos do trabalho, somente. Ignorar tal previsão traz como consequência o grave equívoco da tributação previdenciária sobre lucros e resultados a administradores não empregados.

Ao contrário do imposto sobre a renda, a incidência previdenciária é circunscrita aos rendimentos do trabalho, unicamente. A disposição é categórica e cristalina. Ainda que permita a inclusão de trabalhadores sem vínculo empregatício, somente valores derivados do trabalho podem sofrer a respectiva tributação. Como não poderia ser diferente, caminha no mesmo sentido a regulamentação infraconstitucional da matéria, em estrita observância do mandamento constitucional.

3. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE REGRAS CLARAS E OBJETIVAS

A eventual inaplicabilidade da Lei nº 10.101/00 no caso em análise, por outro lado, não implica a admissão de programas de pagamento desprovidos de regramento coerente e compatível com as premissas normativas vigentes no ordenamento. Ao menos, cabe a observância ao art. 2º, § 1º da Lei nº 10.101/00, ao prever que os programas de participação nos lucros e resultados, necessariamente, deverão contar com "regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo".

Com o natural objetivo de se produzir transparência nos programas de lucros e resultados – atributo necessário a qualquer programa – e, principalmente, na sua execução, a adoção de premissas compreensíveis, em qualquer nível hierárquico, além da possibilidade de controle pelos interessados, inexoravelmente, determina a validade dos programas existentes.

Esse tem sido o entendimento do CARF, como se nota:

Não há regras detalhadas na lei sobre os critérios e as características dos acordos a serem celebrados. Os sindicatos envolvidos ou as comissões, nos termos do artigo 2º, têm liberdade para fixarem os critérios e condições para a participação do trabalhador nos lucros e resultados. A intenção do legislador foi impedir que critérios ou condições subjetivos obstassem a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados. A objetividade e clareza exigida pelo § 1º do art. 2º da Lei nº 10.101/00 nada mais representam do que uma forma de se garantir que não hajam dúvidas que impeçam ou dificultem a qualquer das partes envolvidas o direito a observar o quanto fora acordado. Com isto, são alcançadas as duas finalidades da lei: há uma integração entre o capital e o trabalho, pela recompensa com a participação nos lucros ou resultados por parte do trabalhador, e a empresa ganha em aumento da produtividade³.

Em tese, o encargo gera poucos questionamentos, pois, seguramente, a clareza e sindicabilidade das premissas acordadas são, além de necessárias do ponto de vista normativo, facilmente fundadas no senso comum. O problema, em verdade, é a aferição concreta desses requisitos, especialmente em planos de participação em empresas de grande porte, que contam com funções e atividades das mais variadas. De modo geral, identificada a ausência dessas premissas, em qualquer programa, a conclusão do fisco tem sido pela incidência de contribuição previdenciária.⁴

Nesse item, busco, na medida do possível, estabelecer parâmetros objetivos de análise, que permitam, com maior grau de certeza, identificar o atendimento aos anseios do legislador ordinário nos programas de participação.

Primeiramente, a transparência é um requisito nuclear, o que significa, sucintamente, produzir condições de ser compreendido pelos interessados. A transparência não implica, ao contrário do que possa parecer, a fácil compreensão, mas sim a possibilidade de qualquer pessoa, mediante explanação compatível, apreender as metas desejadas e as consequências positivas dos resultados esperados.

Por natural, a transparência terá de ser apreciada, também, de acordo com a complexidade e estrutura do empregador. Empresas com diversos ramos de atividade e ações diversificadas, inexoravelmente irão produzir consensos complexos, de forma a atender demandas das mais variadas. Em um contexto de vários interesses contrapostos, a autoridade fiscal deve possuir o discernimento em admitir composições mais elaboradas. Nesse ponto, o cuidado e esforço do empregador em viabilizar e difundir o entendimento do programa farão a diferença.

Além da transparência, a controlabilidade é fator fundamental. De nada adianta a compreensão de todos quanto aos parâmetros do programa, incluindo suas regras adjetivas, se, no seu desenvolvimento, não há elementos que permitam, com algum grau de certeza, aferir se os valores resultantes são efetivamente verdadeiros; condizentes com as premissas estabelecidas e dentro do que é validamente devido.

A legislação também não prevê como isso deva ocorrer, mas é certo que a empresa, ao lado da fixação dos direitos substantivos e regras adjetivas, terá de permitir, na melhor medida do possível, a controlabilidade dos empregados e dirigentes, assegurando a licitude do programa e incrementando a confiança recíproca na relação de trabalho. Por exemplo, acompanhamentos periódicos e publicações de resultados parciais, em tese, podem ser utilizados como forma de assegurar o controle.

Aspecto um pouco mais complexo diz respeito à adequação entre meios e fins. A clareza e objetividade são direcionadas ao estabelecimento dos direitos substantivos de participação e das regras adjetivas, mas esses dois parâmetros, em conjunto, devem possuir algum grau de harmonia. Na organização dos programas, há dois planos de normatização. O primeiro, com os direitos substantivos, que são os fins desejados pelo programa, traduz seguramente o mais relevante, prevendo as premissas fundamentais dos planos, como, por exemplo, a distribuição voltada somente a lucros, resultados ou ambos. É, em suma, o valor a ser distribuído.

³ CARF, publicado em 10 mai. 2011, Acórdão nº 920201.607, Rel. Cons. Elias Sampaio Freire.

⁴ CARF, publicado em 06 jun. 2013, Acórdão nº 2803-002.324, Rel. Cons. Natanael Vieira dos Santos.

Ao falar-se em direito substantivo, traduz a lei uma referência eufemística aos valores a serem pagos aos empregados e dirigentes – pois para o empregador haverá, em verdade, um dever – qualificando-os como substantivo e, por consequência, denominando de *adjetivas* as regras destinadas à quantificação individual do pagamento a ser realizado, na hipótese de alcançarem-se as metas ou resultados desejados.

Ou seja, em liame direto aos direitos substantivos, há as regras adjetivas. Os fins e os meios, respectivamente. As regras adjetivas possuem natureza procedimental, capazes de fixar, com riqueza de detalhes, a composição da produtividade nas metas e critérios de avaliação, a eventual divisão por departamento, estabelecimento ou individual, os demais indicadores que serão usados, a periodicidade e mesmo a possibilidade de revisão e potenciais recursos.

Por certo, a fixação de direitos substantivos, não necessariamente, demanda a identificação, em abstrato, do montante total que será distribuído, o que pode ser feito, por exemplo, por meio de percentuais ou critérios compostos, que envolvam fórmulas mistas de lucros e resultados, visando, simultaneamente, gerar o estímulo à produtividade, mas, também, sem vulnerar o programa em momentos de crise, quando o lucro, antecipadamente, se mostrará inexistente.

Ao atribuir a empregados, dirigentes e empregadores o encargo de fixar direitos substantivos e, também, as regras adjetivas, o legislador ordinário permite ampla margem de atuação. Por isso, critérios claros do programa não demandam, necessariamente, o estabelecimento prévio de percentual ou montante a ser distribuído. Da mesma forma, critérios individuais de avaliação são dispensáveis, especialmente quando se pretende, por exemplo, robustecer e estimular o trabalho coletivo⁵.

Enfim, é fundamental que programas de participação consigam, como forma de atender aos ditames legais, segregar os direitos substantivos, fixando valores ou parâmetros elementares de rateio e, em paralelo, as regras adjetivas, com a identificação dos paradigmas de análise que subsidiarão a hierarquização e distribuição dos lucros ou resultados. Mas somente essa segmentação não é suficiente.

Na avaliação global do programa de participação, os meios devem ser compatíveis com os fins desejados; as regras adjetivas demandam compatibilidade com o resultado desejado. A adequação entre meios e fins é fundamental para a validade do programa. Parâmetros de avaliação que não possuam relação com os critérios distintivos do programa inevitavelmente produzirão sua derrocada.

As regras adjetivas e os direitos substantivos possuem vínculo relevante e, na construção do programa, devem ser consistentes. Um elemento negligenciado por diversos programas é, justamente, esse liame necessário. Se, por exemplo, um programa prevê a distribuição de lucros e, nas regras adjetivas, fixa premissas relacionadas à faixa etária dos participantes, seguramente estará descaracterizado. O âmbito em que as regras são previstas – acordo, convenção ou ambos – pouco importa. O aspecto nuclear é seu conteúdo.

Na avaliação da adequação do plano, um importante elemento é identificar se o programa será voltado ao rateio de resultados, lucros ou ambos. Na hipótese de participação nos resultados, as regras adjetivas, majoritariamente, deverão ser voltadas a metas objetivas. Já um programa voltado ao rateio de lucros terá, como elemento necessário, índices de rentabilidade. Nesse sentido, a depender do programa criado, pagamentos fixos que não correspondam às premissas iniciais podem, como resultado, gerar a incidência da contribuição previdenciária⁶.

Enfim, a adequação entre os direitos substantivos e as regras adjetivas, aliada à transparência e à controlabilidade, forma os elementos essenciais de um programa de participação, compondo três dimensões de análise necessária pelo fisco. A adoção da avaliação multidimensional permite, com maior segurança, fixar parâmetros de avaliação e controle, tanto pelos interessados como pelo fisco.

⁵ Nesse sentido, por exemplo, CARF, publicado em 07 mai. 2008, Acórdão 205-00.563, Rel. Cons. Marcelo Oliveira.

⁶ CARF, publicado em 03 abr. 2013, Acórdão 2301-002.859, Rel. Cons. Leonardo Henrique Pires Lopes.

4. CONCLUSÕES

Não obstante a interpretação administrativa divergente, tenho convicção de que a cobrança da cota patronal previdenciária sobre os valores pagos a diretores não empregados não encontra suporte tanto na Constituição como na legislação vigente, externando incongruências irreconciliáveis com a própria regulamentação administrativa da matéria.

A regulamentação da matéria ainda sofre com as compreensões equivocadas sobre base tributável previdenciária, não raramente tentando igualar as dinâmicas impositivas do imposto de renda e da cota patronal previdenciária. Tal premissa, além de contrária a todos os preceitos normativos vigentes, ainda ignora o papel do sistema protetivo como substituidor de rendimentos habituais, responsáveis pela manutenção do segurado e sua família. A tentativa de alargamento forçado da base previdenciária, mais do que uma preocupação abstrata com a correta aplicação das regras legais e constitucionais de competência tributária, traduz uma arbitrariedade fiscal com foco exclusivo no aumento de receitas para um sistema atuarialmente desequilibrado.

Sem embargo, insisto que, como reconhece a própria regulamentação administrativa, se um contribuinte individual, sócio administrador de sociedade limitada, pode receber valores derivados do capital – lucro – sem a consequente tributação e independente da eventual submissão aos ditames da Lei nº 10.101/2000, o mesmo valerá para qualquer contribuinte individual, o que inclui diretores não-empregados de sociedades anônimas, especialmente quando observados os parâmetros de razoabilidade do plano, que consistem na clareza e objetividade do direito substantivo e das regras adjetivas.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2016.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. COSIT. *Solução de Consulta nº 368/2014*. Brasília. 2014. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59892&visao=anotado>>. Acesso em: 20 de jun. 2016.



PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS E RESULTADOS DAS EMPRESAS (PLR)

Francisco Assis de Oliveira Júnior*

Resumo: O pagamento da Participação nos Lucros e Resultados das Empresas aos empregados é tema de real importância e atualidade, especialmente no tocante à regulamentação da integração do capital e do trabalho como incentivo à produtividade dos trabalhadores no ambiente das empresas, conforme previsto no Texto Constitucional e por sua legislação específica, a Lei nº 10.101, de 2000, alterada pela Lei nº 12.832, de 2013. O presente trabalho tem por escopo apresentar a evolução do instituto nos cenários mundial e brasileiro, além de discorrer acerca das principais controvérsias que contribuíram para o atual estado da arte em relação ao tema. Além disso, faz-se uma análise das questões mais discutidas no âmbito da jurisprudência administrativa, especialmente no tocante à aplicação dos critérios e limites formais, materiais e subjetivos que, efetivamente, permitem a caracterização do pagamento desvinculado da remuneração.

Abstract: Performance incentive plans (PIP) based on profit or on financial results is an important and opportune subject, particularly regarding the integration of capital and labor as an incentive to employee productivity in the business environment, as provided in the Constitutional Text and in specific legislation, Law No. 10.101 of 2000, amended by Law No. 12.832 of 2013. This work will present the evolution of the institute both on Global and Brazilian scenarios, and will look through the main controversies that contributed to the current state of the art. In addition, it will analyze the most discussed issues in the administrative case law, especially in regard to the application of formal, material and subjective limits and criteria that effectively characterize PIP payments as a line unlinked to the wage.

*Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Gestão de Fundos Públicos e Gerenciamento de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas. Ex-presidente de Câmara de Custeio no Conselho de Recursos da Previdência Social. Ex-presidente de Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Atualmente, é Subsecretário de Fiscalização Substituto da Receita Federal do Brasil.

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. DA EVOLUÇÃO DA PLR – ASPECTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E HISTÓRICOS**
- 3. DA REGULAMENTAÇÃO E DAS CONTROVÉRSIAS RELACIONADAS À PLR**
- 4. DOS LIMITES LEGAIS OBJETIVOS FORMAIS E MATERIAIS**
- 5. DOS LIMITES LEGAIS SUBJETIVOS**
- 6. CONCLUSÕES**
- 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1. INTRODUÇÃO

O pagamento da participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, conforme definido em lei, é um dos muitos temas caros no campo do custeio da Previdência Social. Tal afirmação é verificada pela quantidade de embates qualificados de que se tem notícia a respeito da questão: livros, artigos, seminários, encontros científicos os mais variados, decisões judiciais, administrativas, enfim, vasta produção intelectual investida no assunto.

A quantidade e a qualidade de literatura relacionada à PLR permitem e despertam motivação intelectual suficiente para inúmeros operadores do direito, registre-se, de alta estirpe, com investimentos de tempo e de esforço cognitivo na nobre tarefa de interpretar o Direito Social garantido pela Constituição Federal em seu art. 7º, inciso XI:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Este artigo pretende, a partir de uma perspectiva histórica da PLR, contribuir para o debate em relação aos critérios de interpretação para aplicação da legislação que rege o assunto, além de visitar as concepções, tendências e alterações mais recentes acerca dos limites e alcance das normas aplicáveis ao tema. Pretende ainda oferecer mais atenção às questões relacionadas ao limite subjetivo da norma e, ao fim, trazer à reflexão a necessidade de uma percepção que inclua o caráter protetivo da Previdência Social.

2. DA EVOLUÇÃO DA PLR – ASPECTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E HISTÓRICOS

Em sua pesquisa, Sarasate (1968, p. 64) informa que os primeiros registros que esboçam algo próximo ao que conhecemos hoje como PLR surgiram nos Estados Unidos e na França, espalhando-se, posteriormente, por outros países. Em 1794, Albert Gallatin, Secretário do Tesouro Americano, de 1801 a 1814, nos governos dos presidentes americanos Thomas Jefferson e James Madison, instituiu um plano de distribuição de lucros em suas indústrias de vidro na Pensilvânia. Em 1812, Napoleão Bonaparte estabelece um decreto, regulando a participação de um grupo de atores nos lucros líquidos das atividades do Teatro Francês.

Mais adiante, em 1843, um cidadão francês, Edmé-Jean Leclair, dono de um *atelier* que também trabalhava com vidros, distribui parte do lucro a seus empregados. Sarasate (1968, p. 62) nos reporta que Leclair observou que, a partir desse evento, “as condutas dos empregados melhoraram, demonstrando mais diligência e consciência no cumprimento de seus deveres e os excessos de bebidas, aos sábados, tornaram-se raros”.

Não demorou muito e a estratégia difundiu-se por outros países da Europa e da América. Em 1847, na Prússia. Em 1850, na Inglaterra. Entretanto, é nos Estados Unidos, em 1869, que se registra o potencial de a participação nos lucros passar a ser utilizada como meio de evitar dissidências entre empregados e patrões e fomentar a produção, conforme Sarasate (1968, p. 66).

Baracho (1972, p. 52), citando Waldemar Ferreira, registra a iniciativa de Portugal ao inscrever em seu Código Comercial, de 1833, um tipo específico de sociedade, chamada de Capital e de Indústria, mais tarde incorporada ao Código Comercial Brasileiro. De acordo com o autor citado, seria esse um modelo legal que viabilizaria a participação nos lucros entre os detentores de capital (sócios de capital) e aqueles que entrariam na sociedade apenas com o trabalho (sócios de indústria).

Não obstante estas referências pontuais, o contexto histórico dos séculos XVIII e XIX merece registro. A pressão exercida pelos lucros proporcionada pela implementação de novos processos de trabalho trazidos pela Revolução Industrial, com mais força na Inglaterra e depois nos demais países, fez com que o século XIX fosse marcado por inúmeros movimentos sociais de reivindicações por melhores condições de vida e de trabalho, que traduziam o sentimento de dificuldades para os trabalhadores nessa época. Huberman (2013, p. 143/146) faz o registro de inúmeros piquetes e greves que ocorriam em larga escala a partir do século XVIII. As estatísticas oficiais produzidas, entretanto, procuravam disfarçar a tensão, bem como esconder a pobreza e a degradação vivida pelas classes trabalhadoras.

Na tentativa de obter a maior produção possível, os dias de trabalho eram longos, de 16 horas, e quando os trabalhadores conseguiram a redução para 12 horas diárias, em 2 turnos, tal modificação foi considerada uma benção divina. Isso sem falar na utilização intensiva de trabalho infantil e feminino. Crianças com 8 anos de idade e mulheres grávidas trabalhando apenas pela sobrevivência, numa época de exploração sobre a qual ninguém, hoje, tem ideia do que, efetivamente, ocorreu.

Situações como as relatadas por Huberman (2013), quando visitadas nos dias de hoje, podem parecer um filme de terror. Entretanto, foram as reações contra esses flagelos que construíram o que atualmente chamamos de Direitos Sociais, entre os quais encontramos a participação nos lucros e nos resultados. Descrever e aprofundar as ocorrências desse período foge ao escopo desse trabalho, mas é importante não ignorarmos como estes direitos foram conquistados.

Assim, é possível evidenciar e correlacionar as causas que determinaram o surgimento e a evolução da PLR, no cenário mundial, com o auge da Revolução Industrial e também com os movimentos revolucionários e libertários que viabilizaram as Revoluções Americana e Francesa. Em verdade, a PLR foi uma, entre várias, estratégia implementada para reduzir a pressão social decorrente da exploração sem escrúpulos do homem pelo homem.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade sopraram forte e restou claro para os trabalhadores que era necessário alcançar padrão de vida condizente com a dignidade humana, bem tão caro ao Iluminismo, Século das Luzes, e, ainda, reduzir o nível de riscos aos quais os trabalhadores estavam expostos. A partir desses conflitos, conforme já mencionado, nascem os Direitos Sociais, dentre os quais deriva a PLR.

Merece registro ter sido o México o primeiro país a incluir em sua Constituição a previsão de participação nos lucros para os empregados, em 1917, seguido pela Espanha, em 1931, e Peru, em 1933, segundo Martins (2015, p. 14/22).

