

**DIREITO TRIBUTÁRIO:
Estudos em Homenagem ao
Professor Luís Eduardo Schoueri**

por ocasião de seus 20 anos como Professor
Titular em Direito Tributário na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Coordenadores
Ricardo Mariz de Oliveira
Fernando Aurelio Zilveti
Roberto Quiroga Mosquera
Tadeu Puretz

DIREITO TRIBUTÁRIO: Estudos em Homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri

por ocasião de seus 20 anos como Professor
Titular em Direito Tributário na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

São Paulo – 2023

© Vários autores
Todos os direitos desta edição reservados.



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Rua Padre João Manuel, 755 – 4º Andar
CEP 01411-001 – São Paulo – Fone/WhatsApp: (11) 3105-8206
e-mail: ibdt@ibdt.org.br site: www.ibdt.org.br

Diretoria

Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira
Vice-Presidente: Luís Eduardo Schoueri
Diretor Administrativo e Financeiro: Rodrigo Maitto da Silveira
Diretores Executivos: Bruno Fajersztajn, Fernando Aurelio Zilveti,
Luís Flávio Neto e Martha Toribio Leão

Conselho Deliberativo: Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva, João Francisco Bianco, José Maria Arruda de Andrade, Leonardo Aguirra de Andrade, Mara Eugênia Buonanno Caramico, Michell Przepiorka Vieira, Paulo Victor Vieira da Rocha, Ricardo Maitto da Silveira, Salvador Cândido Brandão Junior e Victor Borges Polizelli

Conselho Editorial Nacional: Fernando Aurelio Zilveti (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Humberto Ávila (Universidade de São Paulo/SP e Universidade Federal do Rio Grande do Sul/RS), João Francisco Bianco (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Luís Eduardo Schoueri (Universidade de São Paulo/SP), Paulo Celso Bergstrom Bonilha (Universidade de São Paulo/SP), Ricardo Mariz de Oliveira (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Roberto Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR), Roberto Quiroga Mosquera (Universidade de São Paulo/SP) e Walter Piva Rodrigues (Universidade de São Paulo/SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

D635 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; ZILVETI, Fernando Aurelio;
MOSQUERA, Roberto Quiroga; PURETZ, Tadeu

Direito Tributário: estudos em homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri, por ocasião de seus 20 anos como Professor Titular em Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo / Ricardo Mariz de Oliveira; Fernando Aurelio Zilveti; Roberto Quiroga Mosquera; Tadeu Poretz. – São Paulo, SP: IBDT, 2023.

616 p.; 17x24 cm.

ISBN 978-65-86252-76-7

1. Direito Tributário 2. Direito Tributário Internacional
3. Tributação 4. Norma Tributária 5. Princípios
Constitucionais 6. Brasil

I. Ricardo Mariz de Oliveira II. Fernando Aurelio Zilveti
III. Roberto Quiroga Mosquera IV. Tadeu Poretz
V. IBDT VI. Título.

DORIS 341.39

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito Tributário: Brasil
2. Direito Tributário Internacional: Brasil
3. Tributação: Brasil
4. Norma Tributária: Brasil
5. Princípios Constitucionais: Brasil

Revisão: Sabrina Dupim Moriki / *Editoração:* Nelson Mitsuhashi



Sumário

Sobre os Autores.....	19
Apresentação.....	23

PARTE I

Laudatio

Luís Eduardo Schoueri – 20 anos de titularidade	27
---	----

PARTE II

CONSTITUIÇÃO E SISTEMA TRIBUTÁRIO

<i>Sin Taxes</i> e o Novo Imposto Seletivo Brasileiro: entre a Tributação do Pecado e o Pecado da Tributação.....	33
---	----

Flavio Rubinstein

Introdução	33
I. Delimitação, papel e histórico dos <i>sin taxes</i>	33
1.1. Delimitação	33
1.2. Papel.....	35
1.3. <i>Sin taxes</i> como instrumento de correção de externalidades	37
II. Evolução, <i>design</i> e implementação	39
2.1. Histórico, prática atual e tendências	39
2.2. <i>Design</i>	43
2.3. Problemas potenciais: ineficiências, distorções alocativas e regressividade.....	44
2.4. Potencial arrecadatório.....	47
III. Prática brasileira	48
3.1. Evolução	48
3.2. Contornos do Imposto Seletivo na Reforma Tributária (PEC 45)	49
3.3. Análise crítica do Imposto Seletivo	51
Considerações finais	54

<i>Hiring Bonus. Stock Options. Contribuições Previdenciárias</i>	55
---	----

José Eduardo Soares de Melo

I. <i>Hiring bonus</i>	55
II. <i>Stock option</i>	58
III. Conclusões.....	62

Destinação do Produto da Arrecadação das Cides: um Desafio Jurídico a enfrentar.....	63
--	----

Marco Aurélio Greco

Introdução	63
1. Vinculação intrínseca da destinação	63
2. Validade/eficácia da lei; instituição/cobrança da contribuição	67

Doações, Heranças e o Imposto de Renda: o Acréscimo Patrimonial Gratuito na Competência da União.....	71
Mateus Calicchio Barbosa / Ricardo André Galendi Jr.	
1. Introdução.....	71
2. A pretensão da Administração.....	73
3. Acréscimos gratuitos e bitributação.....	74
3.1. O argumento de Alcides Jorge Costa e Paulo Bonilha.....	79
4. Acréscimos gratuitos e o conceito de renda.....	80
4.1. Acréscimos gratuitos e o conceito de renda tributável no Brasil.....	83
4.1.1. A limitação do critério do produto líquido.....	87
4.1.2. A limitação da “market income” (ou “proventos”).....	88
4.2. Acréscimos gratuitos e o típico Imposto de Renda na legislação.....	91
5. Conclusão.....	95
 <i>Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos – Perse – Setor de Aca-</i> <i>demias e Eventos Esportivos – Benefício Fiscal Condicionado e com Prazo De-</i> <i>terminado – Impossibilidade Jurídica de Restrição de seus Efeitos – Questões</i> <i>Conexas.....</i>	 97
Roque Antonio Carrazza	
1. Introdução.....	97
2. Os benefícios fiscais.....	99
3. O significado e o alcance do art. 111, II, do CTN, e o modo de serem interpretados e aplicados os benefícios fiscais.....	101
4. Reequacionamento do problema e encaminhamento de sua solução jurídica	110
5. Anotações finais.....	115
A Vedação de Vinculação de Impostos a Fundos (Art. 167 da Constituição Federal)	119
Tercio Sampaio Ferraz Junior	
1. Do princípio da não afetação da receita.....	119
2. Fundos de qualquer natureza.....	122
3. Da vinculação de ICMS a fundo em lei estadual.....	124
4. Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa.....	126
PARTE III	
METODOLOGIA E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO	
Planejamento Tributário por Intermédio de Operações de <i>Drop Down</i>: Limites Normativos.....	131
Caio Augusto Takano	
Considerações propedêuticas.....	131
1. A operação de <i>drop down</i> e seus traços típicos.....	133
2. Planejamento tributário por intermédio do <i>drop down</i> na tributação da renda.	135
3. Planejamento tributário por intermédio do <i>drop down</i> no ICMS.....	137
Conclusão.....	140
A Insolúvel Contradição das Cláusulas Gerais e o Combate ao Planejamento Tributário Internacional.....	141
Clara Gomes Moreira / Tiago Coster	

I. Introdução.....	141
I.1. Delimitação do escopo deste estudo.....	142
1. Reflexões sobre um princípio geral antiabuso no âmbito das normas de direito internacional.....	143
2. Planejamento tributário agressivo.....	146
3. Teste do objetivo principal.....	147
4. O princípio geral antiabuso europeu e a ATAD.....	149
5. O Pillar Two e o imposto mínimo global.....	153
II. Conclusão: um princípio antiabuso global?	155
O Controle de Normas Tributárias Extrafiscais.....	157
Martha Leão	
Considerações introdutórias	157
1. O programa de incentivo para compra de veículos enquanto norma tributária indutora	159
2. O controle de validade e de efeitos das normas tributárias indutoras	161
3. A desproporcionalidade do programa de incentivo para compra de veículos..	165
Conclusões	169
Fundamentos Constitucionais do Dever de Observância das Decisões do Poder Judiciário pelos Tribunais Administrativos.....	171
Pedro Adamy	
Sobre esta merecida homenagem	171
I. Introdução.....	172
II. Segurança jurídica	172
III. Legalidade.....	173
IV. Igualdade	175
V. Eficiência	176
VI. Um exemplo concreto: o Decreto n. 2.346/1997.....	178
VII. Conclusão	178
A Distribuição de Lucro <i>in Natura</i> entre Fundos de Investimento Imobiliário	181
Ricardo Lacaz Martins / Patricia Martinuzzo	
1. Introdução.....	181
2. O pagamento de lucro <i>in natura</i> por FII	181
2.1. A possibilidade de distribuição de lucro <i>in natura</i> em geral.....	181
2.2. A possibilidade de distribuição de lucro <i>in natura</i> por FII.....	184
3. O recebimento de lucro <i>in natura</i> por FII.....	188
3.1. O regime de caixa em geral	188
3.2. O regime de caixa de apuração do lucro mínimo distribuível por um FII	192
4. Conclusão	195
Tributação de Operações envolvendo <i>Trusts</i> no Brasil: Análise Crítica do Posicionamento das Autoridades Fiscais	197
Rodrigo Maito da Silveira	
I. Introdução.....	197
II. Considerações gerais sobre os aspectos tributários relacionados às operações envolvendo <i>trusts</i>	199