Na América Latina, informa-nos Sarasate (1968, p. 38/39), optaram por um regime obrigatório para a PLR, por considerar que tal medida concretizava o ideal de justiça social: Código do Trabalho do Chile (1931), Colômbia (1950), Peru, regulamentando com o Decreto-lei em 1948, Equador (1948), Argentina (1955).

Ainda no tocante aos Direitos Sociais, necessário fazer menção à lição de Moraes (2006, p. 177), para quem o alcance de tais direitos, além de ser fundamental ao homem, tem por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social e solidariedade. Prossegue delimitando seu caráter protetivo, no âmbito do art. 7º da Constituição Federal, em torno do destinatário da norma: o trabalhador subordinado, o empregado, ou seja, aquele que mantém algum vínculo de emprego com um empregador.

Não obstante a movimentação em torno da PLR a partir do século XVIII em nível mundial, no Brasil, seu reconhecimento foi bastante atrasado, talvez pelo tardio desenvolvimento do processo industrial brasileiro.

Em 1919, Martins (2015, p. 27) nos informa da iniciativa do deputado Deodato Maia para instituir a PLR, cuja tramitação não avançou nas Casas Legislativas brasileiras.

Apenas na Constituição de 1946, claramente inspirada na Constituição Alemã de Weimar, estabelecendo a ordem econômica e social, foi instituída a previsão para pagamento da PLR aos trabalhadores urbanos que, durante sua vigência, jamais foi regulamentada. A previsão da PLR no texto constitucional se repetiria em 1967, 1969 e 1988.

Abaixo, quadro comparativo dos textos anteriores a 1988:

1946	1967	1969
Título V – Da Ordem Econômica Social	Título III – Da Ordem Econômica e Social	Título III – Da Ordem Econômica e Social
Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: (...) IV – participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar;	Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) V – integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;	Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: (...) V – integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo fôr estabelecido em lei;

Registre-se, após inclusão no texto de 1946, Baracho (1972, p. 57) aponta que Paulo Sarasate chegou a apresentar um projeto de lei em 1947, e aceito pela Comissão de Legislação Social da Câmara dos Deputados, em 1948, com o objetivo de regulamentar a participação nos lucros das empresas pelos empregados. As tramitações no processo legislativo na Câmara ocorreram até 1952, e, em seguida, foi encaminhado ao Senado Federal, não tendo logrado aprovação até o advento da Constituição de 1967. Além desse projeto, mais de uma dezena de proposições foram apresentadas e jamais concluídas.

Outra tentativa de normatizar o assunto foi a inclusão, em 1967, no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, art. 621, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, permitindo que as Convenções e Acordos Coletivos pudessem dispor sobre participação nos lucros. Contudo, o dispositivo foi pouco utilizado (há registro de algumas estatais), muito provavelmente pelo fato de os encargos sociais serem mantidos, conforme previsão tanto da legislação trabalhista quanto previdenciária vigentes à época:

Art. 621. As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa, e sobre participação, nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando fôr o caso. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28/2/67)

Se considerarmos a Constituição de 1946 como a primeira iniciativa válida para normatizar o pagamento de PLR aos trabalhadores, entre essa tentativa e sua efetiva regulamentação, que ocorreu após a Constituição de 1988, foram quase 50 anos sem que este direito fosse materializado e concedido aos trabalhadores.

3. DA REGULAMENTAÇÃO E DAS CONTROVÉRSIAS RELACIONADAS À PLR

A inclusão da PLR no texto da Constituição de 1988, e sua posterior regulamentação, desde o início, geraram muitas controvérsias no tocante à sua aplicação. Uma das primeiras questões judicializadas foi a indagação quanto à eficácia da norma: se a mesma era autoaplicável, ou não.

Contextualizando, nessa seara, a classificação mais utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é a de José Afonso da Silva (Silva, 1998, p. 266). Para o ilustre professor, as normas constitucionais em relação à sua aplicabilidade podem ser representadas da seguinte forma:

Normas de eficácia plena – aquelas que permitem que o operador faça aplicação imediata. Independem de qualquer regulamentação posterior e não são passíveis de restrição por qualquer outro tipo de norma;

Normas de eficácia contida – aquelas para as quais o legislador infraconstitucional tem permissão, no próprio texto constitucional, de restringi-las;

Normas de eficácia limitada – aquelas cuja aplicação exige uma norma infraconstitucional posterior definindo e regulando os limites e a forma como a questão será aplicada.

Os fatos que revelam a raiz da discussão são os seguintes. Logo após a promulgação da Constituição, algumas empresas implementaram planos de PLR com poucos critérios, outras com nenhum critério, iniciando o pagamento dos valores a título de PLR, tendo em vista sua previsão como verba desvinculada da remuneração. Entretanto, em muitos casos, praticamente, o que ocorria era a substituição da remuneração dos empregados, circunstância que levou as autoridades tributárias competentes à época a lavrar autos de infração com fundamento, além da burla à lei, na não substituição da remuneração, mas também na ausência de legislação que definisse os critérios que estabelecessem os limites e a distinção do pagamento normal da remuneração e a eventual PLR.

Para as empresas que iniciaram os primeiros PLR, a norma que autorizava o pagamento da PLR desvinculada da remuneração era autoaplicável, ou seja, continha eficácia plena e conteúdo necessário para produzir seus efeitos, independente de qualquer definição de limites e critérios, razão pela qual as empresas estariam autorizadas a efetuar o pagamento da PLR e beneficiarem-se dos efeitos da desvinculação da remuneração.

O tema percorreu as Cortes Superiores da Justiça brasileira que firmou jurisprudência no sentido de que o inciso XI do art. 7º da Constituição, que prevê a PLR desvinculada da remuneração, era norma de eficácia limitada cuja aplicação somente foi possível a partir da publicação da Medida Provisória nº 794, de 29 de dezembro de 1994 (Recursos Extraordinários nºs 398.284 e 393.764).

Há pouco tempo, a matéria retornou a julgamento na Corte Suprema, tendo sido classificada como temas de Repercussão Geral, cujo efeito é tornar a decisão vinculante aos demais tribunais (Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, alterou o Código de Processo Civil)

No julgamento em sede de repercussão geral, Recurso Extraordinário (RE) nº 569.441, em 30/10/2014, o Relator, Ministro Dias Toffoli, propôs alterar a jurisprudência no sentido de conferir eficácia plena ao dispositivo. Não obstante os argumentos colacionados, o colegiado do STF decidiu por manter a jurisprudência mais antiga das turmas do Supremo Tribunal Federal, definindo que o dispositivo do inciso XI do art. 7º possui eficácia limitada, não autoaplicável, e somente exercível a partir da vigência da regulamentação que ocorreu com a Medida Provisória nº 794, em 29 de dezembro de 1994, que estabeleceu as condições para que o pagamento da PLR fosse caracterizado, efetivamente, como desvinculado da remuneração do trabalhador.

Retornando ao contexto da evolução histórica. No interstício entre a promulgação do Texto Constitucional, 05 de outubro de 1988, e a publicação da MP nº 794, em 29 de dezembro de 1994, houve a tentativa legislativa de impedir o abuso do direito. Assim, com a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispôs sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, estabeleceu-se que os pagamentos de valores a título de PLR somente estariam desvinculados da remuneração e, portanto, deixariam de compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias, se os pagamentos fossem feitos de acordo com lei específica, vide a alínea “j” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

§ 9º Não integram o salário de contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997)

(...)

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica; (Grifo nosso)

Registre-se que a contribuição previdenciária prevista pela Lei de Custeio, art. 28, prevê que o salário de contribuição, base de cálculo das contribuições previdenciárias, é a remuneração auferida pelo empregado, isto é, a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial.

Por sua vez, as alíquotas aplicáveis à base de cálculo, o total das remunerações, são as seguintes:

- a. 20% – Contribuição previdenciária patronal – inciso I do art. 22;
- b. 1% a 3%, acrescidos de 12%, 9% ou 6% – Financiamento dos benefícios de aposentadorias especiais (arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991) e os benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – inciso II do art. 22. Os percentuais variam de acordo com o nível de risco das atividades e do tempo de contribuição exigido para custeio da aposentadoria especial a que o trabalhador exposto a agente nocivo faz jus;
- c. 3% e 5,8%. – Contribuições para as entidades paraestatais (Sistema “S”), Sebrae, Salário Educação, etc.

Aplicando as alíquotas à base de cálculo (remuneração), o pagamento de verba desvinculada da remuneração, como é a PLR, é assunto a ser tratado com atenção pelas empresas, pois tal expediente elimina, para esta rubrica, considerável custo financeiro a ser desembolsado pelos empregadores em relação à participação no custeio da Previdência Social e também como dedução a título de despesa operacional para fins de apuração do lucro real.

Outra controvérsia nos remete aos efeitos produzidos pelo pagamento da PLR para os empregados. Observa-se razoável proximidade com os programas de gratificações, prêmios e demais metodologias utilizadas para potencializar a produtividade do trabalhador, rubricas com nítido caráter remuneratório e, portanto, com previsão de incidência de contribuição previdenciária.

Tal afinidade entre PLR e as gratificações, prêmios e demais incentivos já era destacada por Sarasate (1968, p. 65), ao registrar que a PLR é uma modalidade especial de retribuição que mantém contato com arranjos próprios do Direito do Trabalho, como são os prêmios, as comissões e as gratificações, todos previamente ajustados entre empregador e empregado.

A doutrina tem se dedicado em classificar a natureza jurídica dos pagamentos a título de PLR, como por exemplo Martins (2015, p. 52/59), contudo não se chegou a um arranjo satisfatório para a questão. O próprio Martins (2015, p. 59) aponta ser a PLR um direito do empregado lastreado em uma prestação condicionada.

Também os colegiados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) dedicaram-se a firmar posição no tocante à natureza jurídica da PLR. A posição que parece ser dominante trata a PLR como imunidade condicional (Acórdãos 2401-003.626, 2301-003.477, 9202-003.258, entre outros).

Nessa seara, precisa a lição de Aldemário (2005, p. 6), para quem as imunidades são consideradas condicionais quando lhes é exigido o cumprimento de requisitos estabelecidos em leis.

Nesse sentido, ao estabelecer que o pagamento da PLR aos trabalhadores seria desvinculado da remuneração, remetendo à definição da lei, estabeleceu o constituinte originário condição que foi atendida

pelos critérios definidores estabelecidos pela Medida Provisória nº 794, de 1994, convertida posteriormente na Lei nº 10.101, de 2000.

Outra controvérsia não menos importante refere-se às razões pelas quais o Brasil levou tanto tempo para regulamentar a PLR como direito dos empregados, quase 50 anos, conforme já mencionado.

Pelo valor histórico, merece registro o conteúdo da Exposição de Motivos nº 436-C da Medida Provisória 794, de 29 de dezembro de 1994, que nos oferece uma pequena luz para inferir sobre tais razões. Transcrevo:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência projeto de Medida Provisória que regula o inciso XI do art. 7º da Constituição Federal, que versa sobre a participação dos empregados nos lucros das empresas.

2. Seu texto resultou de profícuos entendimentos que envolveram Governo, empregados e empregadores e, estamos certos, constitui um grande passo no rumo da integração entre o capital e o trabalho e cobre importante lacuna da legislação brasileira, pois só agora, com a concordância de Vossa Excelência, a participação nos lucros ou resultados será objeto de regulamentação, embora esteja escrita em nossas Cartas Magnas, desde a de 1946.

3. Um princípio norteador da Medida que ora submetemos a Vossa Excelência é o da livre negociação entre empregadores e empregados que devem, em conjunto, estabelecer os mecanismos de aferição da produtividade, periodicidade da distribuição e demais critérios e condições, em busca do factível e justa parcela do lucro ou resultados a ser distribuído.

4. Para os trabalhadores, a Medida implica, não apenas o aumento do poder aquisitivo, mas um merecido ganho, como retribuição ao esforço que produz a riqueza da sociedade. E é importante ressaltar que nenhuma pressão inflacionária resultará da Medida, pois apenas haverá o repasse aos trabalhadores de ganhos de produtividade.

5. Da perspectiva das empresas, a possibilidade de as quantias pagas aos trabalhadores serem deduzidas como despesas, para fim de apuração do lucro real, além de não constituírem base de cálculo de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário, é forte incentivo ao empregado de mão de obra e à produção.

Em rápida síntese, podemos afirmar que a Medida Provisória ora proposta encaminha, decisivamente, no sentido de obtenção dos objetivos maiores do Governo de Vossa Excelência: crescimento com justiça social. (Grifei)

Conforme consta do texto, ocorreram várias reuniões entre os grupos interessados em regulamentar o Texto Constitucional, o que não nos permitiria concluir nada, tendo em vista que toda regulamentação que abrange direitos dos trabalhadores normalmente é precedida de número razoável de encontros com as entidades representativas.

Contudo, a exposição de motivos registra, ainda, que um dos grandes atrativos da regulamentação seria a possibilidade de as quantias pagas aos trabalhadores serem deduzidas como despesas, para fim de apuração do lucro real, além de não incidir encargos trabalhistas e previdenciários sobre os pagamentos.

Não é possível olvidar uma diferença fundamental que distingue as origens da PLR nos países que viveram a Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX. No exterior, o pagamento da PLR foi uma estratégia para reduzir a pressão decorrente dos conflitos sociais e, ainda, conferir mais proteção aos trabalhadores, parte mais exposta aos riscos no ambiente de trabalho e hipossuficiente em relação ao trato com o empregador, como de fato reconhecido por toda a doutrina. Com o tempo, o instrumento passou a ser

utilizado para incremento da produtividade dos trabalhadores, substituindo, em parte, os sistemas de gratificações e prêmios.

No Brasil, no entanto, a partir da análise histórica do instituto e da forma como a regulamentação da PLR ocorreu, é possível inferir que, após os quase 50 anos da primeira previsão constitucional a respeito do tema, a regulamentação só foi alcançada porque os empregadores foram autorizados a excluir os custos previdenciários e, ainda, obterem benefício fiscal para dedução na apuração do lucro real.

4. DOS LIMITES LEGAIS OBJETIVOS FORMAIS E MATERIAIS

Após a regulamentação da PLR, as discussões jurídicas foram direcionadas às questões de implementação do instituto pelos empregadores, especificamente quanto à definição dos limites formais, materiais e subjetivos, condições estruturantes criadas com o propósito de garantir que o pagamento da PLR não fosse mera substituição da remuneração dos empregados, conforme estabelece o texto da Constituição.

Ao tratar os limites objetivos formais para pagamento da PLR, incluem-se os procedimentos estabelecidos pela legislação cuja ausência, de alguma forma, compromete a caracterização de que os valores estão sendo efetivamente pagos desvinculados da remuneração normalmente oferecida pelo empregador.

Em recente pesquisa publicada pelo Relatório Analítico de Jurisprudência do CARF (2016), em relação aos limites legais formais estipulados pela legislação da PLR, os pontos controversos mais debatidos, atualmente, são os seguintes:

- a. A negociação deve ocorrer antes do período de apuração;
- b. A ausência do sindicato, após o convite para participação, invalida o plano que dá suporte à PLR;
- c. A previsão da PLR em convenção coletiva dispensa participação do sindicato na negociação;
- d. A falta de apresentação dos documentos que comprovam a aferição dos resultados descaracteriza a PLR.

De outra parte, em relação aos limites objetivos materiais para pagamento da PLR, incluem-se os critérios que indicarão a existência de substância no tocante às metas e aos objetivos da empresa. A materialidade, acompanhamento e medição desses elementos evidenciam o conjunto de iniciativas que o empregador planejou a fim de alcançar os objetivos estratégicos que, uma vez alcançados, espera-se, trarão lucro para o empreendimento.

Novamente, de acordo com a pesquisa publicada pelo Relatório Analítico de Jurisprudência do CARF (2016), em relação aos limites legais materiais estipulados pela legislação da PLR, os pontos controversos mais debatidos são os seguintes:

- a. A necessidade de existência de regras claras e objetivas para avaliação do plano que dá suporte à PLR;
- b. A possibilidade de as metas constarem de documento apartado em relação às demais cláusulas;
- c. A possibilidade de serem incluídos resultados de outras empresas do grupo econômico para definição das metas;
- d. A possibilidade de as metas serem distintas para grupos específicos de beneficiários;

- e. A possibilidade de os pagamentos serem feitos no mesmo semestre, desde que não ultrapassem 2 parcelas no intervalo de 1 ano;
- f. A não observância da periodicidade mínima descaracteriza a PLR.

Neste trabalho, não analisaremos cada um dos temas que representam as discussões que ocorrem atualmente no âmbito do CARF acerca dos limites formais e materiais que afetam a PLR. A riquíssima jurisprudência e a qualidade dos acórdãos exigiriam uma abordagem mais específica e dedicada a cada um dos itens. Talvez em outro espaço esse desafio seja possível.

Cumprido esclarecer, entretanto, que, após as alterações da Lei nº 12.832, de 20 de junho de 2013, muitas das questões, que anteriormente causavam dificuldade para subsumir o fato à norma, foram harmonizadas pela ação do legislador ordinário, o que não impede, por evidente, que outras surjam para substituí-las no epicentro das discussões.

Em relação à Lei nº 12.832, de 2013, trata-se da conversão da Medida Provisória nº 597, de 26 de dezembro de 2012. Em sua exposição de motivos consta expressamente que o objetivo da medida era aperfeiçoar e conceder tratamento mais benéfico aos trabalhadores. O registro de tal finalidade é fundamental. Os programas de PLR oferecidos pelas empresas devem estar inseridos no contexto de proporcionar melhorias no ambiente de trabalho e não podem ser vistos apenas como ferramentas de recursos humanos que visem tão somente à economia de tributos.

Bem-vindas todas as normas cujo escopo seja a proteção social do trabalhador, a redução dos riscos no ambiente do trabalho e a sustentabilidade da Previdência Social.

Quanto aos critérios de regulação da PLR, uma primeira alteração implementada na nova legislação refere-se à inserção do Princípio da Paridade no âmbito das comissões. A partir da nova lei, há exigência de comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, inciso I, art. 2º, da Lei nº 10.101, de 2000, com a redação da Lei nº 12.832, de 2013:

Art. 2º . A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

I – comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; (Redação dada pela Lei nº 12.832, de 2013)

Anteriormente, a comissão era escolhida sem exigência de equilíbrio em relação à quantidade de integrantes, condição que, dependendo da forma como as reuniões e decisões eram realizadas, poderia afetar o resultado efetivo do PLR na medida em que os trabalhadores não pudessem materializar seus interesses durante as reuniões deliberativas.

Também deve ser destacado o Princípio da Transparência e Informação, conforme a nova redação do inciso I do § 4º do art. 2º:

§ 4º Quando forem considerados os critérios e condições definidos nos incisos I e II do § 1º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 12.832, de 2013)

I – a empresa deverá prestar aos representantes dos trabalhadores na comissão paritária informações que colaborem para a negociação; (Incluído pela Lei nº 12.832, de 2013).