II.1. Tributos potencialmente aplicáveis.....	202
II.2. Definição de quem é o contribuinte.....	203
III. Possível aplicação de tributos brasileiros a operações relacionadas a <i>trusts</i>	204
IV. Solução de Consulta Cosit n. 41/2020	207
V. Resposta a Consulta Sefaz/SP n. 2.543/2022.....	208
VI. Considerações finais	209

PARTE IV TEORIA GERAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Direito e Poder na Relação Jurídica Tributária.....	213
André Folloni	
Reasoning by Analogy in Tax Law: a Dialogue with Professor Luís Eduardo Schoueri	221
Daniel Gutmann	
1. Definition of reasoning by analogy	222
2. Analogy and fundamental principles.....	224
2.1. The “classical” approach of the debate.....	224
2.1.1. Analogy and equality.....	224
2.1.2. Equality vs legality	225
2.2. A more “modern” approach of the debate	226
2.2.1. Analogy vs legal certainty	227
2.2.2. Analogy and constitutional review based on the equality principle	228
3. Overview of the French approach.....	229
3.1. Approach taken by the French tax authorities	229
3.2. Court practice.....	230
4. Brief conclusion	233
Tributação de Acordo com a Lei	235
Fernando Aurelio Zilveti	
1. Introdução	235
2. Reserva legal.....	237
2.1. Norma tributária e positivismo	237
2.2. Norma tributária e unidade do direito	239
3. Tipo.....	243
4. Conceito.....	247
5. Existe, afinal, uma polêmica entre tipo e conceito?.....	249
A Mudança de Critério Jurídico Prevista no Art. 146 do CTN: Lançamento Seguente ou Fato Gerador Posterior?.....	253
Guilherme Galdino / Renan Baleeiro	
Introdução	253
1. Da posição de Rubens Gomes de Sousa antes dos Trabalhos da Comissão Especial e as respectivas influências	255
1.1. Da posição de Rubens Gomes de Sousa na década de 1940	256
1.2. Das influências de Costa Manso e Tullio Ascarelli	258

2. Das influências na elaboração do art. 146 do CTN citadas no Relatório dos Trabalhos da Comissão Especial	260
2.1. Da influência da legislação e da jurisprudência nacionais	260
2.2. Da influência suíça: a jurisprudência relatada por Pierre Verrey	262
2.3. Da influência argentina	264
3. Do “lançamento seguinte” ao “fato gerador posterior”	266
3.1. Do art. 172 do Anteprojeto: o foco no “lançamento seguinte”	267
3.2. Do art. 109 do Projeto: o foco no “fato gerador posterior”	268
3.3. Do art. 146 do CTN: a manutenção do foco no “fato gerador posterior”..	270
3.3.1. Do argumento genético: a prevalência da sugestão de Ulhôa Canto	272
3.3.2. Do argumento teleológico: a proteção da confiança	273
3.3.3. Dos argumentos de coerência e isonomia: a proteção da confiança concreta e individual	275
Conclusão	276
Controles Instrumental e Justificativo da Extrafiscalidade	279
Humberto Ávila	
Introdução	279
1. Controle instrumental	281
1.1. Definição de “fim”	281
1.2. Fins internos e fins externos	282
1.3. Fins como eventos, estados ou processos	283
1.4. Promoção satisfatória e máxima dos fins	284
1.5. Controles fraco, médio e forte dos fins	285
1.6. Controles prévio e posterior dos fins	286
2. Controle justificativo	287
2.1. Densidade semântica dos fins	287
2.2. Raciocínios relativos aos fins	288
2.3. Comprovação dos fins	290
Conclusão	290
La Expansión del “Soft Law” en el Derecho Tributario	293
Juan Zornoza Pérez	
1. Introducción	293
2. El significado de los Códigos de buenas prácticas tributarias	296
3. El recurso al “soft law” en el ámbito de la Unión Europea	298
4. El empleo del “soft law” a efectos pretendidamente interpretativos: el ejemplo del Modelo de Convenio de la OCDE y sus Comentarios	302
5. Conclusión	309
Os Papéis da Lei Complementar Tributária no Desenho Federativo Brasileiro....	311
Valter de Souza Lobato	
1. Introdução	311
2. Funções da lei complementar tributária	313
2.1. Funções genéricas	313
2.1.1. Estabelecer normas gerais	313

2.1.2. Regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.....	318
2.1.3. Dispor sobre conflitos de competência.....	319
2.2. Função tópica: fazer atuar certos ditames constitucionais	322
3. Considerações finais e reflexões para o futuro	323
PARTE V	
TRIBUTAÇÃO DIRETA	
A Tributação da Renda sobre os Atos Ilícitos e as Sanções Pecuniárias.....	327
Alexandre Naoki Nishioka / Juliana Ferretti Lomba	
1. Tributo ao Professor Luís Eduardo Schoueri	327
2. A tributação da renda sobre o ato ilícito: contexto recente.....	327
3. O conceito de renda.....	327
4. A renda líquida como princípio informador do Imposto de Renda.....	329
5. Dedutibilidade e a base de cálculo do imposto sobre a renda	331
6. <i>Pecunia non olet</i> : a tributação de atos ilícitos	335
7. Dedutibilidade de custos e despesas decorrentes de atos ilícitos e de sanções pecuniárias	337
8. Conclusões.....	338
Ganhos e Perdas com a Adoção dos IFRS: o Caso da Metodologia de Equivalência Patrimonial e sua Utilidade para Fins Fiscais nos Dias de Hoje	339
Elidie Palma Bifano / Bruno Fajersztajn	
1. Introdução ao tema.....	339
2. Breve histórico do instituto MEP	341
2.1. Introdução do MEP no Brasil.....	341
2.2. Discutindo os reflexos fiscais: período anterior à edição das novas práticas contábeis (Lei n. 11.938/2007)	344
2.3. Leis n. 11.638/2007 e n. 12.973/2014: as novas práticas contábeis e os tributos	346
3. Mas, afinal, o IFRS utiliza o MEP?	349
4. Qual seria o fruto da eliminação do MEP, para fins fiscais?.....	351
O Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas sobre Ganhos Líquidos Obtidos em Bolsa: o Caráter Definitivo da Incidência de 15%.....	355
Paulo Victor Vieira da Rocha	
Introdução	355
1. A ilegalidade do art. 70 da IN RFB n. 1.585/2015 de acordo com o plano literal.....	357
2. A falta de lógica da interpretação que resulta em uma “antecipação de outra antecipação”	361
3. A negativa de eficácia aos propósitos do legislador histórico	366
4. A justificação de regramentos extrafiscais na dogmática dos direitos fundamentais.....	367
Conclusões	372
O Mito do Lucro Real	375
Ricardo Mariz de Oliveira	
1. Introdução.....	375

2. Considerações em torno do tema.....	375
3. O pensamento de Luís Eduardo Schoueri no seu artigo.....	387
4. À guisa de conclusão.....	391

PARTE VI TRIBUTAÇÃO INDIRETA

Nossa Reforma Tributária: PEC 45/2019.....	397
---	------------

Eurico Marcos Diniz de Santi

Introdução	397
1. Distorções da tributação de bens e serviços no Brasil	399
1.1. Como funciona o IVA?	399
1.2. Problemas do modelo brasileiro	399
2. Dificuldade de migrar do modelo atual para o IVA	401
3. A proposta do Centro de Cidadania Fiscal	402
3.1. Características básicas do IBS	403
3.2. Transição para as empresas	403
3.3. Alíquotas, isenções e regimes especiais	405
3.4. Extrafiscalidade	405
3.5. Competência dos estados e municípios e repartição de receitas	407
3.6. Formação da alíquota do IBS	409
3.7. Interação com o Simples Nacional	411
3.8. Legislação	412
3.9. Administração do imposto e contencioso	413
3.10. Imposto seletivo	413
4. Comentários finais	413