Conforme consta no texto, as empresas devem fornecer à comissão de empregados informações sobre os índices de produtividade, qualidade ou lucratividade, que colaborem com as negociações entre os trabalhadores e a instituição. Tal obrigação é uma importante diretriz para as empresas no tocante à definição das metas e resultados que pretendem ser alcançados na PLR, pois autoriza que a comissão exija

todo e qualquer documento que contribua para a definição dos indicadores que farão a mensuração para pagamento da PLR.

Outra alteração de importância capital refere-se à proibição de criação de indicadores ou aplicação de metas referentes à saúde e à segurança do trabalho, conforme consta do inciso II, § 4º do art. 2º:

§ 4º Quando forem considerados os critérios e condições definidos nos incisos I e II do § 1º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 12.832, de 2013)

(...)

II – não se aplicam as metas referentes à saúde e segurança no trabalho.” (Incluído pela Lei nº 12.832, de 2013)

A limitação para inserção de itens desta natureza, saúde e segurança do trabalho, impede que, entre as metas e indicadores, sejam incluídos, por exemplo, redução de acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, utilização de EPIs, cumprimento de normas de segurança e exames médicos. E não poderia ser diferente, tendo em vista ser inconcebível que o empregador queira transferir os riscos existentes no ambiente de trabalho para a gerência dos empregados por meio de formulações que exijam o dever de cautela exatamente da parte que deve ser protegida, os trabalhadores.

Além disso, também merece registro a possibilidade de os pagamentos de antecipação ou distribuição de valores serem realizados em periodicidade trimestral – respeitado o limite de dois pagamentos no mesmo ano civil, conforme consta do § 2º do art. 3º:

Art. 3º . A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.

§ 2º É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em mais de 2 (duas) vezes no mesmo ano civil e em periodicidade inferior a 1 (um) trimestre civil. (Redação dada pela Lei nº 12.832, de 2013)

A alteração proporciona flexibilidade na definição dos prazos de pagamento, especialmente em relação aos eventuais adiantamentos e aos períodos de apuração, contribuindo inclusive com maior flexibilidade em relação ao regime anterior, que obrigava a distribuição em periodicidade semestral.

5. DOS LIMITES LEGAIS SUBJETIVOS

Como limites legais subjetivos para pagamento da PLR, entendem-se os grupos de trabalhadores que, ao fazerem jus ao recebimento das verbas a título de PLR, conferem ao empregador o direito de não efetuar o recolhimento das contribuições sociais (previdenciárias e destinadas aos chamados terceiros) devidas, bem como classificar tais valores como despesas dedutíveis da apuração do lucro real.

Ainda de acordo com a pesquisa publicada pelo Relatório Analítico de Jurisprudência do CARF (2016), em relação aos limites legais subjetivos estipulados pela legislação da PLR, os pontos controversos mais debatidos são os seguintes:

- a. O plano que dá suporte à PLR pode ser estendido a empregados de outra base territorial;
- b. Os valores pagos a títulos de PLR podem ser estendidos aos sócios, diretores não empregados e demais tipos de dirigentes sem vínculo empregatício.

Nesse trabalho, far-se-á uma análise em relação à possibilidade de a PLR ser estendida a dirigente sem vínculo empregatício. Algumas considerações merecem destaque.

Inicialmente, atente-se que a PLR é garantia fundamental prevista entre os Direitos Sociais e que estes alcançam os trabalhadores com vínculo empregatício, conforme mencionado anteriormente na lição de Moraes (2006, p. 177), razão pela qual os administradores sem vínculo empregatício estariam excluídos dos benefícios fiscais previstos na Lei nº 10.101, de 2000:

Art. 1º. Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.

Há quem sustente até os dias de hoje, considerando como premissa a autoaplicabilidade do dispositivo constitucional previsto no inciso XI do art. 7º da Constituição, que não há necessidade de legislação específica como condição para pagamento da PLR, tendo em vista sua natural desvinculação da remuneração e, por efeito, o benefício de não recolher a contribuição previdenciária.

Contudo, conforme já descrito neste artigo, o STF já reafirmou que o inciso XI do art. 7º da Constituição não é autoaplicável, mas sim norma de eficácia limitada, que exigiu regulamentação infraconstitucional e específica. No caso, tal regulamentação foi a Medida Provisória nº 794, de 1994, convertida na Lei nº 10.101, de 2000, e nenhum outro ato atenderia a tal exigência, conforme já mencionado (RE nº 569.411).

Outra argumentação seria que a legislação específica para pagamento a título de PLR aos administradores, sem vínculo empregatício, estaria prevista no art. 152 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e parágrafos:

Remuneração

Art. 152. A assembleia geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 1º O estatuto da companhia que fixar o dividendo obrigatório em 25% (vinte e cinco por cento) ou mais do lucro líquido, pode atribuir aos administradores participação no lucro da companhia, desde que o seu total não ultrapasse a remuneração anual dos administradores nem 0,1 (um décimo) dos lucros (art. 190), prevalecendo o limite que for menor.

§ 2º Os administradores somente farão jus à participação nos lucros do exercício social em relação ao qual for atribuído aos acionistas o dividendo obrigatório, de que trata o art. 202.

Registre-se que a Lei nº 6.404, de 1976, dispõe sobre as sociedades por ações, condição que afastaria o atributo de lei específica apta a delimitar os critérios que permitiriam a desvinculação da remuneração. Dito de outra forma, o art. 152, e parágrafos, da Lei nº 6.404, de 1976, não atenderia à condição de legislação específica, exigida pela alínea “j” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1994, haja vista não conter ou estabelecer qualquer tipo de critério para pagamento da rubrica.

Em análise do referido dispositivo, é nítida a intenção do legislador de normatizar, no âmbito do art. 152 da Lei 6.404, de 1976, apenas o fato econômico de pagamento da remuneração dos administradores e suas referências. Trata-se de normatização indicativa, haja vista ser evidente que alguém contratado para administrar uma empresa, sem vínculo empregatício, terá direito à contraprestação por seu trabalho. Por não se tratar de relação de subordinação, mas de comando e gerência, tal regulamentação é posta como referência.

Contudo, salta aos olhos o fato de a participação nos lucros dos administradores estar prevista no § 2º de dispositivo, que se propõe a regulamentar a remuneração dos administradores. Tal aspecto é relevante por várias razões.

A primeira, por permitir inferir de maneira direta, na medida em que o particular se vincula ao geral, que a participação nos lucros prevista no art. 152 da Lei nº 6.404, de 1976, é uma referência de valor que integra o conjunto de itens da totalidade da remuneração paga ao administrador.

A segunda razão refere-se ao fato de a utilização de parágrafos, em textos legais, ser expediente utilizado para obtenção da ordem lógica da norma, facilitando sua interpretação, conforme alínea “c”, inciso III, art. 11 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Em outras palavras, os parágrafos traduzem aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo.

A terceira questão nos permite concluir que, sobre os pagamentos que a empresa efetuar, a título de participação nos lucros, com fulcro no art. 152 da Lei nº 6.404, de 1976, aos administradores, incide contribuição previdenciária, na forma do inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

III – vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

A clareza quanto à aplicação da norma não deixa espaço para dúvidas:

- a. Sobre a remuneração paga aos contribuintes individuais (administradores entre eles) a empresa deve recolher contribuição previdenciária (inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991);
- b. A participação nos lucros, paga aos administradores nos termos do § 2º do art. 152 da Lei nº 6.404, de 1976, é remuneração;
- c. Sobre a participação nos lucros, paga aos administradores nos termos do § 2º do art. 152 da Lei nº 6.404, de 1976, incide contribuição previdenciária do empregador.

Entretanto, no tocante à dedutibilidade dos valores pagos a título de participação nos lucros, considerando a inexistência de previsão para dedução das despesas operacionais da empresa, verificam-se regimes jurídicos distintos para os administradores e para os empregados, conforme consta do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

Art. 303. Não serão dedutíveis, como custos ou despesas operacionais, as gratificações ou participações no resultado, atribuídas aos dirigentes ou administradores da pessoa jurídica. (Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, § 3º, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 58, parágrafo único)

(...)

Art. 359. Para efeito de apuração do lucro real, a pessoa jurídica poderá deduzir como despesa operacional as participações atribuídas aos empregados nos lucros ou resultados, dentro do próprio exercício de sua constituição (Medida Provisória nº 1.769-55, de 1999, art. 3º, § 1º).

Dessa forma, em relação aos pagamentos a título de participação nos lucros aos administradores, as conclusões são as seguintes:

- a. Conforme previsão legal, incide contribuição previdenciária por se tratar de remuneração;
- b. Não há autorização legal para dedução dos pagamentos a título de despesa operacional.

Percebe-se, dessa forma, um conjunto de diferenças que distinguem de maneira inquestionável o pagamento da PLR para os empregados, desvinculada da remuneração na forma estabelecida pela legislação específica, e que permite dedução a título de despesa operacional, e a PLR paga aos administradores, vinculada à remuneração, estabelecida por legislação específica, mas relacionada à organização das sociedades e sem a permissão para dedução da rubrica despesa operacional.

6. CONCLUSÕES

Conforme se tratou por todo este trabalho, as aplicações e as reflexões relacionadas à PLR são amplas, complexas e relevantes. Amplas porque abrangem discussões com perspectivas diversas, tais como: segurança no ambiente do trabalho, produtividade dos empregados, tributação e outras relações jurídicas. Complexas, pois os níveis de detalhamento dos planos de pagamento da PLR alcançam especificidades que exigem conhecimento específico do dia a dia das empresas e da organização dos trabalhadores. Relevantes por alcançar interesses não só dos empregados, mas também de seus empregadores, na medida em que contribui para retribuir o trabalho, comprometer o trabalhador com o resultado das empresas, propiciando a melhoria contínua destes resultados.

O que se procurou mostrar nesse texto foi a evolução de um instituto que, bem implementado, torna-se uma ferramenta efetiva para o planejamento estratégico das empresas. Entretanto, como toda boa ferramenta, deve-se ter a cautela para não ser utilizada de forma desvirtuada, especialmente sem observar os aspectos de legalidade, tendo em vista os riscos inerentes a todo processo que descumpra a legislação, especialmente a tributária.

Além disso, a partir da visão das principais controvérsias, especialmente na jurisprudência e na regulamentação da legislação, procurou-se demonstrar a necessidade de temas previdenciários serem vistos no contexto de uma pauta cuja diretriz mais relevante aponte para a proteção do trabalhador, bem como a sustentabilidade da Previdência Social. Não se trata de defender ou exigir políticas paternalistas, mas materializar o espírito contido no art. 7º da Constituição Federal, que trata dos Direitos Sociais.

Conforme visto, é nítida a diferença entre a PLR paga aos empregados, desvinculada da remuneração na forma da lei, e a PLR paga aos administradores, vinculada à remuneração de acordo com a legislação que disciplina a organização das sociedades.

Nesse sentido, considerando a desvinculação da PLR da remuneração e, por conseguinte, do custeio da Previdência Social, toda interpretação relacionada a excluir a contribuição previdenciária deve ser feita de maneira restrita, pois, se o pagamento de tais valores, quando efetuados, representa um incentivo ao trabalhador, a ausência de contribuição também afeta os equilíbrios fiscal e atuarial da Previdência Social. Toda decisão implica escolhas. Políticas previdenciárias não podem ser vistas para resolver questões do presente, pois seus benefícios, ou malefícios, no caso das más escolhas, serão percebidos no futuro, em detrimento das futuras gerações.

7. REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Participação nos lucros e Integração Social – PIS. *Revista brasileira de estudos políticos*. Brasília, 1972.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*. DF: Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000*. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 12.832, de 20 de junho de 2013*. Altera dispositivos das Leis nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, e nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12832.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999*. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Medida Provisória nº 794, de 29 de dezembro de 1994*. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/794.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. *Medida Provisória nº 597, de 26 de dezembro de 2012*. Dá nova redação ao § 5º do art. 3º da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/597.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 436-C. Medida Provisória nº 794, de 29 de dezembro de 1994. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 19 jan. 1995. p. 287.

CASTRO, Aldemário Araújo. *O condicionamento das imunidades tributárias presente na cláusula constitucional das "finalidades essenciais"*. 2005. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/imunidadec.pdf>>. Acesso em 01 set. 2016.

DE SANTI, Eurico Diniz (Org). *Relatório analítico de jurisprudência até 2015*. São Paulo: Ed. FGV Direito SP; Max Limonad, 2016.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 22 ed. atual. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Participação dos empregados nos lucros das empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARASATE, Paulo. *Participação nos lucros e na vida das empresas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PARTE VI

PIS/COFINS



ICMS NA BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS SOBRE A RECEITA: PREMISSAS E COROLÁRIOS LÓGICOS DA TESE JURÍDICA

Andrei Pitten Velloso*

Resumo: Este capítulo objetiva demonstrar a incorreção da tese da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS, bem como a improcedência das pretensões que se arvoram nos seus fundamentos centrais, concernentes à impossibilidade de tributos incidirem sobre outros tributos e à inadequação do ICMS ao conceito constitucional de receita. Concluí que sequer há incidência de tais contribuições sobre o ICMS, porquanto o valor destacado na nota fiscal se destina tão somente a viabilizar a sistemática da não cumulatividade, não implicando a superposição tributária.

Abstract: *This chapter aims to demonstrate the incorrectness of the unconstitutionality thesis of the inclusion of the Brazilian sales tax (ICMS) in the calculation basis of the contributions for the Financing of the Social Security (COFINS) and of the Social Integration Program (PIS), as well as the incorrectness of the claims which are based on their main arguments, concerning the impossibility of tax superposition and the incompatibility of the ICMS to the constitutional concept of revenue. Concludes that there are no incidence of such contributions on the ICMS, since the value highlighted in the invoice is intended solely to enable the scheme of non-cumulativity and does not involve tax superposition.*

*Juiz Federal da 4ª Região. Professor de Direito Tributário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Doutor em Direitos e Garantias do Contribuinte pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito Tributário pela UFRGS. Integrante do Comitê de Acompanhamento, Avaliação e Seleção de Conselheiros (CSC) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (Representante Suplente da Sociedade Civil). Professor de Direito Tributário nas Especializações em Direito Tributário da UFRGS, da PUC/RS e na ESMAFE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A RECEITA
3. MATERIALIDADE POSSÍVEL DA COFINS E CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RECEITA
 - 3.1 Ingressos e receita
 - 3.2 Faturamento e receita
 - 3.3 Lucro e receita
 - 3.4 Representação gráfica
4. RECEITA BRUTA: ABRANGÊNCIA DO VALOR DO ICMS DESTACADO
 - 4.1 Tradicional orientação jurisprudencial
 - 4.2 Cálculo “por dentro” e não cumulatividade do ICMS
5. ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE
 - 5.1 Impossibilidade de tributos integrarem a base de cálculo de outros tributos
 - 5.2 O ICMS não se amolda aos conceitos de faturamento e de receita
6. APLICAÇÃO E COROLÁRIOS JURÍDICOS DA TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE
7. CONCLUSÕES
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) é considerada a mais importante questão tributária pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, em termos econômicos: já em 2014, a Receita Federal estimou um impacto financeiro direto de mais de 250 bilhões de reais, se acolhida a pretensão dos contribuintes.¹

A despeito da sua relevância econômica, ou justamente por causa dela, a resolução do litígio arrasta-se há mais de dezessete anos, considerando-se apenas o período em que o julgamento foi iniciado pelo Plenário da Suprema Corte.

De fato, o relator do *leading case*, Ministro Marco Aurélio, proferiu o seu voto em setembro de 1999, sendo o julgamento suspenso em virtude de pedido de vista (RE 240.785). Passaram-se quase sete anos até ser retomado, oportunidade em que se formou maioria favorável aos contribuintes.² Houve, porém, novo pedido de vista. Ademais, em outubro de 2007, o Presidente da República ingressou com uma ação direta de constitucionalidade (ADC 18). E pouco após, em abril de 2008, a Corte reconheceu a repercussão geral da questão constitucional, no RE 574.706.³

Na sessão de 14 de maio de 2008, o STF decidiu pela precedência do controle concentrado em relação ao controle difuso, ou seja, pela precedência da ADC 18, cujo julgamento ainda não havia se iniciado, perante o RE 240.785, no qual, como referido, já havia se formado maioria favorável ao contribuinte. Isso implicou o sobrestamento do recurso extraordinário.⁴

Decorridos diversos anos sem que o mérito da ADC 18 fosse julgado, decidiu-se, em outubro de 2014, prosseguir no julgamento original, do RE 240.785, o que levou ao resultado já há muito esperado: o provimento do recurso do contribuinte, com a declaração da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

No entanto, os processos aptos a produzir efeitos *erga omnes* (ADC 18 e RE 574.706) não foram julgados, donde se infere que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal não ostenta ares de definitividade.

A insegurança jurídica persiste e, convenhamos, aparenta ter sido agravada por esse inusitado quadro, em que a Suprema Corte se debruçou, num julgamento que se arrastou por mais de uma década, sobre uma questão complexa, decidiu-a, mas não a resolveu.

Frente a esse panorama de indefinição e de insegurança jurídica, impende averiguar, com a atenção devida, se é realmente procedente a pretensão dos contribuintes, de excluírem o ICMS da base de cálculo da COFINS – e também da base de cálculo das demais contribuições sobre a receita bruta (contribuição ao PIS e Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta – CPRB).

Para tanto, indicaremos os tributos incidentes, de forma direta ou indireta, sobre a receita bruta das empresas (Seção 1), discorreremos sobre o conceito constitucional de receita (Seção 2), exporemos nossa concepção acerca do cerne da controvérsia, que gravita sobre o alcance do conceito de receita bruta e consiste, especificamente, na indagação sobre se a receita bruta – ou o faturamento, no período anterior à Emenda Constitucional (EC) 20/1998 – engloba a totalidade do valor auferido com a venda de mercadorias e a prestação de serviços ou apenas o valor remanescente, descontado o montante

¹ Nota PGFN/CASTF/Nº 1232/2014, em que são veiculadas informações para o Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, para o exercício de 2015. Disponível no sítio eletrônico: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/notas/resource/12322014>, acesso em 06/09/2016.

² Mais precisamente, maioria de seis votos favoráveis aos contribuintes.

³ STF, Plenário Virtual, RE 574.706 RG, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/04/2008. Trata-se do Tema nº 69 da Repercussão Geral, intitulado: “Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS”.

⁴ Decisão proferida em questão de ordem na ADC 18, sendo aplicada de imediato no RE 240.785.

do ICMS destacado na nota fiscal (Seção 3), analisaremos detidamente os principais argumentos que sustentam a tese da inconstitucionalidade (Seção 4) e, finalmente, exporemos como o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais têm resolvido não apenas a questão central, mas também as relevantes indagações que dela decorrem (Seção 5).

2. TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE A RECEITA

A receita bruta das empresas é a base de cálculo da COFINS, da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), regulada pela Lei 12.546/2011.

Também constitui a base de cálculo do regime favorecido de tributação cognominado Simples Nacional (art. 18, § 3º, da LC 123/2006), ao qual se submete a maioria das empresas brasileiras.