As Contradições da Tributação Indireta no Brasil	415
---	------------

Hugo de Brito Machado Segundo

Introdução	415
1. O que é um tributo indireto?.....	415
2. Incoerência na repetição do indébito	417
3. Inadimplência do adquirente, consumidor final	419
4. Inadimplência do contribuinte, junto ao Fisco	420
5. O que essa incoerência é capaz de revelar?.....	421
Considerações finais	422

Fundamentos e Impactos da Adoção do Princípio do Destino na Tributação do Consumo no Brasil.....	423
---	------------

Leonardo Aguirra de Andrade

Introdução	423
1. Cenário brasileiro de primazia do princípio da origem.....	424
2. Fundamentos da adoção do princípio do destino.....	427
2.1. Capacidade contributiva, materialidade do fato gerador e definição de competência tributária.....	429
2.2. Neutralidade fiscal	434
2.3. Combate às desigualdades regionais	437
3. Impactos da adoção do princípio do destino no Brasil	438

3.1. Vantagens.....	439
3.2. Desvantagens	440
Conclusões	442
Caminhos para a Neutralidade dos IVAs no Brasil: a Necessidade de Revisão do Crédito Físico à Luz dos Precedentes do STF.....	445
Misabel Abreu Machado Derzi / André Mendes Moreira	
Proêmio.....	445
1. O Imposto de Consumo: alvorecer do IVA brasileiro	448
2. O STF e a não cumulatividade no Imposto de Consumo.....	449
3. Imposto sobre Produtos Industrializados	451
3.1. O cenário normativo.....	451
3.2. O <i>leading case</i> no STF.....	452
3.3. Os acontecimentos subsequentes	454
Conclusão.....	455
Tributação sobre o Consumo e a Definição de seu Contribuinte: Exemplos do Destinatário no Sistema Vigente.....	457
Salvador Cândido Brandão Junior	
1. Destinatário das operações como contribuinte do IOF.....	458
2. Consumidor final como contribuinte do ICMS nas operações interestaduais .	461
Considerações finais	464

PARTE VII DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Tomando en Serio las Palabras y las Finalidades de la Ley. A Propósito del Teletrabajo y los Establecimientos Permanentes	469
Andrés Báez Moreno	
I. Introducción: finalidad y estructura de este trabajo	469
II. La “solución” del problema del <i>Home Office</i> como EP en los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE: un inmenso error metodológico.....	471
II.1. Los Comentarios minusvaloran la importancia cuantitativa y cualitativa del fenómeno del teletrabajo.....	472
II.2. Los Comentarios incurrir en errores jurídicos relevantes	476
a) La confusión entre las distintas notas normativas del concepto de Establecimiento Permanente: la fijeza y la disponibilidad del EP	476
b) El criterio de la disponibilidad del EP carece de sustento normativo, se concreta de manera irracional en los Comentarios y plantea notables problemas de aplicación práctica.....	477
III. Los términos del artículo 5(1) del CMOCDE, la finalidad de los Establecimientos Permanentes y las <i>Home Offices</i> : una interpretación alternativa.....	481
III.1. Un <i>Home Office</i> es un “lugar de negocios” cuya fijeza puede plantear dudas interpretativas	481
III.2. Un <i>Home Office</i> es un lugar de negocios “fijo” pues en él pueden desarrollarse todos los procedimientos de control que requiere la tributación de un no residente con EP.....	484
IV. Conclusión	485

O Controle de Preços de Transferência na Lei n. 14.596, de 2023: entre Conceitos Indeterminados e Discricionariedade.....	487
Fabiana Carsoni Fernandes	
1. Introdução.....	487
2. A discricionariedade e os conceitos indeterminados no direito administrativo, em geral, no direito tributário, em particular, e na legislação de preços de transferência, em específico	491
3. Os conceitos indeterminados e a discricionariedade no delineamento da transação, na análise de comparabilidade e na seleção do método mais apropriado	496
4. A experiência internacional e os limites encontrados na Lei n. 14.596	503
5. Conclusões	506
Ainda o Caso Volvo e a Questão da não Discriminação nos Acordos Internacionais para evitar a Dupla Tributação.....	509
João Francisco Bianco	
Manifesto por Preços de Transferência em Conformidade com a Constituição: “Opções Realisticamente Disponíveis” e a “Suave Perda da Liberdade”	515
Luís Flávio Neto	
1. “ORA”, “ORA”, “ORA”, então agora, sem demora, abandonamos a Constituição tão cara outrora, inebriados por um novo “princípio” da última hora?	515
2. A nova sistemática de preços de transferência e as opções realisticamente disponíveis (teste “ORA”).....	517
2.1. <i>Options Realistically Available</i> – ORA: outras alternativas realisticamente disponíveis?	518
3. A edificação do “Princípio Arm’s Length” no sistema jurídico brasileiro: testando a constitucionalidade do teste ORA	521
3.1. A proibição de tributos com recurso à analogia	521
3.2. Igualdade, segurança jurídica, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade	523
3.3. Discricionariedade e arbítrio: controle de acesso ao teste ORA e de suas consequências.....	525
4. Considerações finais, para um debate que se inicia	527
Procedimento Amigável em Caso de Bitributação Devido a Diferentes Constações Fáticas em Ambos os Países – uma Questão em Aberto	529
Michael Lang	
1. Direito tributário internacional e segurança jurídica	529
2. Direito interno em matéria de apuração de fatos	529
3. Acordos de bitributação e autonomia processual dos Estados contratantes.....	532
4. Consequências para o procedimento amigável.....	534
Preços de Transferência e a Relevante Contribuição Doutrinária de Luís Eduardo Schoueri	535
Paulo Ayres Barreto	
1. Legislação sobre preços de transferência no tempo	535
2. Preços de transferência e o padrão <i>arm’s length</i>	536

3. O deletério uso de instruções normativas para desbordar o limite legal.....	540
4. Impressões iniciais sobre o novo regramento dos preços de transferência, na Lei n. 14.596/2023	541
5. Conclusão	542
O Comportamento comercialmente Racional e as Opções realisticamente Disponíveis no Controle dos Preços de Transferência	543
Ramon Tomazela / Andressa Pegoraro	
1. Introdução.....	543
2. O delineamento da transação para fins de controle de preços de transferência.....	543
3. A análise das opções realisticamente disponíveis.....	544
4. O comportamento economicamente racional nas Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE	546
5. O comportamento economicamente racional e a análise das opções realisticamente disponíveis no discurso jurídico.....	548
6. Críticas ao comportamento comercialmente racional.....	549
7. A impossibilidade de precificação segundo o padrão <i>arm's length</i> como pressuposto para a desconsideração ou requalificação	551
8. Opções não disponíveis	552
9. Casos da experiência internacional.....	553
9.1. Caso Peugeot-Citroen	553
9.2. Caso Hess Norge.....	555
9.3. Caso Sona Okegawa	557
10. Mecanismos de avaliação das opções realisticamente disponíveis	558
11. Comentários finais	559
Why is there no US-Brazil Tax Treaty?	561
Reuven Avi-Yonah	
1. Introduction	561
2. The traditional view.....	561
3. Why the traditional view was wrong	562
4. TCJA: exemption.....	562
5. TCJA: GILTI and cross crediting.....	563
6. Conclusion: why should Latin American countries enter into tax treaties with the United States after TCJA?	564
O Conceito de “Residência” em Matéria Tributária	565
Ricardo Maitto da Silveira	
I. Introdução	565
II. As várias acepções de “residência” e sua correlação com o direito tributário ..	566
III. Residência fiscal: aquisição e perda do status no Direito Brasileiro.....	569
IV. Erosão de base tributável e a revisão do conceito de “residência fiscal” no direito tributário internacional	573
V. Considerações finais	575

As “Opções realisticamente Disponíveis” na Legislação de Preços de Transferência.....	577
Roberto Codorniz Leite Pereira	
Introdução	577
1. As opções realisticamente disponíveis nas TGP da OCDE.....	578
1.1. Breves apontamentos históricos.....	578
1.2. Análise de comparabilidade.....	581
1.3. Reconhecimento da transação.....	584
1.4. Precificação da transação.....	587
1.4.1. Transações com intangíveis.....	587
1.4.2. Reorganizações de negócios.....	588
2. O conceito de opções realisticamente disponíveis.....	589
2.1. A estrutura lógica da norma: insegurança jurídica e <i>arm’s length standard</i>	589
2.2. Os conceitos de “opções” e “realisticamente disponíveis”.....	591
2.3. Teorias econômicas que auxiliam na identificação das opções realistica- mente disponíveis.....	592
2.3.1. Orçamento de capital e Valor Presente Líquido.....	593
2.3.2. Custo de oportunidade e poder de barganha.....	593
2.3.3. Teoria dos jogos e BATNA.....	594
2.3.4. Análise de risco e opções reais.....	595
3. Análise crítica das opções realisticamente disponíveis e os desafios de adequa- ção do Direito Tributário Brasileiro.....	596
3.1. A vedação à analogia no Direito Tributário Brasileiro (art. 108 do CTN).....	596
3.2. O risco de requalificação de transações para além de preços de transfe- rência.....	597
4. Conclusões.....	598
Extensão e Limites do Princípio <i>Arm’s Length</i>: Utilização de Outros Métodos de Preços de Transferência	601
Victor Polizelli	
1. Definição, extensão e limites do princípio <i>arm’s length</i>	603
1.1. Origem histórica do princípio <i>arm’s length</i>	603
1.2. Adoção do princípio <i>arm’s length</i> na legislação brasileira (anterior e atual).....	607
1.3. Conteúdo do princípio <i>arm’s length</i> e seus limites.....	609
2. Aplicação prática do princípio <i>arm’s length</i>	611
2.1. O emprego de margens fixas como expressão do método <i>arm’s length</i>	611
2.2. Utilização de outros métodos para fins de preços de transferência.....	613

Sobre os Autores

Alexandre Naoki Nishioka

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

André Folloni

Professor Titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

André Mendes Moreira

Professor Associado de Direito Tributário da UFMG.