Consubstancia, outrossim, a materialidade indireta do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) quando recolhidos com base no lucro presumido ou no lucro arbitrado, que são calculados mediante a aplicação de percentuais sobre a receita bruta das empresas.⁵

Repercute, ademais, no IRPJ e na CSLL recolhidos pelo lucro real/líquido, haja vista que o lucro líquido e, por consequência, o lucro real são calculados com base na receita bruta das vendas e serviços, conjugada a outros elementos (art. 6º do Decreto-lei 1.598/1977 c/c o art. 187, I da Lei 6.404/1972).

Atualmente, a noção de receita bruta é definida, de forma denotativa, pelo art. 12 do Decreto-lei 1.598/1977, na redação dada pela Lei 12.973/2014:

Art. 12. A receita bruta compreende:

I – o produto da venda de bens nas operações de conta própria;

II – o preço da prestação de serviços em geral;

III – o resultado auferido nas operações de conta alheia; e

IV – as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

[...]

§ 4º Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário.

§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.

Da interpretação *a contrario sensu* do § 4º, conclui-se que estão incluídos no conceito legislativo de receita bruta os tributos não cumulativos que o vendedor ou prestador de serviços não cobra na condição de mero depositário, entre os quais figura o ICMS, salvo quando for devido no regime de substituição tributária (ICMS-ST).

⁵ No caso do lucro arbitrado, quando conhecida a receita bruta, por óbvio.

E da letra do § 5º se infere que os tributos incidentes sobre a receita bruta (COFINS, CPRB e contribuição ao PIS) estão incluídos na sua própria base de cálculo; ou melhor, dela não devem ser excluídos.

Alega-se que essa previsão viola o conceito constitucional de receita, que o art. 195, I, *b*, da Carta da República utiliza a fim de autorizar a cobrança de contribuição para financiar a seguridade social.

Cumpra-se, portanto, o alcance específico de tal conceito constitucional.

3. MATERIALIDADE POSSÍVEL DA COFINS E CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RECEITA

A Constituição de 1988 não outorgou à União competência para instituir contribuição de seguridade social sobre a receita, mas apenas sobre o faturamento – conceito mais restrito, que, sob um viés econômico, está abrangido integralmente pelo de receita.

Esta era a redação original do art. 195, I, da Constituição da República:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

Destarte, frente ao texto original da Carta de 1988, a União somente poderia instituir contribuição de seguridade sobre a integralidade da receita se exercesse a competência residual do art. 195, § 4º, respeitando os requisitos exigidos para tanto, estabelecidos no art. 154, I. Esse contexto foi modificado pela EC 20/1998, que, ao dar nova redação ao art. 195, I, inseriu, ao lado do termo “faturamento”, o vocábulo “receita”, ampliando, desse modo, a competência ordinária da União. Recorde-se, a propósito, a redação atual do art. 195, I, *b*, da CF:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: [...]

b) a receita ou o faturamento;

Após essa inovação, tornou-se prescindível que o legislador observasse os requisitos do art. 154, I, da CF para instituir contribuição securitária sobre a receita, uma vez que, ao instituí-la, ele não estará exercendo a competência residual do art. 195, § 4º, mas a competência ordinária do art. 195, I, *b*.

O termo “faturamento” passou a ser completamente supérfluo. O faturamento, como já exposto, representa uma parcela da receita, razão pela qual, ao se conferir competência para tributar a receita, autoriza-se a tributação do faturamento.

Essa afirmação se tornará mais clara após esmiuçarmos o conteúdo dos conceitos de ingressos, de faturamento e de receita.

3.1. Ingressos e receita

O conceito de receita é objeto de detidos estudos no âmbito do Direito Financeiro, que se centram na receita pública.

A doutrina dominante distingue entre ingressos e receitas: ingressos são todas as quantias que adentram nos cofres públicos, abrangendo os denominados “movimentos de fundo” e as “entradas de caixa”, que não incrementam o patrimônio público; e as receitas constituem uma categoria específica de ingresso,⁶ singularizando-se por serem elementos novos e positivos para a mutação patrimonial.⁷

Nessa linha, é clássica a definição de Aliomar Baleeiro:

“Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondências no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.”⁸

É certo que as regras de Direito Financeiro positivo acolhem um conceito mais amplo de receita, abrangente das entradas,⁹ mas, para o Direito Tributário, a receita pública somente pode ser entendida na sua acepção doutrinária, tão bem exposta por Aliomar Baleeiro.

Considerar os movimentos de fundos e as entradas de caixa como receita para fins tributários aviltaria o princípio da capacidade contributiva, porquanto não integram o patrimônio enquanto riquezas novas do seu titular. Por exemplo, se uma empresa, enfrentando graves dificuldades financeiras, toma um empréstimo para saldar as suas dívidas com empregados, agravando, a médio ou longo prazo, a sua situação financeira, é evidente que os ingressos decorrentes desse empréstimo não poderão estar sujeitos à tributação enquanto receitas, uma vez que não exteriorizam capacidade contributiva, sendo meras entradas de caixa.

Daí a alegação dos contribuintes de que o ingresso, no caixa das empresas, dos valores relativos ao ICMS não implica o reconhecimento de receita, por se tratar de mera entrada de caixa.

Não se pode olvidar, no entanto, que, a despeito de não se confundir com os ingressos em geral, constituindo um elemento novo e positivo para a oscilação patrimonial, a receita não acarreta, em toda e qualquer situação, aumento do patrimônio do beneficiário. A distinção é sutil, porém relevante: a receita consubstancia um elemento positivo para a oscilação patrimonial, e não incremento patrimonial. Em regra, a receita gera oscilações patrimoniais positivas, mas também pode implicar redução patrimonial, como ocorre nas vendas com prejuízo.¹⁰

O STF acolheu a distinção entre ingressos e receita e também o conceito de receita delineado por Aliomar Baleeiro, ao analisar a constitucionalidade da incidência da COFINS sobre créditos de ICMS cedidos a terceiros por empresas exportadoras.¹¹

3.2. Faturamento e receita

Por sua vez, faturamento é, na acepção comum, o ato ou efeito de faturar. Na acepção jurídico-tributária, corresponde, segundo a remansosa jurisprudência do STF, a uma fração específica da receita: a receita bruta decorrente da alienação de mercadorias e/ou da prestação de serviços.¹²

⁶ BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 126.

⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Conceito de receita como hipótese de incidência das contribuições para a seguridade social (para efeitos da COFINS e da contribuição ao PIS). *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo. nº 1, jan. 2001. p. 30.

⁸ BALEIRO. *Uma introdução à ciência das finanças*. p. 126

⁹ Vide, por exemplo, a definição denotativa do art. 11, § 4º, da Lei 4.320/1964.

¹⁰ Esse fato é assinalado por Ricardo Mariz de Oliveira, que, considerando a hipótese de vendas com prejuízo, observa: “sendo a receita um elemento aumentativo do patrimônio, ou fonte de aumento do patrimônio, ela, isoladamente considerada, produz e efetiva aumento no patrimônio, embora, quando associada a outros elementos ou fatores, no global possa haver redução patrimonial” (Conceito de receita como hipótese de incidência das contribuições para a seguridade social (para efeitos da COFINS e da contribuição ao PIS), p. 30).

¹¹ STF, Pleno, RE 606.107, rel. Min. Rosa Weber, j. em 22/05/2013 – Tema nº 283 da Repercussão Geral.

¹² O STF reputa legítima a equiparação entre faturamento e receita, desde que seja compreendido o conceito de “receita” no sentido em que fora empregado no DL 2.397/1987, que abrangia apenas a “receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços de qualquer natureza”. Sua jurisprudência se assentou nesse sentido após o julgamento, pelo Plenário, destes recursos: RE 150.755, rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 18/11/1992; RE 150.764, rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. em 16/12/1992; e ADC 01, rel. Min. Moreira Alves, j. em 01/12/1993.

Há, entre faturamento e receita, uma relação de continente e conteúdo (contento): a receita engloba, de forma integral, o faturamento; mas este não a abrange.

Pode-se equiparar, portanto, a relação existente entre receita e faturamento àquela que há entre gênero e espécie, entre conjunto e subconjunto, entre conceito e subconceito.

Dessas sucintas ponderações, resta clara a existência de receitas que não integram o faturamento das empresas, como as receitas não operacionais e até mesmo certas receitas operacionais (receitas financeiras, variações monetárias e cambiais etc.). Ingressos que integrem o faturamento, mas não a receita, por outro lado, não existem: todo o faturamento, cabe repisar, está compreendido na receita.

Por essa razão, o STF declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.718/1998 (editada antes da EC 20/1998) que ampliaram o conceito de faturamento, ao disporem que o faturamento “corresponde à receita bruta da pessoa jurídica” (art. 3º, *caput*) e que a receita bruta corresponde à “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas” (art. 3º, § 1º). Noutros termos, esses preceitos determinaram que o termo “faturamento”, empregado pela Constituição Federal para outorgar competência impositiva à União (art. 195, I, em sua redação original), corresponderia à “totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica”. Equiparou-se faturamento à receita, afrontando-se nitidamente a Carta Constitucional.¹³

O próprio legislador constituinte, consciente da diversidade conceitual entre faturamento e receita, alterou, por meio da EC 20/1998, o artigo 195, a fim de ampliar a competência ordinária da União: incluiu o vocábulo “receita” ao lado do termo “faturamento” (art. 195, I, *b*). A referida alteração constitucional decorreu justamente da diferença que há entre a receita bruta decorrente de operações mercantis e/ou prestações de serviços (que corresponde ao faturamento) e a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente da sua natureza contábil. Caso houvesse identidade entre os conceitos de receita e de faturamento, o texto constitucional seria, no mínimo, pleonástico.

Diante da alteração promovida pela EC 20/1998, todas as receitas dos empregadores, das empresas e das entidades a elas equiparadas foram incluídas no âmbito de possível incidência da contribuição instituída com base no art. 195, I, *b*, da Carta Constitucional, a COFINS.

3.3. Lucro e receita

Como referido, a receita constitui um elemento novo e positivo para a mutação patrimonial, representando um *plus* frente à noção geral de “ingresso”. A despeito de ser um elemento positivo para a variação patrimonial, a receita não implica, necessariamente, acréscimo patrimonial, pois também está presente nas vendas com prejuízo.

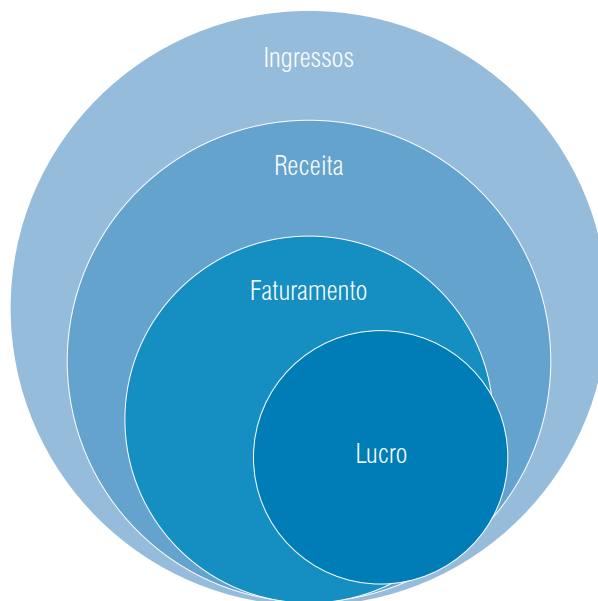
Daí a distinção entre receita, de um lado, e renda ou lucro, de outro. Diversamente do conceito de receita, os de renda e lucro pressupõem acréscimo patrimonial – e, por vezes, são reconduzidos ao próprio conceito de acréscimo patrimonial. Pressupõem e limitam-se ao acréscimo patrimonial.

Exemplificando, a venda por valor inferior ao de custo gera receita, mas, a toda evidência, não acarreta renda ou lucro. E a venda por valor superior ao de custo gera receita, mas nem sempre renda ou lucro – pois outras despesas podem afetar o resultado financeiro da empresa. Ademais, mesmo que a venda gere renda ou lucro, a receita será inconfundível com estas grandezas, pois abrange a integralidade do valor da operação, e não apenas o valor agregado (ou parcela deste).

¹³ STF, Pleno, RE 346.084, rel. p/ ac. Min. Marco Aurélio, j. em 09/11/2005.

3.4. Representação gráfica

Esta imagem sintetiza tudo o que foi exposto, evidenciando, em linhas gerais, o conteúdo material do conceito de receita, bem como a sua distinção perante os conceitos de ingresso, faturamento, renda e lucro:



Os ingressos são o continente financeiro das empresas, que abrange, em volume econômico, as receitas, o faturamento e o lucro. A receita é, em princípio, uma modalidade de ingresso; em contrapartida, representa um continente perante o faturamento, englobando-o por completo. Já os lucros constituem uma fração da receita, podendo decorrer do faturamento ou de outras modalidades de receita; daí não estarem abarcados por completo pelo faturamento.

São exemplos de ingressos que não constituem receita: os empréstimos, as indenizações e os valores de efetiva titularidade de terceiros. E de receitas que não constituem faturamento: as receitas não operacionais e as “outras receitas operacionais”, que não fazem parte do objeto social da empresa, como os aluguéis de imóveis de propriedade de indústrias, instituições financeiras, etc.

Dissemos tratar-se de ilustração que expressa a relação entre esses conceitos “em linhas gerais” pelo fato de a contabilidade basear-se no regime de competência, e não no de caixa, implicando o reconhecimento das receitas – e do lucro – antes mesmo do efetivo ingresso dos valores no caixa da empresa. Daí a existência de receitas e lucro sem o correlato ingresso contábil no mesmo período de apuração.¹⁴

À luz dessas ponderações, será viável averiguar se os valores relativos ao ICMS devido pelas vendas e serviços sujeitos ao imposto constituem receita das empresas ou meras entradas de caixa.

¹⁴ Essa peculiaridade não impede, contudo, a doutrina de vislumbrar a receita como uma modalidade de ingresso. Nessa linha, é a autorizada lição de Ricardo Mariz de Oliveira: “... receita seria uma espécie dentro de um gênero mais amplo, gênero este consistente em ingressos ou entradas de dinheiro, valores ou bens em determinado patrimônio” (Conceito de receita como hipótese de incidência das contribuições para a seguridade social (para efeitos da COFINS e da contribuição ao PIS), p. 41).

4. RECEITA BRUTA: ABRANGÊNCIA DO VALOR DO ICMS DESTACADO

4.1. Tradicional orientação jurisprudencial

Adentrando na questão central deste artigo, entendemos que a receita bruta advinda da venda de mercadorias corresponde justamente ao preço de venda, e não ao resultado da dedução do ICMS perante tal preço.

Digamos que um atacadista oferece uma mercadoria à venda por R\$ 100,00, e um varejista aceita pagar o preço proposto. Nesse caso, o valor da operação será de R\$ 100,00, não de R\$ 82,00 (R\$ 100,00 – R\$ 18,00, do ICMS, pressuposta a aplicação da alíquota de 18%). O valor da venda consubstancia, em sua integralidade, elemento novo e positivo para a mutação patrimonial e, conseqüentemente, receita da empresa. Logo, a receita auferida será de R\$ 100,00, e não de R\$ 82,00.

Noutros termos, o valor relativo ao ICMS (R\$ 18,00) não constituirá mera entrada de caixa, mas receita efetiva da empresa. Isso porque todo o valor auferido contribui para um resultado positivo, mesmo que não implique necessariamente acréscimo patrimonial – e, por óbvio, não corresponda ao acréscimo patrimonial auferido pela empresa, porquanto pressupõe a realização de despesas, entre as quais se inserem aquelas relativas ao ICMS, à COFINS, à CPRB e à contribuição ao PIS.

Esse é o tradicional entendimento jurisprudencial, já consolidado pelo Tribunal Federal de Recursos (TFR) mediante a edição, em junho de 1988, da Súmula nº 258, concernente à incidência do PIS-Faturamento sobre o valor relativo ao antigo ICM: “Inclui-se, na base de cálculo do PIS, a parcela relativa ao ICM”.

Promulgada a Constituição de 1988 e extinto o TFR, o Superior Tribunal de Justiça reiterou essa orientação, com base na concepção de que o ICMS:

incide sobre o valor da mercadoria, compõe o seu preço e integra o faturamento da empresa. Deste fazem parte também as despesas com impostos e outras despesas, pagas pelo comprador. Assim, a contribuição social da empresa, calculada com base no seu faturamento, nos termos da citada Lei Complementar nº 07/70, é calculada sobre o total das vendas, de sua receita bruta, composta também do ICM. Se este está incluído no preço da mercadoria, não se pode excluir da base de cálculo do PIS.¹⁵

Cristalizou-se esse entendimento com a edição de duas súmulas, assim redigidas: “A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS” (Súmula 68); e “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial” (Súmula 94).

A compreensão da sistemática de cálculo do ICMS (cálculo “por dentro”), tema que se vincula ao princípio da não cumulatividade, é essencial para se perceber o acerto dessa posição.

4.2. Cálculo “por dentro” e não cumulatividade do ICMS

O ICMS constitui um imposto não cumulativo que incide sobre a totalidade do valor da operação (art. 13, I, da LC 87/1996), mas não é acrescido ao preço de venda.¹⁶ Essa é a razão pela qual se diz que é “calculado por dentro”. É calculado “por dentro” do valor da operação porque não lhe é acrescido: o valor da operação de venda não é o preço da mercadoria + o ICMS; é simplesmente o preço da mercadoria. Se o ICMS fosse calculado “por fora”, tal qual ocorre com o IPI, o valor da nota fiscal não seria composto

¹⁵ STJ, 1ª Turma, REsp 478, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 22/11/1989.

¹⁶ Salvo no regime da substituição tributária, em que o ICMS devido pelo substituto (ICMS-ST) é calculado por fora, de modo que o valor correlato não integra a base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS.

apenas pelo preço das mercadorias, mas pelo preço das mercadorias + o ICMS; conseqüentemente, o creditamento, pelo adquirente, seria inferior, pois não abrangeria o valor relativo ao imposto devido na operação antecedente.

O destaque na nota fiscal serve apenas para viabilizar o creditamento, pelo comprador, do imposto devido pelo vendedor, instrumentalizando, assim, a sistemática da não cumulatividade. Daí a Lei Complementar nº 87/1996 prever que o “montante do próprio imposto” (ou seja, do ICMS) integra a base de cálculo do ICMS, “constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle” (art. 13, § 1º, I), sistemática que, vale registrar, já foi declarada constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.¹⁷

Na realidade, a noção de cálculo “por dentro” mais confunde do que esclarece. Diz-se que o ICMS é calculado “por dentro” simplesmente porque não é calculado “por fora”, ou seja, acrescido ao preço de venda. A despeito da dicção do art. 13, § 1º, I, da LC 87/1996, seria mais preciso dizer que ele não integra o valor da operação de venda, antes incide sobre tal valor, havendo o destaque apenas “para fins de controle”.

Se não fosse a sistemática não cumulativa, sequer se falaria na incidência “por dentro” do ICMS. Dir-se-ia apenas que o imposto incide sobre as operações de venda de mercadorias – e é um dos custos do vendedor, os quais, sob uma perspectiva econômica, são geralmente “embutidos” no preço das mercadorias e, conseqüentemente, repassados ao comprador. Como asseverou o Ministro Eros Grau: “[o ICMS] é custo, tal como salário ou custo da energia elétrica”. É custo, tal como a COFINS. A diferença é apenas o regime da não cumulatividade, que no ICMS considera o imposto devido na operação antecedente; e na COFINS, o valor das mercadorias adquiridas para revenda (art. 3º, I, da Lei 10.833/2003), de forma que não há destaque do valor da contribuição na nota fiscal. Se o regime fosse o mesmo do ICMS, haveria o destaque – e falar-se-ia no cálculo “por dentro” da COFINS; e sustentar-se-ia que a COFINS não pode incidir sobre o valor da própria COFINS, destacado na nota fiscal.

Em síntese, a receita bruta engloba a totalidade dos recursos auferidos pela empresa com a operação de venda. Em virtude de a receita não se confundir com o lucro, é indevida a dedução dos custos que devem ser suportados pela empresa em razão da venda, inclusive dos custos tributários, dentre os quais se insere o ICMS – e até a própria COFINS.

5. ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS QUE SUSTENTAM A TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal já pronunciou, em sede de controle concentrado, a constitucionalidade da incidência da COFINS sobre a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (correspondente à noção de faturamento), bem como da previsão de que tal receita não é composta pelo IPI, quando destacado em separado no documento fiscal. Fê-lo ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 1, em que pronunciou a legitimidade constitucional dos arts. 1º, 2º e 10 da Lei Complementar nº 70/1991, que instituiu a COFINS.¹⁸

Em virtude de a causa de pedir das ações diretas ser aberta, há de se reconhecer que a Corte Constitucional não vislumbrou mácula alguma em tais previsões, que levam à conclusão de que o ICMS integra a base de cálculo da COFINS.

Pode-se afirmar, contudo, que tal questão ainda está em aberto, porquanto não havia previsão expressa nesse sentido na LC 70/1991. E, de fato, sequer o STF reputou ter resolvido a questão constitucional,

¹⁷ STF, Pleno, RE 212.209, rel. p/ac. Min. Nelson Jobim, j. em 23/06/1999.

¹⁸ STF, Pleno, ADC 1, rel. Min. Moreira Alves, j. em 01/12/1993.

razão pela qual se pronunciou especificamente sobre essa controvérsia – e, como referido, declarou a ilegitimidade da incidência da COFINS sobre o ICMS.

Destarte, impende analisar com atenção os argumentos que sustentam a tese da inconstitucionalidade.

5.1. Impossibilidade de tributos integrarem a base de cálculo de outros tributos

No julgamento do RE 240.785, prevaleceu a tese em epígrafe, segundo a qual seria inconstitucional a incidência de tributos sobre o valor correspondente a outros tributos. Consignou-se na ementa do julgado:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. [...]

Não há inconstitucionalidade, *a priori*, na inclusão de tributos na base de cálculo de outros tributos. Pelo contrário, a Carta de 1988 admite a incidência do ICMS sobre o IPI, quando a venda seja realizada a consumidor final (art. 155, § 2º, XI, *a contrario sensu*),¹⁹ e determina que a base de cálculo do ICMS na importação abranja o valor relativo ao próprio imposto (art. 155, § 2º, XII, *l*).²⁰

Poder-se-ia sustentar, então, que somente em tais hipóteses seria legítima a inclusão do valor de tributos na base de cálculo de outros tributos. Trata-se, porém, de prática antiga e amplamente aceita em nosso sistema jurídico-tributário.

O Código Tributário Nacional, editado em 1966, prevê expressamente a inclusão, na base de cálculo do IPI, do Imposto de Importação e das taxas exigidas para a entrada do produto no País (art. 47, I, *a e b*). E, em sua redação original, determinava que a base de cálculo do antigo ICM fosse o “valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria” (art. 53, I), sendo que o montante do ICM integrava o valor da operação, “constituindo o respectivo destaque nos documentos fiscais, quando exigido pela legislação tributária, mera indicação” para fins de controle do creditamento a ser realizado pelo adquirente (art. 53, § 4º), regulação que foi reiterada pelo Decreto-lei 406/1968 (art. 2º, § 7º) e, quanto ao atual ICMS, pela Lei Complementar nº 87/1996 (art. 13, § 1º, I).

Ademais, questionada a inclusão do valor relativo ao ICMS na sua própria base de cálculo, o Supremo Tribunal Federal declarou, como já referido, a sua constitucionalidade, visto que:

O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo, salvo a exceção, que é a única, do inciso XI do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição.²¹

Na realidade, sequer se coloca, a nosso juízo, o problema da incidência de tributos sobre tributos, na medida em que, como dissemos, o ICMS não incide propriamente sobre o ICMS: a incidência ocorre sobre a totalidade do preço de venda, sem a dedução do montante devido a título de ICMS.

¹⁹ Esta é a redação do dispositivo citado: “§ 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: [...] XI – não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos;”.

²⁰ Eis o seu texto: “§ 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: [...] XII – cabe à lei complementar: [...] i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.”

²¹ STF, Pleno, RE 212.209, rel. p/ ac. Min. Nelson Jobim, j. em 23/06/1999 – excerto do voto do Ministro Ilmar Galvão. Esse entendimento foi reafirmado em recurso submetido ao regime da repercussão geral: STF, Pleno, RE 582.461, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18/05/2011.

Noutros termos, não há inclusão do ICMS na sua base de cálculo,²² senão a mera previsão de que o valor correlato não deve ser excluído de tal elemento da regra impositiva.

5.2. O ICMS não se amolda aos conceitos de faturamento e de receita

A segunda tese que embasou a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal foi a de que o valor relativo ao ICMS não integra o conceito de faturamento (e tampouco o de receita bruta), de modo que não pode sofrer a incidência da COFINS. Lê-se na ementa:

COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento.²³

O ICMS pode até ser “estranho ao conceito de faturamento” e de receita bruta, mas isso não implica que o valor devido a título de ICMS deva ser deduzido da base de cálculo da COFINS, porque, como dito, na realidade o ICMS não está inserido na base de cálculo da COFINS.

A base de cálculo é a receita bruta, e a receita bruta decorrente da venda de uma mercadoria corresponde ao preço da mercadoria, não ao preço de venda somado ao ICMS. Este não integra a base de cálculo da COFINS: é simplesmente um tributo que deve ser pago pelas operações de circulação de mercadorias, com a peculiaridade de que o seu montante é destacado na nota fiscal.

Poder-se-ia argumentar que a legislação aplicável à COFINS e à contribuição ao PIS indica o contrário, tal qual sucede com a Lei 12.973/2014, que, ao alterar a redação do art. 12, § 4º, do Decreto-lei 1.598/1977, estabeleceu o seguinte: “na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário”, ensejando a conclusão de que os tributos que não sejam acrescidos ao preço de venda, como o ICMS, estão incluídos no conceito de receita bruta. Alegação que é corroborada pela dicção não apenas do art. 155, § 2º, XII, *i*, da Carta de 1988 (segundo a qual o montante do imposto deve integrar a base de cálculo do ICMS-Importação), mas também do art. 13, § 1º, I, da LC 87/1996 (à luz da qual o “montante do próprio imposto” integra a sua base de cálculo).

Trata-se, contudo, de mera atecnia do legislador. A intenção não é sujeitar o ICMS à tributação, senão vedar a exclusão do valor correlato, destacado para fins de controle, da base de cálculo do ICMS, da COFINS e da contribuição ao PIS. O que se tributa, cabe repisar, é o valor de venda, da prestação de serviços ou a receita bruta correlata, nada mais.

Em outros termos, o ICMS não integra o conceito de receita bruta. Esta abrange fundamentalmente o produto da venda de bens e o preço da prestação de serviços (art. 12, I e II, do Decreto-lei 1.598/1977), e não tais materialidades somadas ao ICMS. A peculiaridade é que o valor devido pelo alienante a título do imposto deve ser destacado na nota fiscal (insistimos: para fins de creditamento pelo adquirente) e não é abatido, seja da base de cálculo do próprio ICMS, seja da base de cálculo da COFINS ou da contribuição ao PIS.

Consectariamente, é correto falar que o ICMS não se amolda aos conceitos de faturamento e de receita, mas isso não implica que o valor correlato deva ser abatido da base de cálculo dos tributos referidos, que, reiteramos, em essência corresponde ao produto da venda de bens e ao preço da prestação de serviços.

²² O que, devemos assinalar, foi reconhecido e admitido no julgamento do RE 212.209. Eis o teor da ementa do julgado: “Constitucional. Tributário. Base de cálculo do ICMS: inclusão no valor da operação ou da prestação de serviço somado ao próprio tributo. Constitucionalidade. Recurso desprovido.” (rel. p/ac. Min. Nelson Jobim, j. em 23/06/1999).

²³ STF, Pleno, RE 240.785, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 08/10/2014.

Como observou o Ministro Eros Grau, ao abrir a inexitosa divergência no RE 240.785: “Seria porventura admissível a suposição de que o faturamento corresponde à percepção de somente uma parcela ou porção do preço da mercadoria? Como se pudéssemos seccionar e dizer que o faturamento é o total de uma parcela do preço auferido pelo agente econômico no exercício de sua atividade.”

As ponderações do Ministro Gilmar Mendes também são esclarecedoras:

a receita bruta (faturamento, produto das operações) – em oposição à receita líquida – compreende a importância total recebida pelo contribuinte sem exclusão a priori de quaisquer componentes – independentemente de sua destinação ou natureza como margem de lucro, custos diretos, custos indiretos ou ônus tributário [...] Ora, se a importância correspondente ao ICMS integra o valor da operação final, produto da venda ou da prestação de serviço e faturamento do contribuinte, da mesma maneira que os outros fatores do preço das mercadorias e serviços [...] Data maxima venia, o valor correspondente ao ICMS ingressa no patrimônio do vendedor do produto, na medida em que compõe seu preço e integra seu faturamento, assim como os demais custos e gravames das operações comerciais.

O argumento de que o valor relativo ao ICMS não é receita do vendedor, porque ele simplesmente atua como arrecadador do imposto devido ao Estado, peca por confundir a tributação das vendas de mercadorias, suportada pelos alienantes na qualidade de contribuintes, com a obrigação de retenção e repasse de tributos devidos por terceiros, usualmente imposta às fontes pagadoras: a obrigação de pagar o ICMS é do alienante, que o faz com recursos próprios; não se trata de obrigação do comprador, cumprida mediante retenção e repasse. Se assim fosse, o comerciante que deixasse de recolher o ICMS incorreria no crime de apropriação indébita, e não em mero inadimplemento tributário.

Essa falácia foi identificada com argúcia pelo Ministro Eduardo Ribeiro, em voto que fundamentou um dos precedentes da Súmula 68 do Superior Tribunal de Justiça:

Afirma-se que o ICM não é receita do comerciante que apenas o recolhe para transferi-lo à Fazenda. Parece-me, com a devida venia, haver aí um desvio de enfoque que há de ser corrigido. Contribuinte do imposto, vale repetir, é o comerciante e não o adquirente do bem. Trata-se de despesa que, como muitas outras, onera sua atividade e da qual haverá de compensar no próprio exercício dela. Por isso mesmo, será computado na formação do preço. E o que é pago pelos compradores, para ressarcir custos e propiciar lucros, constituirá faturamento da empresa.²⁴

Tal linha argumentativa olvida, outrossim, a distinção entre receita bruta e receita líquida, tomando esta por aquela. A receita bruta alcança o valor integral da operação, sem a dedução dos tributos não cumulativos calculados “por dentro” e dos tributos sobre a receita (art. 12, § 4º, do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, interpretado *a contrario sensu*); a receita líquida consubstancia uma parcela da receita bruta, obtida pela dedução, relativamente ao montante desta, “das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas” (art. 280 do Decreto 3.000/1999 – Regulamento do Imposto de Renda).²⁵

A evidente incorreção da tese, que possui vultosos corolários jurídicos, explica a resistência dos tribunais em aplicá-la, nomeadamente do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

6. APLICAÇÃO E COROLÁRIOS JURÍDICOS DA TESE DA INCONSTITUCIONALIDADE

Após a conclusão do julgamento do RE 240.785 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais tiveram de se posicionar: continuariam

²⁴ Voto exarado no REO nº 106.632, transcrito pelo Ministro Garcia Vieira no REsp 478.

²⁵ Cfr. STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.420.119, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 08/04/2014.

aplicando o seu entendimento pretérito, observariam a orientação precária do STF ou aguardariam novo pronunciamento?

O Superior Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre a questão em apreço, persiste a aplicar a sua jurisprudência sumulada, rechaçando a pretensão à exclusão do valor relativo ao ICMS da base de cálculo da COFINS.²⁶

Por consequência, o Tribunal da Cidadania nega a exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB²⁷, assim como da base de cálculo do IRPJ e da CSLL recolhidos pelas empresas sujeitas à tributação pelo lucro presumido.²⁸ E proclamou, outrossim, no regime dos recursos repetitivos, que “o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS”, rejeitando expressamente a tese central dos contribuintes: “O fato de constar em nota fiscal informação no sentido de que o valor com o qual arcará o destinatário do serviço compreende quantia correspondente ao valor do ISSQN não torna o consumidor contribuinte desse tributo a ponto de se acolher a principal alegação das recorrentes, qual seja, de que o ISSQN não constituiu receita porque, em tese, diz respeito apenas a uma importância que não lhe pertence (e sim ao município competente), mas que transita em sua contabilidade sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial.”²⁹

Os Tribunais Regionais Federais não estão inteiramente alinhados, seja ao STF, seja ao STJ. O TRF1 e o TRF5 estão seguindo o STF.³⁰ Porém, os demais tribunais regionais estão divididos internamente. No TRF da 4ª Região, por exemplo, a Primeira Turma segue o entendimento do STJ, mantendo o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS,³¹ e a Segunda Turma perfilha o entendimento do STF, excluindo-o.³²

Aqueles que afastam o ICMS da base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS tiveram de se pronunciar sobre a repercussão dos fundamentos da decisão do STF em outras questões, tais como a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo tanto da CPRB quanto do IRPJ e da CSLL calculados pelo lucro presumido; e a exclusão do valor do Imposto sobre Serviços (ISS) de tais tributos (COFINS, PIS, CPRB e IRPJ/CSLL sobre o lucro presumido). É o que sucede, por exemplo, com a Segunda Turma do TRF da 4ª Região, que tem sido coerente com o entendimento de que a tributação da receita não pode alcançar valores relativos a impostos indiretos e vem acolhendo esses pedidos, com fulcro nas premissas que sustentaram a decisão prolatada no RE 240.785.³³

Com o tempo, percebeu-se que os corolários da decisão da Suprema Corte eram ainda mais ricos, permitindo o reconhecimento de que a COFINS, a CPRB, a contribuição ao PIS e o IRPJ e a CSLL calculados pelo lucro presumido também teriam de ser abatidos da base de cálculo dos referidos tributos, porquanto também são devidos pelas vendas e pela prestação de serviços, na medida em que tanto as vendas quanto a prestação de serviços geram receitas e, conseqüentemente, lucro presumido.

O Superior Tribunal de Justiça já denegou pretensão de exclusão da COFINS e da contribuição ao PIS

²⁶ STJ, 1ª Turma, AgInt no AgRg no REsp 1.168.593, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 16/08/2016; 2ª Turma, AgRg no REsp 653.370, rel. Min. Humberto Martins, j. em 22/09/2015.

²⁷ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.576.424, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10/03/2016.

²⁸ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1.522.729, rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 03/09/2015.

²⁹ STJ, 1ª Seção, REsp 1.330.737, rel. Min. Og Fernandes, j. em 10/06/2015 – Representativo de controvérsia: Tema nº 634

³⁰ Cfr. TRF1, 6ª Turma, AGA 0058876-55.2015.4.01.0000; e-DJF1 de 02/09/2016; 7ª Turma, AC 0056611-63.2014.4.01.3800, e-DJF1 de 26/08/2016; 8ª Turma, AMS 0018423-11.2008.4.01.3800e-DJF1 de 09/09/2016. TRF2, Turma Espec. II, AC 0182050-31.2014.4.02.5102, j. em 20/07/2016. E também TRF5, 2ª Turma, AC 08043299320144058200, j. em 31/08/2016; 3ª Turma, AG 08031753120164050000, j. em 30/08/2016; 4ª Turma, AC 08015832420154058200, j. em 31/08/2016.

³¹ Cfr. TRF4, 1ª Turma, AC 5013187-06.2013.404.7107, rel. Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde, j. em 24/08/2016.

³² Cfr. TRF4, 2ª Turma, AC 5004126-72.2014.404.7112, rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, j. em 09/08/2016.

³³ TRF4, 2ª Turma, 5000618-62.2016.404.7108, rel. Juiz Federal Roberto Fernandes Júnior, j. em 06/09/2016 [IRPJ e CSLL calculados sobre o lucro presumido]; AC 5017569-98.2015.404.7001, rel. Juiz Federal Roberto Fernandes Júnior, j. em 06/09/2016 [CPRB]; AC 5052982-78.2015.404.7000, rel. Juíza Federal Cláudia Maria Dadico, j. em 24/05/2016 [ISS na base de cálculo da COFINS].

da base de cálculo da CPRB, o que corresponderia à exclusão de contribuições sobre a receita da base de cálculo de outra contribuição sobre a receita.³⁴

É justificada a resistência do Superior Tribunal de Justiça e de órgãos fracionários dos Tribunais Regionais Federais à tese que prevaleceu no RE 240.785, sobretudo porque sequer se verifica a superposição tributária questionada pelos contribuintes: a COFINS, a contribuição ao PIS e a CPRB não incidem sobre o ICMS ou sobre o ISS; a CPRB não incide sobre a COFINS e o PIS, e estas contribuições não incidem sobre aquela; e, ainda, a COFINS não incide sobre a própria COFINS, assim como a CPRB não incide sobre a própria CPRB. Trata-se, simplesmente, de tributos devidos pelas operações de venda e pela prestação de serviços ou pelo auferimento das receitas correlatas, que têm de ser pagos pelas empresas, com recursos próprios.

7. CONCLUSÕES

Se prevalecer a tese da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, teremos de reconhecer que o sistema tributário brasileiro é, em larga medida, inconstitucional há décadas, porquanto os argumentos que a sustentam levam à conclusão de que:

- o IPI não poderia incidir sobre o ICMS, o Imposto de Importação e as taxas relacionadas à atividade de importação;
- o ICMS não poderia incidir sobre o ICMS, o IPI, o Imposto de Importação, a COFINS-Importação e o PIS/PASEP-Importação;
- o PIS-Faturamento, o Finsocial, a COFINS, a contribuição ao PIS, a CPRB e o IRPJ e a CSLL, calculados pelo lucro presumido, não poderiam incidir sobre o ICMS e tampouco sobre o ISS.