Andrés Báez Moreno

Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Carlos III (Madri).

Andressa Pegoraro

Professora Convidada do Curso de Especialização em Direito Tributário Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Bruno Fajersztajn

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Caio Augusto Takano

Professor de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Clara Gomes Moreira

Professora do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Daniel Gutmann

Professor da Faculdade de Direito Sorbonne (Paris-1).

Elidie Palma Bifano

Professora no Curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo – FGV.

Eurico Marcos Diniz de Santi

Professor da FGV Direito SP e da EAESP FGV.

Fabiana Carsoni Fernandes

Professora do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Fernando Aurelio Zilveti

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Flavio Rubinstein

Professor da FGV Direito SP e da EAESP FGV.

Guilherme Galdino

Advogado.

Hugo de Brito Machado Segundo

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Humberto Ávila

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo.

João Francisco Bianco

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

José Eduardo Soares de Melo

Professor Titular de Direito Tributário da PUC-SP.

Juan Zornoza Pérez

Professor Catedrático da Universidade Carlos III (Madri).

Juliana Ferretti Lomba

Advogada.

Leonardo Aguirra de Andrade

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Luís Flávio Neto

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Marco Aurélio Greco

Ex-Professor da PUC-SP e da FGV-SP.

Martha Leão

Professora de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.

Mateus Calicchio Barbosa

Advogado.

Michael Lang

Professor da Universidade de Economia de Viena.

Misabel Abreu Machado Derzi

Professora Emérita de Direito Tributário da UFMG.

Patricia Martinuzzo

Advogada.

Paulo Ayres Barreto

Professor Associado de Direito Tributário da Universidade de São Paulo – USP.

Paulo Victor Vieira da Rocha

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Pedro Adamy

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS.

Ramon Tomazela

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Renan Baleeiro

Advogado.

Reuven Avi-Yonah

Professor da Universidade de Michigan.

Ricardo André Galendi Jr.

Advogado.

Ricardo Lacaz Martins

Advogado.

Ricardo Maitto da Silveira

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Ricardo Mariz de Oliveira

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

Roberto Codorniz Leite Pereira

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Rodrigo Maito da Silveira

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Roque Antonio Carrazza

Professor Emérito da Faculdade de Direito da PUC-São Paulo.

Salvador Cândido Brandão Junior

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Professor da Faculdade de Direito da PUC-São Paulo.

Tiago Coster

Advogado.

Valter de Souza Lobato

Professor de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Victor Polizelli

Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Apresentação

É com grata alegria que apresentamos este livro em homenagem ao PROFESSOR LUÍS EDUARDO SCHOUERI, no ano em que transcorrem os 20 anos da sua atividade como professor titular de direito tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Quem conhece Schoueri sabe do seu entusiasmo pela matéria, mas nem todos sabem que desde cedo, ainda muito jovem, ele se apresentava nas quintas-feiras pela manhã, quando se reunia a Mesa de Debates do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT sob a presidência do seu fundador, o Professor Ruy Barbosa Nogueira.

Pois já naquela época Schoueri exibia o mesmo ímpeto que o caracteriza, participando ativamente dos debates, não se intimidando ao discordar de mestres reconhecidos, mais idosos e mais experientes!

Sua carreira, portanto, foi sempre marcada por suas características pessoais e por seu elevado conhecimento em torno do direito tributário. E sua trajetória não custou a ganhar o mundo, não somente por sua decidida atuação em eventos fora do país, como também por sua facilidade em dominar vários idiomas.

Nestes 20 anos, Schoueri angariou muito admiradores, com seus livros, seus artigos, suas participações em cursos e congressos de inúmeras instituições de ensino, mas principalmente entre seus alunos.

Hoje não é possível deixar de reconhecer que ele é um dos maiores responsáveis pelo aumento do interesse dos jovens pelo direito tributário, pois contagiou muitas gerações com seu denodo e com a confessada alegria que sente ao falar de competências tributárias, fatos geradores, capacidade contributiva, segurança jurídica etc.

Quando Ruy Barbosa Nogueira chegou às Arcadas do Largo São Francisco, deu início a uma nova cadeira, então pouco procurada e mesmo considerada de pouca importância, mas ele e seus sucessores encarregaram-se de mudar essa perspectiva, culminando com Luís Eduardo Schoueri, que, ao lado de outros eminentes professores daquela casa, encaminham anualmente novos talentos dedicados à tributária.

Esta obra, que conta com a participação de muitos autores brasileiros e estrangeiros, é um reconhecimento ao trabalho desse querido professor, com tudo o que ele já tem feito e ainda fará pelo aprimoramento da ciência jurídica no Brasil e no mundo.

Temos certeza de que a leitura dos trabalhos aqui coletados será uma continuidade da homenagem muito merecida por Luís Eduardo Schoueri.

São Paulo, outubro de 2023, ano do vigésimo aniversário da titularidade do Professor Luís Eduardo Schoueri.

Ricardo Mariz de Oliveira

Fernando Aurelio Zilveti

Roberto Quiroga Mosquera

Tadeu Puretz

PARTE I

LAUDATIO

Luís Eduardo Schoueri – 20 anos de titularidade

Em 1965, nasce, na cidade de São Paulo, Luís Eduardo Schoueri.

Schoueri ingressa, no ano de 1982, no curso de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas. Com o objetivo inicial de complementar seus estudos em administração pública – e contra a vontade de seu pai – Schoueri é aprovado no vestibular para o curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A competência do jovem universitário não passou despercebida pelo Professor Tercio Sampaio Ferraz Junior que, observando sua vocação acadêmica, o incentiva a se inscrever no Programa de Educação Tutorial – PET, desenvolvido pela CAPES, cuja participação demandava a apresentação de seminários realizados no período da tarde, na própria FDUSP, a partir da leitura de trabalhos acadêmicos.

Em contato com o Direito Tributário – e agora certo de sua preferência pelo tema – Schoueri passa a frequentar as mesas de debates do Professor Ruy Barbosa Nogueira, inicialmente realizadas aos sábados, na casa do catedrático, e posteriormente convertida na mesa de debates do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).

Foi durante o quarto ano do curso de direito que Schoueri, influenciado por um artigo escrito por Brandão Machado, desenvolveu e publicou o seu primeiro trabalho acadêmico, intitulado “A restituição de impostos indiretos no sistema jurídico-tributário brasileiro”, cuja qualidade da pesquisa e bibliografia utilizada já demonstram profundidade incomum para estudantes de graduação. Cursando o quinto ano da faculdade de Direito, Schoueri já havia finalizado o curso de administração de empresas, e interessado em aprofundar seus estudos no Direito Tributário, formula consulta à Comissão de Pós-graduação (CPG) da FDUSP questionando sua elegibilidade para figurar como aluno especial no Mestrado de Direito Tributário. A resposta positiva da comissão viabilizou seu ingresso no programa, naquela condição, antes mesmo do término do curso de direito.

O domínio do idioma alemão foi, neste ponto, fundamental para a obtenção de uma bolsa de estudos ofertada pela Deutscher Akademischer Austauschdienst e. V (Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico), viabilizando o ingresso no *Latin Legum Magister (LL.M)* em Direito Tributário oferecido pela Universidade de Munique, na Alemanha, oportunidade em que Schoueri, por intermédio de Ruy Barbosa Nogueira, tem contato com Klaus Vogel, que veio a se tornar seu orientador. Os estudos realizados naquele país originaram a sua primeira pesquisa relacionada à tributação internacional, inicialmente elaborada em alemão e posteriormente traduzida para o idioma inglês sob o título “The residence of the employer in the ‘183-day clause’ article 15 of the OECD’s Model Double Taxation Convention”. O *LL.M* cursado em Munique foi convalidado no Brasil, conferindo-lhe o título de mestre em direito tributário¹.