Não só. Firmada a tese de que os tributos incidentes, de forma direta ou indireta, sobre a receita devem ser excluídos da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a receita, chegaríamos à conclusão de que a COFINS, a CPRB, a contribuição ao PIS e o IRPJ e a CSLL, calculados sobre o lucro presumido, deveriam ser excluídos da sua base de cálculo, ou seja, da base de cálculo da COFINS, da CPRB, da contribuição ao PIS, bem como do IRPJ e da CSLL calculados pelo lucro presumido.

Essas insólitas consequências jurídicas bastariam para evidenciar a incorreção dos argumentos que sustentam a tese da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS. É salutar, contudo, refutá-los diretamente.

Não há inconstitucionalidade *a priori* na inclusão de tributos na base de cálculo de outros tributos. Pelo contrário, trata-se de prática tradicional no nosso sistema jurídico-tributário, consagrada tanto pela Carta de 1988 quanto pelo Código Tributário Nacional, editado em 1966.

De qualquer forma, não há propriamente incidência do ICMS, da COFINS, da CPRB e da contribuição ao PIS sobre o ICMS. O que se verifica é mera atecnia do legislador, que alude à inclusão simplesmente para deixar claro que o valor correlato ao ICMS, indicado na nota fiscal apenas para viabilizar o crédito pelo adquirente, não deve ser deduzido da base de cálculo de tais tributos. A incidência não ocorre sobre o ICMS, senão sobre o preço de venda (ou do serviço) ou sobre a receita bruta correlata.

A envergadura que assumiu a tese da inconstitucionalidade decorre de flagrante confusão entre o caráter não cumulativo do ICMS (que impõe o seu destaque na nota fiscal e leva à afirmação de se tratar de imposto calculado “por dentro”) e a sua inclusão na base de cálculo de tributos. A não cumulatividade, instrumentalizada pelo crédito do imposto devido na operação anterior, não implica a inclusão do

³⁴ STJ, 2ª Turma, REsp 1.602.651, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 09/06/2016.

tributo na sua própria base de cálculo (independentemente de ser calculado “por fora” ou “por dentro”) ou na de outros tributos: tal inclusão somente ocorre quando o montante do imposto é acrescido ao valor da operação anteriormente ao seu cálculo, a exemplo da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS e da COFINS-Importação no regime original da Lei 10.865/2004, quando o valor da própria contribuição era acrescido ao valor aduaneiro para se determinar a sua base de cálculo (art. 7º, I).

Essa confusão há de ser reconhecida; e os equívocos dela decorrentes têm de ser corrigidos.

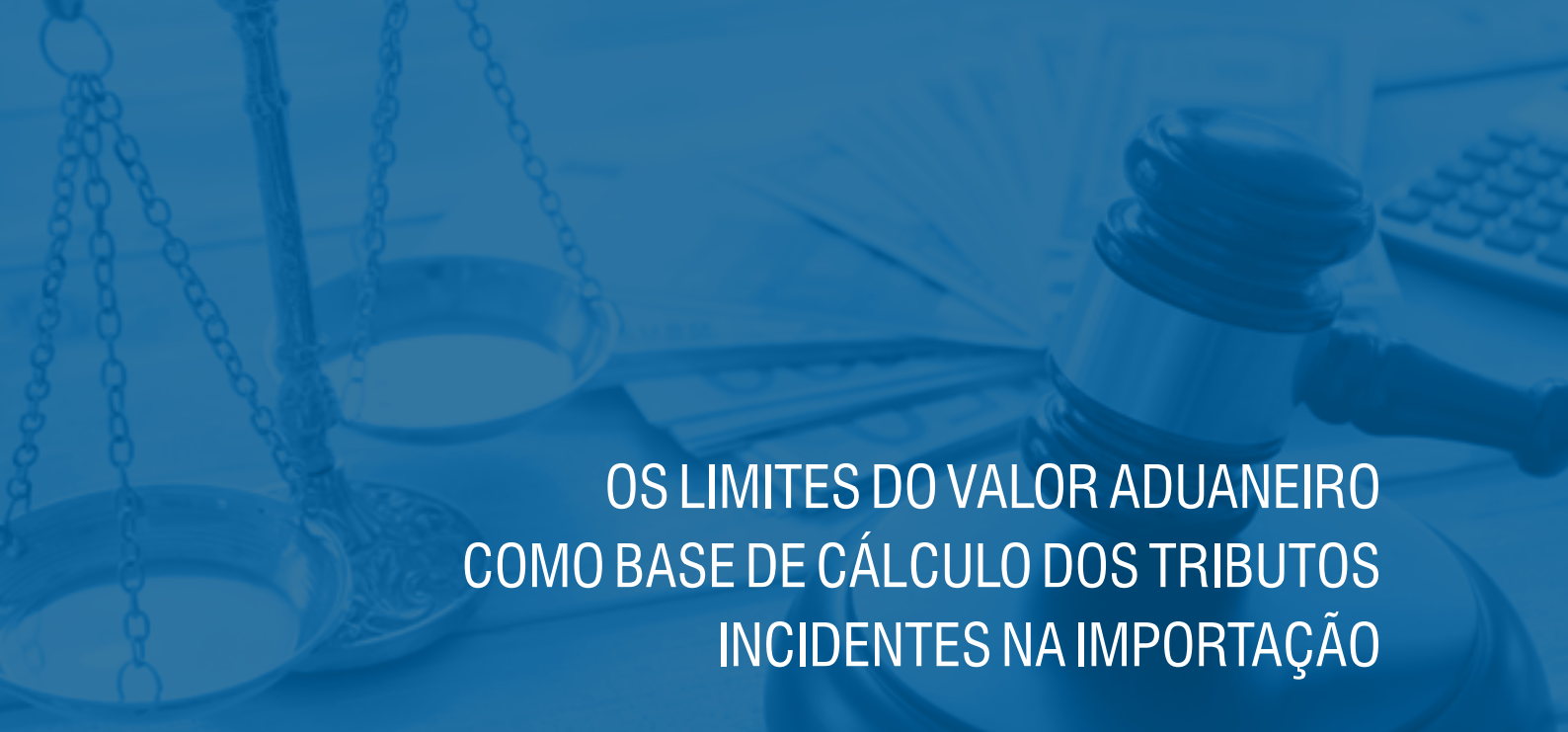
8. REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Conceito de receita como hipótese de incidência das contribuições para a seguridade social (para efeitos da COFINS e da contribuição ao PIS). *IOB-Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*. São Paulo. n. 1, jan. 2001.

PARTE VII

COMÉRCIO EXTERIOR



OS LIMITES DO VALOR ADUANEIRO COMO BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS INCIDENTES NA IMPORTAÇÃO

Adilson Rodrigues Pires*

Resumo: O texto aborda o tema dos limites do Valor Aduaneiro como base de cálculo dos tributos incidentes na importação, considerando aspectos controversos como: o carregamento, descarga e manuseio integrarem a base de cálculo do Imposto de Importação; a Taxa do Siscomex; os direitos *antidumping*, compensatórios e de salvaguarda; o denominado Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM); e a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação. Concluindo no sentido de que a inclusão de qualquer parcela de valor ou tributo na base de cálculo do Imposto de Importação (I.I.) viola o conceito de Valor Aduaneiro constante do Acordo de Valoração Aduaneira firmado pelo Brasil junto à Organização Mundial do Comércio, que administra o GATT 47, em sua versão de 1994.

Abstract: *The text deals with the topic of the limits of the Customs Value for calculation of import taxes, considering controversial aspects such as loading, whether unloading and handling are included in the basis of calculation of Import Tax, Siscomexfee, Antidumping and Compensatory measures, the Additional to the Freight for Renewal of the Merchant Navy (AFRMM), and the question of the inclusion of ICMS in the PIS/PASEP-Import and COFINS-Import basis of calculation. Concluding that the inclusion of any amount of value or tax in the basis of calculation of the Import Tax violates the concept of Customs Value contained in the Customs Valuation Agreement signed by Brazil with the World Trade Organization, which is found in GATT 47, in its 1994 version.*

* Advogado. Professor adjunto da Faculdade de Direito da UERJ.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. A INCIDÊNCIA E O CÁLCULO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO
 - 2.1 Cálculo do Imposto de Importação
 - 2.2 O Acordo de Valoração Aduaneira e a nova base de cálculo do Imposto de Importação.
3. CARREGAMENTO, DESCARGA E MANUSEIO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO?
4. A TAXA DO SISCOMEX
5. DIREITOS ANTIDUMPING, COMPENSATÓRIOS E SALVAGUARDA NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO
 - 5.1 Dumping
 - 5.1.1 Direitos antidumping
 - 5.1.2 A natureza jurídica dos direitos antidumping
 - 5.1.3 Conclusões sobre os direitos antidumping e a base de cálculo dos tributos incidentes na importação
6. O ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE (AFRMM)
7. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E DA COFINS-IMPORTAÇÃO
8. CONCLUSÕES
9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico e tecnológico, particularmente, no ramo industrial, passa, necessariamente, pelas atividades ligadas ao comércio exterior, cuja política é definida pelos governos com vistas à satisfação das necessidades de consumo dos cidadãos e ao equilíbrio das finanças públicas, no que toca, especialmente, ao balanço de pagamentos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a carência de alimentos e de capital para fins de aplicação em atividades produtivas gerou intenso movimento no sentido da busca por meios que possibilitassem a recuperação econômica dos países envolvidos no confronto, sobretudo os europeus, uma vez que a Europa foi, sem dúvida, o continente mais afetado em consequência do conflito.

O instrumento mais utilizado para que a recuperação fosse alcançada consistiu na intensificação das trocas de bens e serviços, sem as restrições que normalmente os momentos de crise impõem aos Estados em geral. Com esse espírito, foi constituído, por iniciativa do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, importante grupo de trabalho que teve como finalidade estudar e encontrar fórmulas que pudessem restabelecer o desenvolvimento econômico dos países. Como resultado, foi editado o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, mais conhecido pela sigla, em inglês, GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), um acordo multilateral de comércio, que tinha como escopo a eliminação de obstáculos que se interpunham às trocas de produtos no plano mundial.

Observe-se que o artigo XXIV, do acordo prevê expressamente a possibilidade de criação de organismos regionais seguindo o padrão GATT, isto é, desde que não ferisse as cláusulas do organismo maior. Respaldados nesse dispositivo, mais de quatrocentos organismos econômicos regionais estão hoje registrados na Organização Mundial do Comércio (OMC).

A assinatura do tratado de comércio acelerou o processo de integração econômica entre os Estados e deu lugar ao fenômeno da globalização, que aproximou as nações de todo o mundo em torno de um esforço conjunto, visando ao estabelecimento de padrões de troca de produtos e serviços, mediante a eliminação de todas as barreiras passíveis de remoção no comércio internacional, proporcionando, com isso, a agilização do mercado e o aumento do volume e dos valores transacionados.

Contudo, o grande desafio da atualidade consiste em promover o crescimento econômico de cada país, em face da concorrência internacional, notadamente o do Brasil, que detém uma das maiores cargas tributárias do planeta, sem produzir o retorno de serviços à sociedade, como se verifica em outros Estados.

Foi nesse contexto que sucumbiram inúmeros setores industriais, por não suportarem a competição com produtos estrangeiros oferecidos à venda no mercado nacional, seriamente afetado pelo alto custo do bem produzido internamente e incapaz de competir com o importado. Como exemplos, cabe citar a indústria de brinquedos, a indústria têxtil, o setor naval, entre outros.

Entre os economistas, muito se discute sobre o acerto ou o equívoco da política de substituição de importações, esforço doméstico no sentido do desenvolvimento industrial, que prevaleceu por muitos anos, desde a década de 1970. Importa seja analisada a situação e a sustentabilidade de cada setor da economia antes de se proceder à retomada do crescimento com base na política de substituição de importações, uma vez que o apoio seletivo deve atender às características da produção e ao grau de competitividade do produto no mercado internacional.

Além disso, os mecanismos de fomento à industrialização de bens implementados, em regra, devem ser acompanhados de providências visando privilegiar os agentes econômicos internos voltados à exportação, como a regulação da política de câmbio e a adoção de instrumentos de controle administrativo das importações e das exportações.

Há muito, já não se compreende que um país possa sobreviver à competitividade no plano internacional mantendo sua economia fechada. A concorrência externa exige aprimoramento e racionalização dos meios de produção, maior qualificação da mão de obra, utilização intensiva de recursos tecnológicos e aproveitamento de outros fatores.

Nesse contexto, a utilização dos tributos como instrumento eficaz de gestão do comércio exterior ganha relevo, de maneira mais acentuada, no que se refere à incidência ou à não incidência dos Impostos sobre a Importação e a Exportação, além dos demais incidentes sobre a importação, cobrados com o Imposto de Importação.

2. A INCIDÊNCIA E O CÁLCULO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO

Nos termos do que dispõe a Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre comércio exterior. Desse modo, o Presidente da República, na qualidade de chefe do Poder Executivo, estabelece as normas relativas às transações comerciais com outros países, precipuamente, através da lei e do Regulamento Aduaneiro, introduzido no ordenamento jurídico por decreto presidencial. Cabe assinalar que o Regulamento Aduaneiro em vigor, aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009, disciplina o exercício das atividades aduaneiras em matéria de importação e exportação, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

O Imposto de Importação é devido pela entrada da mercadoria estrangeira no território aduaneiro, que, por definição, coincide com o território nacional. Vale dizer, não há no Brasil área ou zona que possa ser considerada como de extraterritorialidade para fins de incidência do imposto.

Diz, ainda, o Regulamento Aduaneiro que, para efeito de lançamento do imposto, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto na data do registro da declaração de importação na repartição por onde se processar o despacho aduaneiro do bem importado. Significa dizer que o imposto é cobrado com base na alíquota vigente na data do registro da Declaração de Importação através do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex).

2.1. Cálculo do Imposto de Importação

O imposto é calculado mediante a aplicação de uma alíquota, que pode ser específica se incidir sobre um fator determinado, como o peso, a quantidade ou o volume do produto importado, ou *ad valorem* quando a base impositiva se expressar em moeda. Apenas a segunda forma de cálculo do imposto, que diz respeito diretamente ao objeto do presente trabalho, será aqui objeto de considerações.

A alíquota *ad valorem* é representada por um percentual aplicado sobre a base de cálculo, que corresponde ao preço da mercadoria importada. Em face da exceção ao princípio da anterioridade da lei tributária, que caracteriza o Imposto de Importação, conforme prediz o art. 153, § 1º, da Constituição Federal (CF), o Poder Executivo está autorizado a alterar as alíquotas do Imposto de Importação.

O Brasil, signatário do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) desde a sua edição, em 1947, adotou o conceito de Valor Aduaneiro estabelecido no artigo VII do acordo, segundo o qual a base de cálculo do Imposto de Importação é o preço pago ou a pagar pela mercadoria, em lugar e tempo determinados pelas leis do país importador, em operações comerciais normais efetuadas sob o regime de livre e plena concorrência.

2.2. O Acordo de Valoração Aduaneira e a nova base de cálculo do Imposto de Importação.

Desde a adesão ao Acordo de Valoração Aduaneira (AVA), o Brasil adota o conceito de valor aduaneiro ali estabelecido como base de cálculo do Imposto de Importação e, por via de consequência, dos demais tributos que incidem sobre a entrada de mercadoria no território nacional, a saber, o IPI, o ICMS, o PIS/PASEP-Importação e a COFINS-Importação.

Vale lembrar que o novo conceito de base de cálculo sucedeu o valor externo, adotado em caráter provisório por portaria do então Ministro da Fazenda em 1969, que, no entanto, por falta de regulamentação do Decreto-lei nº 37/1966, vigorou até 23 de julho de 1986, data da entrada em vigor do Decreto nº 92.930, que introduziu no país o novo conceito.

A sistemática até então utilizada para cálculo do Imposto de Importação consistia no preço normal, ou seja, aquele oferecido à venda pela mercadoria ou similar “no mercado atacadista do país exportador, somado às despesas para a sua colocação no porto de embarque para o Brasil, ao seguro e frete”. Uma vez acrescidas as despesas de seguro e frete, o valor CIF (*cost, insurance and freight*) era considerado como referência para o cálculo e a cobrança dos tributos.

Cabe aduzir que valor CIF não se confunde com base de cálculo do imposto, significando, sim, uma cláusula de comércio, segundo a qual o exportador se responsabiliza pelos riscos inerentes ao transporte da mercadoria até a chegada do navio ao destino. Na ausência de um conceito definitivo, o valor CIF foi tomado como referência para o cálculo do Imposto de Importação até a implantação no Brasil do Valor Aduaneiro, conforme disposto no artigo VII, do GATT.

Contudo, sob medidas corretivas de variações sazonais do preço ou com o fim de prevenir fraudes, as importações estavam sujeitas aos chamados preços de referência e às pautas de valor mínimo, que distorciam o preço efetivamente pago na transação.

Acentuando a enorme preocupação das autoridades fazendárias com o subfaturamento nas importações, o que, de certa forma, tem fundamento as alíquotas extravagantes praticadas em virtude da alta proteção de que carecia o nosso incipiente processo de industrialização, aduz Marcelo Pimentel de Carvalho que

A cultura da valoração aduaneira desenvolvida no Brasil, após vigorarem por tanto tempo elementos tais como o valor externo e a pauta de valor mínimo, associou o controle da base de cálculo do imposto sobre a importação ao questionamento de preços considerados “abaixo dos de mercado”. (CARVALHO, 2007, p.10)

Evidentemente, tal atitude reativa do governo e das autoridades encarregadas do controle da entrada e saída de mercadorias do país foi, durante longo tempo, a causa do crescimento das práticas ilegais, como o contrabando e o descaminho, a ocultação dolosa de bens a bordo dos veículos transportadores, falsificação de documentos fiscais etc. Em contrapartida, medidas cada vez mais rigorosas eram tomadas por lei e pelas autoridades fazendárias no sentido de prevenir e reprimir as fraudes aduaneiras.

A adesão do Brasil ao Acordo de Valoração Aduaneira restabeleceu a segurança que faltava aos operadores do comércio exterior brasileiro, dado que, a partir de então, o importador podia contar com a certeza da tributação em bases reais. De fato, constitui objetivo do AVA, entre outros, o desembaraço da mercadoria importada sem maiores entraves para o importador, salvo aqueles fundados em bases sólidas e constatáveis mediante regular apuração posterior pelas autoridades aduaneiras.

Ainda que o preço informado levante a suspeita de subfaturamento, a fiscalização aduaneira, segundo reza o acordo, não poderá reter a mercadoria, que deverá ser liberada, cabendo à autoridade fiscal proceder à investigação com vistas à apuração do valor efetivamente pago pelo importador. Só após o desembaraço, mediante processo interno de investigação, será averiguada a legitimidade do preço indicado como base de cálculo do I. I.

Cabe registrar, mais, que a 9ª Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio, realizada em Bali, em 2013, aprovou a adoção de procedimentos que permitam a apresentação da documentação relativa à importação previamente à chegada da mercadoria. Em aditamento a essa informação, ressalta Rodrigo Mineiro Fernandes¹ que se destaca entre as principais medidas previstas no acordo:

(...) a adoção do procedimento de auditoria *a posteriori*, com a verificação posterior ao despacho aduaneiro do cumprimento das leis e regulamentos aduaneiros, com a possibilidade de lançamento em caso de incorreção, e sua validade em procedimentos administrativos e judiciais posteriores.