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. The residence of the employer in the “183-day clause” article 15 of the OECD’s Model Double Taxation Convention. *Inter Tax* n. 20, 1993.

De volta ao Brasil – e inspirado pelos estudos relacionados à tributação internacional realizados na Alemanha –, Schoueri inicia seu doutorado na Universidade de São Paulo, cuja pesquisa se dedicou ao estudo do planejamento tributário internacional. A pesquisa, publicada em 1995 sob o título *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação*² foi prefaciada por seu orientador, Professor Gerd Willi Rothmann que, enaltecendo o trabalho, classificou Schoueri como titular de “elevado espírito crítico” com “notável capacidade de expor, com clareza, temas da maior complexidade”³.

É também durante este período que Schoueri passa a integrar o escritório “Mattos Filho e Schodolski” – atual Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, oportunidade em que inicia sua relação com o então recém-formado advogado Roberto Quiroga Mosquera, que veio a se tornar seu grande amigo, colega de departamento na FDUSP, e coorganizador desta obra. A saída dos quadros do Mattos Filho se deu para, ao lado de Ricardo Lacaz Martins, Miguel Pereira Neto e Eduardo Gurevich, fundar a banca batizada com seus sobrenomes.

Em 1996, Schoueri é aprovado no concurso de livre-docência na Universidade de São Paulo, oportunidade em que desenvolveu a tese *Distribuição disfarçada de lucros no direito brasileiro e comparado: alcance e natureza*, que se dedicou ao estudo dos requisitos essenciais para sua configuração, à luz do direito comparado⁴. A publicação da obra veio acompanhada do convite, formulado pelo então professor titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Professor Marcelo Hermes Huck para atuar como professor assistente em suas aulas de graduação e pós-graduação na FDUSP.

No ano de 2004, antes mesmo de completar 40 anos de idade, Luís Eduardo Schoueri é aprovado no concurso de titularidade da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, tornando-se Professor Titular de Legislação Tributária da Universidade de São Paulo, desenvolvendo a tese *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, em que investigou a função indutora de normas tributárias no Domínio Econômico, a partir dos objetivos e limites de sua aplicação que, por sua relevância e ineditismo, veio a se tornar uma referência no estudo dos efeitos das normas tributárias na sociedade⁵.

Ainda que o posto de Professor Titular corresponda ao mais alto cargo a ser atingido na seara acadêmica, Luís Eduardo Schoueri demonstrou ser este apenas o primeiro passo de uma longa jornada dedicada aos estudos realizados na Universidade de São Paulo e a sua projeção em âmbito internacional.

Desde sua posse, foram diversas as participações de Schoueri como docente em instituições de ensino e centros de pesquisa fora do país, dentre as quais se destacam a Levin College of Law, da University of Florida, EUA (2008); Wirtschaftsuniversität Wien, Áustria (2010); Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, França (2010-2011); St. Gallen,

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Suíça (2023); Université Catholique de Louvain, Bélgica (2012); Amsterdam Center for Tax Law, Universidade de Amsterdam, Holanda (2013-2020); Pontifícia Universidade Católica Portuguesa (2013-2022); New York University (2016/1); International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Amsterdam (2017-2018).

A projeção acadêmica internacional e o posto de Professor Titular também não foram motivo para justificar a redução da produção acadêmica do homenageado, que impressiona não apenas pela qualidade, mas também pelo volume de trabalhos publicados. De 1987 a 2023, Schoueri publicou quatro obras individuais – uma delas em sua 12^a edição – foi autor ou coautor de 115 artigos acadêmicos publicados em revistas especializadas, e de 175 capítulos de obras coletivas publicadas no Brasil e no exterior⁶.

Além da produção acadêmica, também chama atenção o número de participações em congressos de Direito Tributário realizados no Brasil e no exterior, nos quais figurou como palestrante em 514 oportunidades, além da sua participação na avaliação de trabalhos acadêmicos em 129 bancas de graduação, 120 bancas de mestrado e 41 bancas de doutorado. A dedicação acadêmica de Schoueri também não se limitou às salas de aula, ocupando o cargo de vice-presidente do IBDT, de vice-presidente da Associação Comercial de São Paulo e diretor da Associação Brasileira de Direito Financeiro.

São Paulo, 10 de outubro de 2023.

Ricardo Mariz de Oliveira
Fernando Aurelio Zilveti
Roberto Quiroga Mosquera
Tadeu Puretz

⁶ *Direito tributário*. 12. ed., 2023; *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed., 2013; *Ágio em reorganizações societárias*, 2012; e *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, 2005.

PARTE II

**CONSTITUIÇÃO E
SISTEMA TRIBUTÁRIO**

Sin Taxes e o Novo Imposto Seletivo Brasileiro: entre a Tributação do Pecado e o Pecado da Tributação

Flavio Rubinstein

Introdução

Em 2003, ao apresentar sua tese para o concurso de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da USP, o Professor Luís Eduardo Schoueri trouxe à luz o trabalho acadêmico que viria a se tornar a referência definitiva do estudo sobre normas tributárias indutoras no Direito Tributário pátrio¹.

Passadas duas décadas, no ano de 2023, a temática das normas tributárias indutoras volta a ganhar destaque com a votação da reforma tributária do consumo no Congresso Nacional, no âmbito da qual se discutiu a adoção de um instituto tributário peculiar, o imposto seletivo, comumente referido como *sin tax* (imposto do pecado), que consiste em instrumento extrafiscal de desestímulo ao consumo de bens e serviços considerados nocivos à saúde pública ou ao meio ambiente.

Nesse cenário, o presente artigo busca contribuir para o debate sobre a possível qualificação do imposto seletivo como *sin tax*, oferecendo uma análise crítica dos méritos e dos problemas da solução brasileira a partir da análise da prática internacional.

Para tanto, o artigo será dividido em três partes. A primeira abordará a delimitação dos *sin taxes*, o papel exercido por estes tributos e a sua concepção como instrumento de correção de externalidades. A segunda apresentará o histórico e as tendências dos *sin taxes* e discutirá as virtudes e os problemas identificados na sua implementação. A terceira, por fim, examinará a solução brasileira do imposto seletivo e oferecerá críticas a este imposto, conforme atualmente previsto no projeto da reforma tributária do consumo.

I. Delimitação, papel e histórico dos *sin taxes*

1.1. Delimitação

Os tributos sobre o consumo podem ser classificados² como (i) gerais, quando incidam sobre categorias amplas de transações com bens ou serviços, tanto de forma monofásica (e.g., o *sales tax* adotados pela quase totalidades dos Estados nos EUA, que incide sobre vendas no varejo) quanto plurifásica (neste último caso, com técnicas de cumulatividade, como o ISS brasileiro, ou de não cumulatividade, como o IVA); ou (b) específicos, quando incidam de forma singular sobre determinados bens ou serviços apenas, com forte seletividade³.

¹ Tratava-se da tese “Contribuição ao estudo do regime jurídico das normas tributárias indutoras como instrumento de intervenção sobre o domínio econômico”, de 2003.

² Para uma classificação detalhada dos tributos sobre consumo, cf. OCDE. *Consumption Tax Trends*. Annex A – The OECD classification of taxes and interpretative guide, 2022, p. 273.

³ Conforme se explicará adiante, a seletividade, aqui, refere-se à escolha de bases específicas para a incidência do tributo, com objetivos primordialmente extrafiscais, e não à gradação de alíquotas em função da essencialidade do bem tributado, para fins de concretização da capacidade contributiva.

Os tributos específicos sobre consumo⁴ abrangem, por definição, uma variedade limitada e predefinida de bens e serviços e são comumente referidos como “tributos seletivos” ou “excise taxes”, podendo incidir em qualquer etapa de produção ou distribuição na cadeia (inclusive na importação)⁵, em muitos casos de forma adicional à incidência de tributos gerais de consumo sobre as mesmas bases.

Nos casos em que tais tributos seletivos incidam sobre bens ou serviços considerados nocivos ou indesejáveis para a sociedade, costuma-se adotar na doutrina a designação de “sin taxes”⁶ (tributos sobre o pecado)⁷.

Para tanto, os *sin taxes*, para além da função fiscal (i.e., de arrecadação de receitas públicas) inerente a qualquer tributo, adotam de forma primordial uma função nitidamente extrafiscal⁸, de indução de comportamentos⁹.