A afirmação reflete uma nova visão da atividade administrativa de controle aduaneiro, que se torna mais flexível e harmonizada com as técnicas implementadas pelos governos com vistas à facilitação do comércio exterior, objetivo maior do GATT.

3. CARREGAMENTO, DESCARGA E MANUSEIO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO?

A Receita Federal do Brasil, a despeito do que dispõem o Acordo de Valoração Aduaneira (AVA) e o Regulamento Aduaneiro, inseriu na base de cálculo do Imposto de Importação os encargos relativos à descarga e ao manuseio da carga no porto de destino da mercadoria importada, conforme se depreende da leitura do art. 4º, da Instrução Normativa (IN) SRF nº 327/2003, a seguir transcrito.

Art. 4º. Na determinação do valor aduaneiro, independentemente do método de valoração aduaneira utilizado, serão incluídos os seguintes elementos:

I – o custo de transporte das mercadorias importadas até o porto ou aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro;

II – os gastos relativos à carga, descarga e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas, até a chegada aos locais referidos no inciso anterior; e

III - o custo do seguro das mercadorias durante as operações referidas nos incisos I e II.

Vale assinalar que os incisos I e III, da IN, refletem rigorosamente o disposto no artigo 8.2, do AVA, que permite aos países signatários do acordo a inserção na base de cálculo do Imposto de Importação dos valores correspondentes ao custo dos produtos importados até o ponto de chegada ao país de destino, assim como o preço pago pelo seguro contratado para o transporte da mercadoria até o porto, aeroporto ou ponto de fronteira do país importador.

O inc. II, no entanto, excede os limites do que prevê o acordo, como se verá adiante. Com efeito, diz a alínea b, do dispositivo, que o valor aduaneiro da mercadoria incluirá “os gastos relativos ao carregamento, descarregamento e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação”.

Da simples leitura do texto, deduz-se que apenas as despesas incorridas “até a chegada” ao porto devem ser incluídas na base de cálculo do Imposto de Importação. Nenhuma outra, em consequência, poderá ser admitida ou considerada válida, nos termos estabelecidos pelo Acordo de Valoração Aduaneira, que, evidentemente, não inclui as despesas com descarga e capatazia.

¹ FERNANDES, Rodrigo Mineiro. *Revisão Aduaneira e Segurança Jurídica*. São Paulo: Intelecto, 2016, p. 29.

Cumprir destacar, como ponto para reflexão, a redação do inc. II, do art. 77, do Regulamento Aduaneiro (RA) em vigor, aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009, que coincide com o disposto na Instrução Normativa. Registre-se abaixo, para maior clareza, o dispositivo citado:

Art. 77. Integram o valor aduaneiro, independentemente do método de valoração utilizado (Acordo de Valoração Aduaneira, Artigo 8º, parágrafos 1 e 2, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 1994; e Norma de Aplicação sobre a Valoração Aduaneira de Mercadorias, artigo 7º, aprovado pela Decisão CMC nº 13, de 2007, internalizada pelo Decreto nº 6.870, de 4 de junho de 2009): (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 15 de junho de 2010)

I – o custo de transporte da mercadoria importada até o porto ou o aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro;

II – os gastos relativos à carga, à descarga e ao manuseio, associados ao transporte da mercadoria importada, até a chegada aos locais referidos no inciso I; e

III – o custo do seguro da mercadoria durante as operações referidas nos incisos I e II.

Como os dois textos não destoam, é de se presumir que se trata de interpretação extensiva dada pelas autoridades aduaneiras ao artigo do RA e à própria IN. Vale registrar que a redação do referido decreto em nada diverge do Decreto nº 4.543/2002, Regulamento Aduaneiro revogado pelo atual, que definia com as mesmas palavras o item em questão.

Ora, se a lei diz que o valor aduaneiro é aquele utilizado para cálculo do Imposto de Importação, “acrescido...”, deduz-se claramente que a Receita Federal ampliou o conceito de valor aduaneiro para abranger uma base de cálculo que não a correta.

A propósito, vale transcrever Antenori Trevisan Neto, que, com apoio em comentários do Comitê Técnico sobre Valor Aduaneiro, afirma:

[...] dado que o art. 8º do AVA não prevê um ajuste ao valor da transação a título de despesas com armazenagem, estas somente devem fazer parte do preço efetivamente pago ou a pagar se representarem pagamentos efetuados direta ou indiretamente ao vendedor (ou em benefício deste) em contrapartida ao recebimento do produto importado. (TREVISAN NETO, 2010, p. 125)

O mesmo raciocínio deve ser feito com relação a outras despesas. Dito de outra forma, o valor aduaneiro aprovado pelo acordo internacional compreende não mais, e tão somente, custos e despesas suportadas pelo importador e pagas direta ou indiretamente ao exportador. Trata-se de mais uma evidência de que despesas com a descarga não integram o Valor Aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação.

Até o julgamento do REsp 1.239.625, da Relatoria do Ministro do STJ, Benedito Gonçalves, a Secretaria da Receita Federal do Brasil insistia em incluir na base de cálculo do Imposto de Importação os valores referentes às despesas incorridas após a chegada do navio ao porto de descarga da mercadoria importada em clara violação aos termos do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA).

Em sentido contrário à decisão do STJ, a Fazenda Nacional sustenta que as despesas pagas no porto, ou seja, no porto, no aeroporto ou na fronteira, relativas a gastos efetuados com carregamento, descarregamento e manuseio, associados ao transporte das mercadorias importadas, constituem um prolongamento da operação de transporte da mercadoria. Nesse sentido, defende que tais custos devem ser somados às demais parcelas para fins de comporem a base de cálculo do Imposto de Importação.

É oportuno assinalar que tais operações, de capatazia, se desenvolvem no interior dos pontos de chegada da mercadoria, como tal definida pela Lei nº 12.815/2013, a Lei dos Portos, de cujo art. 40, § 1º, inc. I, extrai-se que o trabalho portuário de capatazia corresponde à atividade de movimentação de mercadorias

nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário.

Outros itens que implicam despesas para o importador, como, por exemplo, a contratação do despachante aduaneiro, a movimentação da mercadoria no pátio, a armazenagem e a comissão paga pelos serviços prestados pela operadora portuária, e que não são recolhidas à repartição aduaneira, integram a base de cálculo dos tributos internos, IPI, ICMS etc., devidos no momento da saída do porto ou do ponto de chegada da mercadoria, razão pela qual não integram a base de cálculo do Imposto de Importação.

Segundo a Receita Federal, porém, a inclusão desses elementos, como a descarga, a guarda e o manuseio da carga, no valor aduaneiro guarda conformidade com o disposto no art. 8º, item 2, al. b, do Acordo de Valoração Aduaneira, que permite a inclusão das despesas com a descarga da mercadoria.

Com efeito, o acordo atribuiu a cada signatário do acordo na época a possibilidade de incluir ou não tais custos na base de cálculo do imposto. Diz, expressamente, o dispositivo mencionado:

Art. 8º. Para determinar o valor aduaneiro em conformidade com o disposto no artigo 1º, serão acrescidos ao preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias importadas:

(...)

2. Na elaboração de sua legislação, cada Membro decidirá sobre a inclusão no valor aduaneiro, ou sobre a sua exclusão, da totalidade ou uma parte dos elementos seguintes:

(...)

b) os custos realizados com a carga, a descarga e a manipulação resultantes do transporte das mercadorias importadas até o porto ou o local de importação;

Assim, cada Estado-membro da Organização Mundial do Comércio detém a faculdade expressa de considerar como base de cálculo do Imposto de Importação toda ou parte das despesas efetuadas com os itens mencionados. Vale observar que a matéria não constitui reserva inserida no acordo, mas uma faculdade concedida aos países integrantes, hoje, da OMC.

Da leitura dos artigos em tela, tanto do acordo, quanto do Regulamento Aduaneiro, deduz-se que o valor aduaneiro corresponde ao total de despesas realizadas até a chegada do navio ao ponto de descarga. Assim, deve-se entender como “custo realizado com a carga”, especificamente, o valor pago, por exemplo, pela movimentação da mercadoria desde o cais até o navio no porto de embarque para o país de destino.

Essa interpretação se deve ao fato de que o Valor Aduaneiro compreende a totalidade das despesas e dos custos devidos pela importação e pagos pelo importador até a sua chegada ao local de descarga no porto ou local de desembarque. Logicamente, nesse preço inclui-se a despesa havida com o carregamento da mercadoria no veículo transportador. Não é, portanto, legítima a inclusão de qualquer outra paga pelo importador a qualquer prestador, mormente, se esse prestador for domiciliado no Brasil.

Em outras palavras, considerando que é no porto ou em outro local, terrestre, lacustre ou fluvial, que chega o veículo transportador, não há dúvida, no que tange à composição da base de cálculo do imposto, que as despesas realizadas após essa chegada não integram a base de cálculo.

Como reforço de argumentação e, dito de outra forma, as despesas de capatazia correspondem a operações realizadas após a chegada do veículo e não “até a chegada do veículo”. O destino final, bem como o compromisso assumido pelo transportador da carga, termina com a chegada do veículo ao porto ou outro local de descarga. Até esse momento, toda e qualquer perda ou avaria constatada pelas autoridades aduaneiras são suportadas pelo comandante do veículo, ao passo que, após a chegada, incluindo o trabalho de descarga da mercadoria, cessa a responsabilidade do transportador.

Está claro, assim, que, após a chegada dos produtos ao seu destino, o porto ou outro local onde se dá a descarga, as despesas com tal movimentação não são incluídas no valor aduaneiro.

Ora, o Acordo de Valoração Aduaneira e o Decreto nº 6.759/2009, ao mencionarem os gastos a serem computados no preço da mercadoria para fins de cálculo dos tributos devidos na importação, referem-se às despesas com carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas até o porto alfandegado no Brasil, enquanto o art. 4º, § 3º, da IN 327/2003, se refere à descarga das mercadorias importadas, já no território nacional. O ato normativo da Receita Federal, portanto, excede o limite estabelecido pelo acordo para efeito de estabelecimento do Valor Aduaneiro, razão pela qual é considerado “ilegal e inconstitucional”, termos em que se expressa o REsp acima citado.

Com efeito, toda e qualquer despesa incorrida pelo importador ou pelo revendedor após a chegada do veículo ao ponto de descarga até a sua entrega ao importador está excluída do conceito de valor aduaneiro, conforme explicita o Acordo de Valoração Aduaneira, firmado com base no artigo VII, do GATT. Em outras palavras, como já dito, despesas realizadas até o porto não podem compreender despesas realizadas após a chegada do veículo, ou seja, após a chegada.

Assim, a Instrução Normativa nº 327/2003 amplia a base de cálculo, em sentido contrário ao princípio maior do GATT, qual seja o de eliminar qualquer entrave à livre circulação de mercadorias pelos países, sejam entraves burocráticos, sejam tarifários, como forma de estimular o comércio internacional sensivelmente afetado pela Segunda Guerra Mundial.

Não há, sequer, que se argumentar que os custos suportados com a descarga compõem o frete, como quer a Receita Federal, uma vez que esse custo nem é pago ao transportador da carga, mas sim aos responsáveis pela capatazia do porto. Isso desfigura, completamente, o sentido que se quis dar ao valor aduaneiro, considerado como “o preço pago ou a pagar pela mercadoria”. Ora, o que se paga pelo trabalho de descarga, manuseio e outras atividades afins, decorrentes da importação, não pode integrar o preço da mercadoria importada, sob pena de se ter que incorporar a esse preço valores outros, como, por exemplo, a armazenagem, o pagamento dos tributos internos, como o AFRMM, o ICMS, PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação etc., além, extensivamente, do valor pago a título de frete interno. Um absurdo assim se imaginar.

Importante ressaltar que, enquanto o Acordo de Valoração Aduaneira e o Regulamento Aduaneiro se referem a despesas com carga, descarga e manuseio das mercadorias até o porto, a Instrução Normativa 327/2003 excede o sentido da norma ao incluir a descarga no porto de destino.

Assim, também, enquanto o Acordo de Valoração Aduaneira e o Decreto nº 6.759/2009 se referem a despesas com carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas até o porto alfandegado, a Instrução Normativa se refere a gastos relativos à descarga no território nacional, afirmando que os encargos tributários a que se sujeita o importador incluem o custo da operação de descarga do veículo transportador, o que não condiz com o texto das normas de hierarquia superior.

Concluindo este capítulo, é de se afirmar que a inclusão das despesas com a descarga e o conseqüente manuseio da mercadoria importada após a chegada do veículo transportador ao país amplia o conceito de valor aduaneiro advindo do acordo GATT, bem como do Acordo de Valoração Aduaneira firmado pelo Brasil com base no artigo VII, do acordo, e, por fim, a legislação interna, qual seja o Regulamento Aduaneiro em suas últimas versões.

É, portanto, ilegal e inconstitucional, sob todos os pontos de vista, a cobrança dos tributos devidos na importação acrescida das despesas realizadas após a chegada do veículo ao território nacional, como diz o ato normativo emanado da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Claramente se vê violado o art. 150, inc. I, da Constituição brasileira, que trata do princípio da legalidade tributária, assim como o art. 98, do Código Tributário Nacional, segundo o qual os acordos internacionais prevalecem sobre a legislação interna e conforma a legislação superveniente às cláusulas do acordo.

Acrescente-se que não só são flagrantes a ilegalidade e o desrespeito aos atos internacionais dos quais o Brasil é signatário como, ainda, se constata que a medida onera a base utilizada para cálculo do imposto, contrastando com os objetivos do GATT e do governo brasileiro de reduzir os entraves e os custos do comércio exterior praticados pelo nosso país.

4. A TAXA DO SISCOMEX

O Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) foi criado pelo Decreto nº 660/1992 e começou a servir como instrumento eletrônico de contato de exportadores e os órgãos de controle administrativo, cambial e tributário, que intervêm nas atividades públicas e privadas ligadas ao comércio exterior a partir do ano de 1993. Trata-se de mais uma demonstração do avanço tecnológico experimentado pela Receita Federal, desde a sua criação, que vincula as demais autoridades que atuam na liberação de mercadorias destinadas ao exterior ou à importação. Vale notar que, na exportação, o Siscomex passou a operar em 1993, com um módulo específico, enquanto na importação só a partir de 1997.

Reunindo em um só sistema as atividades desenvolvidas pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), pelo Banco Central e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Siscomex simplifica os processos de liberação de mercadorias que entram e saem do país, eliminando, em face da instituição da via eletrônica, dezenas de operações e mais de uma centena de documentos que manuseavam importadores e exportadores no Brasil.

Em substituição, foi criado apenas um documento para cada um desses órgãos, quais sejam a Guia de Importação, emitida pela SECEX, o Contrato de Câmbio, expedido pelo Banco Central, e a Declaração de Importação, feita pela Receita Federal do Brasil.

Como dito acima e, nos termos do Decreto nº 660/1992,

[...] o Siscomex é o instrumento administrativo que integra as atividades de registro, acompanhamento e controle das operações de comércio exterior, mediante fluxo único, computadorizado, de informações.

Todas as atividades relacionadas com o comércio do país com o exterior tem como suporte operacional o Siscomex, instrumento que rege todas as atividades exercidas pelas autoridades fiscais e administrativas no que se refere ao setor de comércio externo brasileiro.

O crescimento do comércio exterior em todo o mundo e, particularmente, no Brasil, nas últimas décadas, gerou a necessidade de criação de sistemas informatizados de acompanhamento, controle e proteção de direitos e de atividades concernentes a variados setores da vida em sociedade, tais como a saúde, a preservação do meio ambiente, a segurança pública, a educação e a cultura, o desenvolvimento de pesquisas em diversas áreas, a descoberta de tecnologias mais avançadas, além de outros.

Toda essa gama de necessidades básicas da população requer a atenção redobrada das autoridades alfandegárias, que não teria resultado satisfatório sem o apoio de recursos tecnológicos e de aprimoramento das ações estatais com vistas ao controle sobre o comércio exterior. Para isso, foi criado o Siscomex.

A Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior, a Taxa do Siscomex, de competência federal e administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, que habilita ao ingresso no sistema, foi criada pela Lei nº 9.716/1998. A taxa, cujo valor é atualizado periodicamente por ato do Ministro da Fazenda, é exigida por ocasião do Registro da Declaração de Importação. Cabe, por oportuno, observar que, além de outros, o art. 113, § 1º, combinado com o art. 114, ambos do Código Tributário Nacional, prevê a reserva específica de lei para o surgimento da obrigação principal, composta do tributo e, se for

o caso, da penalidade pecuniária. Sem o cumprimento desse requisito, o tributo criado ou majorado carece da legalidade exigida pela Carta Magna do Brasil.

Nestes termos, é de se afirmar que a atualização do valor da Taxa do Siscomex por ato emanado do Ministro da Fazenda, que leva em conta a variação dos custos da operação e dos investimentos feitos no sistema, carece de base constitucional. Sequer a destinação prevista na lei, a saber, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (FUNDAF), não altera a natureza tributária da exação, que demanda que os reajustes posteriores sejam estabelecidos por lei.

Feitas essas considerações e, abstraindo-se do caráter inconstitucional dos reajustes periódicos, é lícito afirmar-se que, de forma alguma, o tributo pode constituir base de cálculo do Imposto de Importação.

Tratando-se de tributos distintos, que incidem sobre fatos geradores diversos, o Imposto de Importação e a Taxa do Siscomex são exigidos, ambos, de maneira isolada sobre as importações, não sendo válida a incidência superposta dos dois tributos sobre uma mesma operação de importação.

Assim, a Taxa do Siscomex, definitivamente, não integra o Valor Aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação.

5. DIREITOS ANTIDUMPING, COMPENSATÓRIOS E SALVAGUARDA NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações sobre as exigências acima caracterizadas e eventualmente feitas pela legislação aduaneira para o fim de coibir certas práticas no comércio internacional, remunerar serviços ou, simplesmente, suprir os cofres públicos de recursos. Tais são os casos dos direitos *antidumping*, dos direitos compensatórios em virtude da concessão de subsídios e a salvaguarda aplicada pelo Brasil.

Iniciam-se as considerações propostas no título do presente capítulo pela prática do *dumping*, sendo certo que, embora de natureza distinta, os direitos compensatórios e a salvaguarda seguem o mesmo critério quando da apuração do Valor Aduaneiro.

5.1. *Dumping*

Considera-se *dumping* a venda de produto por preço inferior ao seu valor normal, isto é, a preço inferior ao normalmente praticado em operações de mesmo nível e condições comerciais, de forma que os produtores de bens similares no país importador reduzam a produção ou sejam excluídos do mercado, ou, ainda, abandonem projeto de produção de bens similares.

Da afirmação, impõe-se concluir ser fundamental para a caracterização do *dumping* a comprovação da relação de causa e efeito entre a venda do produto e o dano ou a ameaça de dano para a economia do país importador. É, com efeito, imprescindível o nexo causal entre o preço de exportação e o prejuízo causado à economia local do país importador. Daí se deduz que, não havendo produção de bem similar a ser protegida, ainda que o preço de exportação seja inferior ao preço normal, descabe falar-se em prática de *dumping*.