Nesse ponto, cabe esclarecer, com apoio na lição de Luís Eduardo Schoueri, que “o tributo tem várias funções. Ao lado da mais óbvia – a arrecadadora – destacam-se outras, comuns a toda a atividade financeira do Estado (receitas e despesas): as funções distributiva, alocativa (indutora) e estabilizadora.”¹⁰

⁴ Nos países da OCDE, os tributos seletivos representavam em 2020, na média, 9,1% da carga tributária (ou 3% do PIB). OCDE. *Consumption Tax Trends 2022*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/6525a942-en/index.html?itemId=/content/publication/6525a942-en>.

⁵ HINES JR., James R. *Excise taxes*. University of Michigan Ross School of Business – Office of Tax Policy Research Working Paper, 2007, p. 1; e OCDE. *Consumption Tax Trends*. Annex A – The OECD classification of taxes and interpretative guide, 2022, p. 273.

⁶ O primeiro uso documentado da expressão “sin tax” parece ser de 1901, em um artigo de jornal que descrevia uma associação de jovens moças nos EUA que passara a multar suas associadas que usassem gírias; uma das associadas, quando multada, teria exclamado: “Meu *sin tax!*”. O uso político da expressão parece ter sido inaugurado pelo ministro da casa civil do Presidente Eisenhower, Sherman Adams, quando era governador de New Hampshire, entre 1948 e 1952. POOLE, Steven. From tobacco to milkshakes: where did “sin taxes” come from? *The Guardian*, 12 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2019/jul/12/sin-taxes-word-of-the-week>.

⁷ No presente texto usaremos de forma intercambiável as expressões “sin tax”, “tributo seletivo” e “tributo pigouviano”. Cabe reconhecer que “sin tax” parece uma expressão carregada de carga valorativa, empregada para revelar desaprovação e expor uma pretensa política moralista do Estado invadindo a privacidade e restringindo de forma indevida (ou paternalista) a liberdade individual, sob a premissa de que os cidadãos não saberiam – ou conseguiriam – tomar as melhores decisões sozinhos e dependeriam do Estado para tomar essas decisões. Nesse sentido, cf. THORNDIKE, Joseph. Tax history: debauched morals and all manner of vices: regulating behavior with sin taxes. 22 de março de 2023. *Tax notes*. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/tax-history-project/tax-history-debauched-morals-and-all-manner-vices-regulating-behavior-sin-taxes/2023/05/19/7gphx>.

⁸ No presente texto o termo “extrafiscalidade” será empregado para descrever a função indutora dos tributos, sem implicar qualquer sugestão de que os tributos extrafiscais escapem à fiscalidade ou aos princípios e ditames do sistema tributário. A propósito, Luís Eduardo Schoueri expressa preferência pela expressão “normas tributárias indutoras” para se referir ao fenômeno da extrafiscalidade. Fundamentando essa escolha, esclarece que o termo extrafiscalidade pode ser tomado como gênero (compreendendo todos os aspectos não fiscais da tributação, além da própria função indutora) ou como espécie (em relação à função indutora dos tributos). Além disso, a referência à extrafiscalidade poderia implicar uma equivocada compreensão de as normas indutoras não se incluem na fiscalidade. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32-34.

⁹ A indução é característica presente em todos os tributos, em maior ou menor grau. Na sua função indutora, os tributos atuam como instrumentos de controle e correção de comportamentos. A indução dá-se por estímulos ou desincentivos do Estado. SCHOUERI, Luís E. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 152.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 20.

Nos *sin taxes*, a função extrafiscal¹¹ é operada por meio de técnica de “agravamento”¹², que consiste na imposição de ônus tributário adicional sobre o bem ou serviço, com o intuito de incrementar o respectivo custo para o consumidor final, em grau suficiente para induzir comportamentos e desestimular o consumo (e, por conseguinte, a própria oferta do bem ou serviço).

1.2. Papel

Especificamente, o emprego de *sin taxes* funda-se na percepção coletiva de que determinados bens e serviços seriam nocivos e, portanto, indesejáveis, com base em argumentos técnico-científicos (e.g., de saúde pública e de proteção ao meio ambiente), frequentemente também mesclados com valores morais e religiosos dominantes (de condenação a comportamentos tidos como desvios dos padrões ético-religiosos da sociedade).

Essa percepção coletiva é fortemente influenciada pelo contexto e pelo momento de cada sociedade, evoluindo ao longo dos tempos e sofrendo ajustes e revisões. Como exemplo, pode ser citado o caso dos cigarros, cuja aceitação social foi drasticamente impactada pelo conhecimento e divulgação dos males de saúde causados pelo fumo.

Em que pese a percepção coletiva de que determinados bens ou serviços sejam danosos, a demanda pelo seu consumo tende a subsistir, podendo, no limite, haver dificuldade de autocontrole e comportamentos compulsivos (comumente conhecidos como “vícios”¹³), tanto por questões relacionadas aos fenômenos da heurística e de vieses comportamentais dos indivíduos¹⁴ quanto por questões químicas e neurobiológicas¹⁵.

Nesse cenário, quando um bem ou serviço seja tido como indesejável ou nocivo para a sociedade, os governos podem entender necessária a adoção de políticas públicas para influenciar o comportamento dos indivíduos em relação a tal bem ou serviço, visando dissuadir seu consumo e mitigar seus impactos adversos.

¹¹ Conforme ensina Ricardo Lobo Torres, dentre as diversas tarefas assumidas pela extrafiscalidade pode ser identificada “a coibição de atividades prejudiciais à higiene ou à segurança, bem assim o desestímulo ao consumo de certos bens”. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. vol. I, p. 391.

¹² Fala-se em agravamento, como explica Luís Eduardo Schoueri, “quando a norma tributária indutora toma mais oneroso o comportamento indesejado, implicando aumento dos custos do contribuinte, que, assim, fica propenso a adotar comportamento alternativo, menos oneroso”. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 152.

¹³ E.g., o tabagismo, o alcoolismo e a ludopatia (vício em jogos).

¹⁴ Esses fenômenos são estudados pela economia comportamental, que alia conhecimentos de psicologia e economia para compreender os processos de tomada de decisões, especialmente quando os indivíduos agem de forma imperfeita e cometem erros). SHARM, Heshmat. Behavioral economics of addiction. *Psychology Today*, 24 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/science-choice/201409/behavioral-economics-addiction>; KÖNIG, Tobias; SCHMAKER, Renke. *Preferences for sin taxes*. Munich Society for the Promotion of Economic Research – CESifo Working Paper 10046, 2022, p. 2; e ALLCOTT, Hunt; LOCKWOOD, Benjamin B.; TAUBINSKY, Dmitry. Regressive sin taxes, with an application to the optimal soda tax. *The Quarterly Journal of Economics* (2019), p. 1558.

¹⁵ Com destaque para as substâncias psicoativas, como nicotina e opioides, que inicialmente induzem estados de prazer ou redução de estresse mas, com uso continuado, podem provocar mudanças adaptativas no sistema nervoso central que levam à tolerância e dependência. RIBEIRO, Marcelo. Neurobiologia da dependência química. 2007. Disponível em: <https://www.uniad.org.br/wp-content/uploads/2009/04/Ribeiro-Neurobiologia-2007.pdf>.

Para tanto, as políticas públicas para influenciar o comportamento dos consumidores podem se fundar em estratégias de proibição¹⁶, qualificando a oferta – e, conforme o caso, o próprio consumo – de tal bem ou serviço como um ilícito, sujeito a sanções cíveis e penais.

Outro caminho, entre a proibição e a permissão plena, é o da regulação, que abrange um arsenal variado de políticas públicas de informação e de restrição, com o objetivo de dissuadir o consumo de bens e serviços nocivos e mitigar os respectivos impactos deste consumo.

As políticas de informação trabalham com a ideia de que a disponibilização de dados adequados, claros e completos sobre a composição ou os efeitos nocivos de determinado produto podem desencorajar o seu consumo. Como exemplos, podem ser citados os rótulos de alimentos com tabelas nutricionais e destaque para os ingredientes danosos à saúde, bem como as mensagens e imagens, nas embalagens de cigarros, sobre os riscos de doenças e de morte causadas pelo tabagismo.

As políticas de restrição podem ser aplicadas à oferta (e.g., idades mínimas para a venda de cigarros ou bebidas alcólicas), ao consumo (e.g., do fumo em locais públicos) e à publicidade (e.g., de cigarros e bebidas alcoólicas em eventos esportivos).

Um terceiro caminho é o da tributação diferenciada, por meio da adoção dos *sin taxes*, que buscam impor custos adicionais aos produtos cujo consumo seja considerado indesejável, de modo a torná-los mais caros e, portanto, menos acessíveis e atraentes aos consumidores.

Desse modo, os *sin taxes* podem ser considerados instrumentos de engenharia social deliberada¹⁷, por meio da qual o governo, atendendo a anseios da coletividade¹⁸, vale-se de tais tributos para modificar os comportamentos dos cidadãos e desestimular o consumo de determinados bens e serviços.