Por oportuno, leia-se o artigo VI, do GATT, que define o *dumping*, expressamente no item 1, a seguir transcrito:

Item 1

[...]. Para feitos do presente acordo, considera-se que um produto é objeto de *dumping*, ou seja, que um produto é colocado no mercado de outro país por preço inferior ao seu valor normal, quando o preço de exportação, no momento da venda para o outro país, é menor que o preço comparável, no curso das operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador.

Outras formas, indiretas e menos convencionais de *dumping*, também ocorrem no mercado, tais como a utilização de veículo de transporte de propriedade do produtor/exportador, contratação de seguro da carga com empresa vinculada etc. Todas, entretanto, recebem o mesmo tratamento pelo Órgão de Solução de Controvérsias, responsável pela apuração da prática danosa no âmbito da OMC, quais sejam a compensação e a retaliação.

A aceleração das trocas comerciais no mercado externo estendeu o conceito de *dumping* para além do tradicional, que, hoje, não mais se restringe à venda de bens por preço inferior ao valor normal com o fim de eliminar a concorrência no país adquirente. Na concepção moderna, que decorre da interpretação das normas do GATT, é irrelevante o elemento subjetivo, ou seja, a intenção de conquistar o mercado do país importador. É preciso que, além dessa intenção, exista o dano ou a ameaça de dano ao setor produtivo de bem similar no país do importador.

Os direitos aplicados contra o dano causado à indústria do país importador não se revestem da natureza tributária, razão pela qual não compõem o preço da mercadoria para fins de cálculo do Imposto de Importação e, consequentemente, dos demais tributos cobrados em sequência, a saber, IPI, ICMS, PIS/PASEP e COFINS.

5.1.1 Direitos *antidumping*

É prática corriqueira entre certos países a concessão de vantagens anticompetitivas aos produtores e exportadores nacionais, objetivando incentivar a produção de determinados bens, acumular divisas ou proteger o mercado ou a produção local contra a concorrência de produtores estrangeiros, tudo isso em prejuízo do comércio internacional de bens e serviços. Como afetam os preços e violam as regras que disciplinam a liberdade das trocas, essas medidas são combatidas e reprimidas por acordos internacionais, muitos dos quais firmados, também, pelo Brasil.

O GATT, acordo multilateral de comércio, tem como um dos seus objetivos eliminar os entraves ao livre intercâmbio de bens entre os seus membros, que hoje somam cerca de 160 países, que abrangem a totalidade dos continentes.

Em todo o mundo, um extenso rol de produtos está sujeito a medidas tendentes a eliminar as práticas abusivas de comércio, tais como, para citar apenas alguns deles, aeronaves e veículos automotores, produtos eletrônicos de diversas origens, alguns derivados do couro, como bolsas e calçados, óleo de soja, produtos das indústrias siderúrgica, farmacêutica e química, além de vários produtos agrícolas.

Contudo, a prática só se configura danosa em razão do disposto nos acordos internacionais firmados no âmbito da Organização Mundial do Comércio se, em processo regular de investigação, resultar comprovada a relação causal entre a venda efetuada e o prejuízo ou a ameaça de prejuízo causados à economia do país importador. Por esse motivo, torna-se importante estabelecer-se a clara relação entre a perda efetiva ou a redução de lucros e a prática abusiva. De outra forma, não procede a acusação de dano causado pela exportação.

Para concluir, vale lembrar que os direitos *antidumping*, cobrados do importador juntamente com os tributos federais devidos na importação, a saber no momento do registro da Declaração de Importação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), têm por fim minimizar ou, mesmo, neutralizar os efeitos danosos que a redução do preço pode ocasionar à economia nacional do país importador. As alíquotas aplicadas podem ser *ad valorem* ou específica, ou ambas, conjugadas.

5.1.2 A natureza jurídica dos direitos *antidumping*

Torna-se importante, para a definição sobre a inclusão ou não dos direitos *antidumping* na base de cálculo dos tributos em tela, proceder-se a algumas considerações sobre a sua natureza jurídica, tema polêmico sobre o qual os autores pátrios não mostram unanimidade.

Para alguns, os direitos encerram a natureza tributária, entendendo tratar-se de um adicional ao Imposto de Importação e, como tal, deve ser cobrado juntamente com o imposto incidente sobre a entrada da mercadoria no território nacional. No entanto, esse entendimento não parece o mais acertado, tendo em vista que os direitos podem não ser cobrados em razão do interesse econômico prevalecente, enquanto os impostos, sujeitos ao princípio da legalidade, são exigidos compulsoriamente.

Acresça-se que a cobrança dos direitos *antidumping* pode retroagir, segundo dispõe o art. 8º, da Lei nº 9.019/1995, em harmonia com o disposto no Acordo *Antidumping*, o que não é permitido quando se trata de tributo.

Afastada a natureza tributária dos direitos, pode-se, ainda, admitir a possibilidade de se tratar de sanção devida pela prática de ato ilícito, como defendem outros. Todavia, essa hipótese é, também, afastada, visto que, com base no mesmo raciocínio, a penalidade aplicada a contribuinte que descumpra a obrigação tributária é de caráter obrigatório. Uma vez apurado o ilícito tributário, a multa aplicada não pode ser dispensada pela autoridade fazendária. No caso dos direitos *antidumping*, porém, uma vez constatada a prática, os direitos podem não ser cobrados ou, se o forem, não necessariamente terão que equivar ao montante de *dumping* apurado.

Complementando, a considerar como espécie tributária, vale aduzir que o art. 3º, do CTN, dispõe literalmente que o tributo não constitui sanção de ato ilícito, o que afasta definitivamente a ideia de direitos *antidumping* como espécie de sanção. E, mais, o “infrator”, ou seja, o penalizado pela sanção seria, na prática, o exportador, estabelecido no exterior e, portanto, figura inalcançada pela lei brasileira.

Restam considerações acerca da natureza financeira, de cunho compensatório, dos direitos aqui focados. Em apoio a essa posição, cite-se o parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.019/1995, que dispõe sobre a aplicação do Acordo *Antidumping* e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios no Brasil.

Diz o parágrafo, *in verbis*:

Parágrafo único. Os direitos *antidumping* e os direitos compensatórios [contra subsídios] serão cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados.

O dispositivo transcrito é reproduzido *ipsis literis* pelo art. 48, do Decreto nº 1.602/1995, que regulamentou a lei acima, não deixando margem a dúvida quanto à natureza não tributária dos direitos em tela, caracterizando-se, na verdade, como intervenção direta do poder público no domínio econômico. Em face da imposição dos direitos *antidumping* sem qualquer vinculação a possíveis características tributárias, sua cobrança não está sujeita a restrições tributárias, como as estabelecidas pelos princípios da legalidade, da irretroatividade, da anterioridade da lei em relação ao exercício ou, mesmo, à nonagesimal,

todos previstos na Carta Magna e aplicados aos tributos, ressalvadas as exceções encontradas no diploma citado.

5.1.3 Conclusões sobre os direitos *antidumping* e a base de cálculo dos tributos incidentes na importação

Assim, os direitos *antidumping* não têm caráter tributário, mas sim financeiro, visto destinar-se a indenizar o dano causado à economia do país importador. Dadas a finalidade dos direitos e a configuração que assume ao ser instituído, é lícito afirmar-se que os direitos *antidumping* não integram a base de cálculo do Imposto de Importação. Como os demais impostos incidentes sobre as importações, IPI e ICMS, têm como fatos geradores situações de fato ocorridas após a entrada da mercadoria no país, e, por isso, são calculados a partir do Imposto de Importação, não resta dúvida sobre a não inclusão dos direitos *antidumping* em suas bases de cálculo.

Idêntico raciocínio é feito com relação às contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, cujos fatos geradores correspondem, igualmente, ao ingresso da mercadoria importada no território nacional.

O mesmo raciocínio ainda pode ser desenvolvido a respeito dos Direitos Compensatórios em face de subsídios concedidos direta ou indiretamente pelos Estados, que resultam em prejuízo para a indústria instalada ou em processo de instalação no país importador.

Da mesma forma, quando o processo regular de apuração de condições econômicas favoráveis do país exportador em regime de concorrência e em prejuízo da produção nacional recomendar a aplicação de salvaguarda, esta será cobrada independentemente da exigência dos tributos supra-assinalados.

6. O ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE (AFRMM)

O Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) foi criado pelo Decreto-lei nº 2.404/1987, e hoje, basicamente, é disciplinado pela Lei nº 10.893/2004. Consiste em uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), conforme já decidiu o STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 201.253, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, para quem o AFRMM assumiu essa natureza a partir da Constituição de 1988, nos termos em que prevê o seu art. 149. O adicional em questão se destina a compor o Fundo de Marinha Mercante (FMM), que visa apoiar o desenvolvimento da marinha mercante do Brasil e a indústria de construção e de reparo navais. Nos dias de hoje o FMM é gerido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O AFRMM tem como fato gerador o início efetivo da operação de descarga de mercadorias em portos brasileiros, independentemente da procedência, seja do exterior, seja de outros portos no Brasil. É considerado como base de cálculo do adicional o valor pago a título de remuneração pelo transporte da mercadoria até o porto nacional, devendo integrar esse valor a totalidade das despesas portuárias relativas à movimentação da carga, entre elas a descarga efetuada. O contribuinte do adicional, conforme indicado por lei, é o importador e, sendo o caso, o consignatário da mercadoria importada constante do conhecimento de carga.

Inúmeras são as hipóteses de imunidade ou de isenção do adicional, tais como cargas transportadas por embarcações, nacionais ou estrangeiras, quando não encerrem o caráter comercial, os livros, jornais e periódicos, bem como o papel destinado a sua impressão, como dispõe o art. 150, inc. VI, al. b, da CF, bens que não revelem finalidade comercial, doados a entidades filantrópicas, desde que o donatário os empregue em obras sociais e assistenciais gratuitas, armamentos e demais bens importados pelo Ministério da Defesa e pelas Forças Armadas e destinados exclusivamente a fins militares.

De todo o exposto, deduz-se que o AFRMM não integra a base de cálculo do Imposto de Importação, visto que se trata de dois tributos distintos, ou seja, com fatos geradores diferentes e destinação específica do adicional.

7. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E DA COFINS-IMPORTAÇÃO

Questão bastante controversa durante longo tempo relaciona-se com a inclusão do valor do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação por ocasião do desembaraço aduaneiro. Em conformidade com o inc. I, do art. 7º, da Lei nº 10.865/2004, o montante a ser recolhido a título de PIS/PASEP e COFINS é obtido mediante o acréscimo do valor do ICMS à base de valor utilizada para cálculo das contribuições.

Art. 7º. A base de cálculo será:

I – o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei;

Tal previsão, no entanto, foi contestada por contribuintes, que viam na fórmula de cálculo flagrante inconstitucionalidade, uma vez que, como prescreve a Emenda Constitucional nº 33/2001, que deu nova redação ao art. 149, § 2º, inc. III, al. a, *in fine*, da Constituição Federal, a base de cálculo das referidas contribuições consiste no Valor Aduaneiro.

É oportuno recordar que a definição de valor aduaneiro decorre de disposição expressa em tratado internacional firmado pelo Brasil, a saber, o artigo VII, do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, assinado originariamente por 23 países, incluindo o Brasil, dois anos após o término da Segunda Grande Guerra.

O acordo, incorporado pela Ata Final da Rodada Uruguai, em 1994, teve por escopo a liberalização do comércio entre as nações e o combate às práticas protecionistas, que se alastravam entre os países, notadamente os Estados Unidos da América e os da Europa, importante mercado econômico mundial. Diversos aspectos relativos às transações internacionais foram previstos no acordo, como, por exemplo, a padronização dos critérios com vistas ao estabelecimento de uma base de cálculo do imposto de importação, que fosse compreensível para todos os importadores e para os governos.

Com esse fim, o artigo VII, do GATT, dispõe que a base de cálculo do Imposto de Importação consiste no valor real, assim considerado como o preço pago ou a pagar, em tempo e lugar determinados pela legislação do país importador, pelas mercadorias importadas ou similares vendidas ou oferecidas à venda em operações comerciais normais efetuadas sob o regime de livre e plena concorrência.

Com base no artigo VII, o Acordo de Valoração Aduaneira, em vigor no Brasil desde 23 de julho de 1986, visa, além da uniformização de critérios, conferir segurança nas relações comerciais entre as nações e, com isso, impedir a adoção de valores arbitrários ou fictícios, que vigoravam no Brasil e em outros países do mundo, com fins protecionistas e corretivos de distorções na prática do comércio internacional. Para melhor ilustração, recorde-se que o acordo dispõe que, para efeito de cálculo do imposto de importação com base no conceito de Valor Aduaneiro, não se fará qualquer acréscimo ao preço efetivamente pago ou a pagar pela mercadoria, que não esteja previsto no artigo citado.

O acordo institui seis métodos de valoração, que levam em consideração o valor efetivamente remetido ao exterior como forma de pagamento pela mercadoria importada, o que exclui, naturalmente, qualquer importância alheia ao preço da mercadoria chegada ao país. Assim, é terminantemente vedada a inserção de qualquer outro valor à base de cálculo dos impostos e contribuições que tenham como fato gerador a importação de bens do exterior.

Neste passo, não tem cabimento a inclusão, na base de cálculo das contribuições aqui consideradas, de um imposto estadual cobrado pela operação de circulação da mercadoria, fato que só ocorrerá após a liberação da mercadoria pela alfândega de jurisdição do porto, aeroporto ou ponto de entrada e internalização do bem.

Para maior clareza, sendo o fato gerador do PIS/PASEP-Importação, assim como o da COFINS-Importação, na entrada da mercadoria no país, tal como se verifica no que tange ao Imposto de Importação, também não tem cabimento a inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições.

Essa anomalia da lei original foi corrigida pela Lei nº 12.685/2014, em razão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 559.937, que decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação em razão da entrada de bens e serviços no território brasileiro.

No julgamento do RE não prevaleceu a tese que sustentava a ocorrência de *bis in idem* na inclusão referida, visto que a natureza das duas contribuições é distinta e, por isso, é possível a exigência de ambas sobre uma mesma empresa, uma na qualidade de importadora e outra incidindo sobre o faturamento. Iguamente, foi afastada, pela mesma razão acima, a hipótese da obrigatoriedade da previsão do regime não cumulativo na criação do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação.

Todavia, o entendimento do STF no julgamento do Recurso Extraordinário mencionado foi que, sem sombra de dúvida, a base de cálculo do Imposto de Importação, conforme preceitua o art. 149, da Carta Magna, é o Valor Aduaneiro, devendo, neste caso, o intérprete reportar-se estritamente à definição contida no Acordo de Valoração Aduaneira, sem exceder os exatos termos em que é posta.

Diz, hoje, o art. 7º, da Lei nº 10.865/2004, com a alteração mencionada, que na entrada de produtos estrangeiros no território nacional será considerada como base de cálculo das contribuições o Valor Aduaneiro, significando dizer que o conceito expresso no GATT prevalece sobre o dispositivo originário, para fins de incidência e cobrança dos tributos.

Desse modo, não prosperou o argumento da Fazenda Nacional, que sustentava a inclusão como forma de estabelecer isonomia entre os bens produzidos no Brasil, sujeitos às contribuições sociais, e os produtos importados, se não fossem tributados. É de se afirmar, contudo, que, embora de denominações idênticas, a natureza jurídica das exações é distinta, uma vez que PIS/PASEP e COFINS nas operações internas incidem sobre o faturamento bruto das pessoas jurídicas, enquanto sobre a importação as contribuições oneram diretamente as mercadorias e serviços importados.

A Excelentíssima relatora do RE mencionado, Ministra Ellen Gracie, destacou que não faz sentido a cobrança, tendo em vista que o valor aduaneiro já prevê a inclusão de parcelas, como o frete, o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, o IOF câmbio e outros encargos financeiros devidos às repartições alfandegárias. Completou o Ministro Teori Zavascki, alegando que, se fosse o caso, as contribuições incidentes nas operações internas é que deveriam ser reduzidas e não o contrário.

8. CONCLUSÕES

Feitas as considerações acima, no que concerne à definição de Valor Aduaneiro, finaliza-se o trabalho afirmando que a inclusão de qualquer parcela de valor ou tributo na base de cálculo do Imposto de Importação viola o conceito de Valor Aduaneiro constante do Acordo de Valoração Aduaneira firmado pelo Brasil junto à Organização Mundial do Comércio, que administra o GATT 47, em sua versão de 1994.

Dessa forma, não resiste à análise do doutrinador, como também à apreciação do Poder Judiciário, a fixação da base de cálculo do imposto em tela por modos e meios tendentes a distorcer o sentido simples e objetivo de Valor Aduaneiro, implantado no país com vistas a promover a estabilidade das relações entre o Fisco e o Importador, indispensáveis ao desenvolvimento sustentado da economia do país.

9. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Marcelo Pimentel de. *Valor aduaneiro: princípios, métodos e fraude*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

TREVISAN NETO, Antenori. *Aplicação do acordo sobre valoração aduaneira no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2010.

CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

Diretoria de Relações Institucionais – DRI

Monica Messenberg Guimarães
Diretora de Relações Institucionais

Unidade de Relacionamento com o Poder Executivo - COEX

Pablo Silva Cesário
Gerente-Executivo de Relacionamento com o Poder Executivo

Luciano Ribeiro Barbosa
Equipe Técnica

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO – DIRCOM

Carlos Alberto Barreiros
Diretor de Comunicação

Gerência Executiva de Publicidade e Propaganda – GEXPP

Carla Gonçalves
Gerente-Executiva de Publicidade e Propaganda

Walner Pessoa
Produção Editorial

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS – DSC

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Área de Administração, Documentação e Informação – ADINF

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Gerente-Executivo de Administração, Documentação e Informação

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização

Adilson Rodrigues Pires
Aloisio Flávio Ferreira de Almeida
Ana Carolina Moreira Garcia
Andrei Pitten Velloso
André Mendes Moreira
Eduardo Campos
Fábio Zambitte Ibrahim
Francisco Assis de Oliveira Júnior
Francisco Marconi Oliveira
Frederico A. Fonseca
Heleno Taveira Torres
Ivo Tabasco Guimarães Júnior
João Décio Rolim
Lucas Surto Octavio de Souza
Luciana Prates Caldas Cordeiro
Marco Aurélio Greco
Marcos André Vinhas Catão
Marcos Aurélio Pereira Valadão
Marcus Lívio Gomes
Mauro José Silva
Paulo Roberto Riscado Júnior
Renata S. Cunha Pinheiro.
Ricardo Antônio Carvalho Barbosa
Ricardo Lodo Ribeiro
Sérgio André Rocha
Consultores

Maria da Penha Oliveira Dutra e Luciano Ribeiro Barbosa
Revisão Gramatical

IComunicação
Projeto Gráfico e Diagramação



Confederação Nacional da Indústria

CNI. A FORÇA DO BRASIL INDÚSTRIA

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-7957-148-0



9 788579 571480