Embora as políticas de tributação diferenciada de bens e serviços nocivos possam ser alternativas às políticas de regulação, é mais frequente que ambos os instrumentos sejam adotados de forma complementar. Ou seja, os governos que impõem *sin taxes* costumam também adotar ferramentas de informação e restrição do consumo dos mesmos

¹⁶ Nesse sentido, a proibição de venda de vodca na Rússia pelo Czar Nicolau II, em 1914, diante dos receios de que o consumo excessivo poderia atrapalhar a campanha militar russa na I Guerra Mundial. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 195. Também merece ser lembrada, aqui, a chamada “Lei Seca” dos EUA, introduzida por meio da 18ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, vigente entre 2020 e 1933, que proíbe a produção, a venda e o transporte de bebidas alcoólicas.

¹⁷ HINES JR., James. Taxing consumption and other sins. *Journal of Economic Perspectives* vol. 21, n. 1 (2007), p. 49; e KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 173.

¹⁸ Uma das críticas recorrentemente feita à tributação pigouviana é que ela seria uma forma de paternalismo estatal, que acabaria por normatizar interesses que não são verdadeiramente coletivos, mas de grupos específicos que conseguem exercer pressão e influência sobre os políticos, para atender interesses morais, religiosos e de mercado daqueles grupos. HOFFER, Adam J.; SHUGHART II, William F.; THOMAS, Michael D. Sin taxes and industry: revenue, paternalism, and political interest. *The Independent Review* vol. 19, n. 1 (2014), p. 51. De outra parte, não se pode negar que a oposição aos *sin taxes* muitas vezes é, também, parte de campanhas organizadas de grupos de interesses dos setores econômicos afetados, como a indústria do cigarro. BRUMBY, Jim. The seven salvos of sin (taxes). *World Bank Blog*. 25 de março de 2014. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/health/seven-salvos-sin-taxes>.

bens e serviços alcançados por tal tributação¹⁹, o que pode inclusive gerar uma sinergia de políticas públicas e aumentar sua efetividade²⁰.

1.3. *Sin taxes* como instrumento de correção de externalidades

Na escola da economia do bem-estar, a tributação seletiva é justificada quando o consumo de determinado bem gere externalidades negativas (compreendidas como uma falha de mercado, que prejudica a alocação eficiente de recursos), impondo custos a terceiros que não estejam envolvidos na produção ou no consumo do respectivo bem. Desse modo, o bem-estar da sociedade poderia ser melhorado pelo aumento do preço pós-tributo (*after-tax price*) suportado pelos consumidores, que reduziria a quantidade do bem consumida e desestimularia o comportamento gerador da externalidade²¹.

A lógica da tributação seletiva como corretora de falhas de mercado costuma ser referida como *pigouviana* (ou *pigoviana*), em homenagem ao economista inglês Arthur Cecil Pigou, que em seu trabalho seminal *The economics of welfare*, publicado em 1920, desenvolveu com eloquência tal lógica, exercendo duradoura influência nos estudos que se seguiram²².

O exemplo paradigmático de externalidade negativa é a poluição, especialmente a emissão de gases estufa²³, podendo ser apontadas também a saúde pública, a ordem, a moral, a segurança pública, a sustentabilidade climática e a perda de produtividade econômica (e.g., em decorrência do afastamento de pessoas doentes)²⁴.

¹⁹ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 16.

²⁰ Como no caso dos produtos com tabaco. OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 3. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>; e BRUMBY, Jim. The seven salvos of sin (taxes). *World Bank Blog*. 25 de março de 2014. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/health/seven-salvos-sin-taxes>.

²¹ Nesse sentido, HOFFER, Adam J.; SHUGHART II, William F.; THOMAS, Michael D. Sin taxes and industry: revenue, paternalism, and political interest. *The Independent Review* vol. 19, n. 1 (2014), p. 48-49.

²² Como explica Gregory N. Mankiw, professor de economia de Harvard e expoente vocal do chamado “Clube de Pigou” (coletivo informal de economistas e formuladores de políticas públicas adeptos da tributação pigouviana), como a economia do bem-estar funda-se no axioma da ausência de externalidades, quando uma transação impõe custos ou benefícios a terceiros (que não são parte da transação), o teorema do bem-estar não se aplica e a “mão invisível” do mercado – concebida por Adam Smith – falhará na busca de um resultado eficiente. Atribui-se a Pigou a solução para remediar a falha de mercado, restaurando as propriedades de otimização do teorema fundamental da economia do bem-estar, seria cobrar dos indivíduos os custos externos que eles impõem aos terceiros (e, de outra parte, subsidiar os indivíduos pela geração de benefícios externos para os terceiros). MANKIW, Gregory. Smart taxes: an open invitation to join the Pigou club. *Eastern Economic Journal* vol. 35 (2009), p. 16.

²³ A emissão de gases estufa, pelo potencial de gerar efeitos catastróficos em escala global, seria a “mãe de todas as externalidades”. KEEN, Michael; SLEMRD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 180. O Acordo de Paris, de 2015, foi ratificado por mais de 190 países e estabeleceu metas de redução de emissão de gases estufa.

²⁴ A título de exemplo, nos EUA cerca de USD 255 bilhões são gastos anualmente em saúde pública em decorrência do consumo de cigarros, o que representa 12% do total dos gastos com saúde no período, e o consumo de álcool gera mais de USD 249 bilhões em perdas associadas de saúde pública, justiça criminal, produtividade e acidentes de trânsito. BRAY, Sean; HOFFER, Adam; WEIGEL, Cecilia Perez. Shrinking revenue from sin taxes: a small price to pay for healthier behaviour. 31 de março de 2023. Disponível em: <https://taxfoundation.org/blog/uk-budget-gap-excise-taxes/>.

Outro caso clássico de externalidades negativas pode ser identificado no consumo de produtos de tabaco²⁵, como cigarros, as quais envolvem os danos de saúde sofridos por não fumantes (enquanto “fumantes passivos”, expostos à fumaça exalada pelos fumantes) e os custos do sistema de saúde para o tratamento das doenças causadas pelo fumo²⁶.

Nesse passo, identifica-se na doutrina sólida fundamentação para a defesa de tributos pigouvianos sobre determinados produtos com destaque para cigarros, bebidas alcoólicas e combustíveis fósseis²⁷.

A tributação pigouviana não tem uma lógica punitiva, buscando apenas viabilizar a alocação eficiente dos recursos, mitigando as externalidades negativas²⁸ e valorizando as externalidades positivas²⁹.

Além do objetivo primordial de provocar a redução do consumo dos bens e serviços tributados pelos *sin taxes*, os governos podem utilizar as receitas destes tributos de forma direcionada, para financiar políticas públicas (e.g., nas áreas de saúde ou segurança pública) de mitigação dos impactos adversos do consumo daqueles bens e serviços³⁰, unindo o pecado à virtude³¹.

No uso direcionado da arrecadação de *sin taxes*, a técnica *usualmente* empregada é a da vinculação de receitas (*earmarking*), em que a lei destina de forma prévia e obrigatória a aplicação da arrecadação tributária para finalidades ou programas específicos, buscando dar maior concretude aos benefícios de políticas públicas de mitigação dos impactos das externalidades negativas associadas ao consumo sujeito a tal tributação (por exemplo, campanhas antitabagismo e tratamentos de saúde para fumantes, no caso do *sin tax* sobre cigarro)³².

Embora se possa argumentar de que essa estratégia aumentaria a aceitação social e política dos *sin taxes*³³, a vinculação gera rigidez orçamentária e, de todo modo, consi-

²⁵ As estimativas apontam para mais de 8 milhões de mortes anuais decorrentes do consumo de produtos de tabaco, colocando o fumo como uma das maiores causas de mortes dos tempos modernos e levando a OMS a qualificar esse triste cenário de saúde pública como a “epidemia global do tabaco”. Report on the Global Tobacco Epidemic, 2023, p. 34. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240077164>.

²⁶ FMI. How to design and enforce tobacco excises? 2016, p. 2.

²⁷ Em relação aos tributos seletivos sobre bebidas alcoólicas e cigarros, cf. BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 3; sobre os tributos seletivos de combustíveis fósseis, cf. MANKIW, Gregory. Smart taxes: an open invitation to join the Pigou club. *Eastern Economic Journal* vol. 35 (2009), p. 16ss.

²⁸ KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, nota de rodapé 28 do capítulo 8, p. 425. Nos casos de externalidades positivas, de outra parte, caberia a adoção de um subsídio pigouviano.

²⁹ KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 180.

³⁰ HINES JR., James. Taxing consumption and other sins. *Journal of Economic Perspectives* vol. 21, n. 1 (2007), p. 50.

³¹ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 2.

³² BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 19-20.

³³ Nesse sentido, em defesa dos méritos da vinculação de receitas para *sin taxes*, cf. BRUMBY, Jim. The seven

derando o potencial arrecadatário limitado destes tributos, seria insuficiente para assegurar o financiamento de políticas públicas custosas e de escopo amplo (especialmente de saúde pública e de sustentabilidade), o que pode explicar por que poucos países na prática adotam semelhante vinculação³⁴.

II. Evolução, *design* e implementação

2.1. Histórico, prática atual e tendências

A história da extrafiscalidade³⁵ e, em especial, dos tributos seletivos, confunde-se com a da própria tributação, conforme revelam os relatos de tributação singular sobre cerveja e azeite documentados em um papiro egípcio do século III a.C.³⁶

Os *sin taxes* também podem ser considerados como manifestações modernas das leis suntuárias, que foram adotadas na Europa medieval para regular e restringir o consumo de determinados bens, tidos como extravagantes ou luxuosos, com conotação de preservação da moralidade e objetivo velado de preservar a hierarquia social – e a posição dominante – das elites³⁷.

Ao longo dos séculos, o uso mais frequente de *sin taxes*³⁸ pode ser identificado nos casos de bebidas alcoólicas³⁹ e produtos de tabaco⁴⁰, em ambos os casos geralmente percebidos como produtos não essenciais, de amplo consumo, com demanda relativamente inelástica e facilidade de tributação⁴¹.

salvos of sin (taxes). *World Bank Blog*. 25 de março de 2014. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/health/seven-salvos-sin-taxes>.

³⁴ Como observa Richard Bird, a experiência internacional revela que a vinculação de receitas tende a não mostrar impacto discernível no aumento do financiamento de políticas públicas, notadamente porque as receitas (como o dinheiro) são fungíveis, i.e., mais receita vinculada implicaria menos receita não vinculada que precisaria ser empregada naquela mesma política. Assim, exceto nos casos em que a única receita disponível para financiar determinada despesa pública fosse oriunda da vinculação, os políticos poderiam simplesmente alterar (aumentando ou diminuindo) a destinação de recursos não vinculados. BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 20-21.

³⁵ Para um apanhado histórico detalhado da extrafiscalidade, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 109ss.

³⁶ O papiro em questão foi encontrado na necrópole de El-Hiba em 1902 e traz registros detalhados do cálculo de tributos sobre cerveja e azeite. Trata-se de um fragmento de livro, possivelmente o mais antigo já encontrado, com quase 2.300 anos, tendo posteriormente sido reaproveitado para envolver uma múmia. GRIFFITHS, Sarah. The world's oldest book? *Ancient Egypt Magazine*, 6 de agosto de 2023. Disponível em: <https://the-past.com/news/the-worlds-oldest-book/>.

³⁷ HOFFER, Adam J.; SHUGHART II, William F.; THOMAS, Michael D. Sin taxes and industry: revenue, paternalism, and political interest. *The Independent Review* vol. 19, n. 1 (2014), p. 49.

³⁸ A propósito, o uso mais emblemático de tributos seletivos, pela variedade e relevância destes tributos, pode ser identificado nos EUA. Durante boa parte da história norte-americana, as *excise taxes* foram uma das principais fontes de financiamento governamental, especialmente em épocas de guerras, embora tais tributos tenham perdido sua prominência nas últimas décadas. HINES JR., James. Taxing consumption and other sins. *Journal of Economic Perspectives* vol. 21, n. 1 (2007), p. 49-54.

³⁹ YEOMANS, Harry. Taxation, state formation, and governmentality: the historical development of alcohol excise duties in England and Wales. *Social Science History* vol. 42, n. 2 (2018), p. 272.

⁴⁰ OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 1. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>.

⁴¹ A propósito, Adam Smith já havia observado, no clássico *A riqueza das nações*, em 1776, que produtos como o rum e o tabaco seriam extremamente apropriados para tributação, pelas suas características de consu-

Além do supramencionado registro de mais de 2.300 anos referente à tributação da cerveja no Egito antigo, merecem menção outros exemplos históricos de tributos seletivos sobre bebidas alcoólicas, que refletem as persistentes preocupações sociais com os problemas potenciais do consumo destes bens⁴².

Na Inglaterra, o primeiro registro de tributo seletivo sobre bebidas alcoólicas data de 1643, quando foi instituída a tributação sobre o vinho e a cerveja, ostensivamente explicada pela Coroa como um instrumento de financiamento dos gastos militares ingleses da época, mas que encontrou apoio na sociedade também em virtude de questões morais e da percepção de que o consumo destes produtos deveria ser limitado⁴³.

No século seguinte, em 1729, o alto consumo de gin e o preço módico desta bebida⁴⁴ motivaram o governo inglês a adotar um tributo seletivo que incidia especificamente sobre tal bebida, com clara função indutora, para encarecer esta bebida a ponto de reduzir seu consumo e combater o alcoolismo. Como reação à nova tributação e ao expressivo aumento de preço do gin⁴⁵, a população passou a substituí-lo por alternativas semelhantes baratas, como o *parlament brandy*, de qualidade inferior e ainda mais danosas à saúde, frustrando os objetivos de combate ao alcoolismo. Esse fenômeno levou o governo inglês a revogar a lei original, em 1733, e a ditar uma nova, em 1736, que passava a tributar de forma seletiva uma gama mais ampla de bebidas alcoólicas. Esta lei também não surtiu os efeitos pretendidos, pois o mercado se adaptou e passou a vender bebidas alcoólicas com nomes diferentes daqueles arrolados na norma, de modo a evitar a tributação. Finalmente, em 1743 foi instituída nova tributação sobre bebidas alcoólicas, com incidência menor, suavizando o objetivo extrafiscal de reduzir o consumo e privilegiando a arrecadação, tão cara no contexto da época, em que a Coroa buscava receitas para financiar a guerra com a Espanha⁴⁶.

Nos EUA, durante a presidência de George Washington, implementou-se em 1791 a tributação diferenciada de destilados, para ajudar a pagar a dívida pública da Guerra

mo quase universal e de não prescindibilidade para a vida das pessoas. *Wealth of Nations*, livro V, cap. III. Disponível em: https://publicpolicy.pepperdine.edu/academics/research/faculty-research/intellectual-foundations/17th-18th-century/book_five.htm.

⁴² YEOMANS, Harry. Taxation, state formation, and governmentality: the historical development of alcohol excise duties in England and Wales. *Social Science History* vol. 42, n. 2 (2018), p. 279.

⁴³ YEOMANS, Harry. Taxation, state formation, and governmentality: the historical development of alcohol excise duties in England and Wales. *Social Science History* vol. 42, n. 2 (2018), p. 272. O autor nota que há registros ainda mais antigos de uso de tributos seletivos sobre bebidas alcoólicas na Holanda e na França.

⁴⁴ O preço módico havia sido impulsionado por desonerações tributárias sobre bebidas destiladas, com o intuito de estimular sua produção e gerar demanda para o excesso de grãos produzidos pelos agricultores. THORNDIKE, Joseph. Tax history: debauched morals and all manner of vices: regulating behavior with sin taxes. *Tax notes*. 22 de março de 2023. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/tax-history-project/tax-history-debauched-morals-and-all-manner-vices-regulating-behavior-sin-taxes/2023/05/19/7gphx>.

⁴⁵ Após a tributação, o preço do gin decuplicou. THORNDIKE, Joseph. Tax history: debauched morals and all manner of vices: regulating behavior with sin taxes. *Tax notes*. 22 de março de 2023. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/tax-history-project/tax-history-debauched-morals-and-all-manner-vices-regulating-behavior-sin-taxes/2023/05/19/7gphx>.

⁴⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 111-112.

de Independência e promover a saúde pública⁴⁷, com veemente defesa do então secretário do tesouro, o federalista Alexander Hamilton⁴⁸.

A tributação seletiva de bebidas alcoólicas alcança os dias atuais, em diversos países (todos da OCDE, por exemplo⁴⁹), tendo em vista o potencial de arrecadação e a perene preocupação com os riscos de saúde pública e os problemas sociais causados pelo consumo excessivo de bebidas alcoólicas⁵⁰.

Com relação ao fumo, no início do século XVII, na Inglaterra, o Rei James I publicou um manifesto contra o tabaco, expondo os males indesejáveis que o hábito do fumo poderia provocar na sociedade, ao que se seguiu a instituição de um tributo voltado a encarecer o fumo e, assim, restringi-lo⁵¹.

Em diversos países, desde a década de 1960, quando o fumo passou a ser associado de forma mais clara a problemas de saúde, despertou-se a consciência popular para estes males e criaram-se as condições de apoio político a medidas de regulação do consumo de produtos com tabaco (incluindo, mas não se limitando aos cigarros), inclusive com a ampliação da tributação seletiva para tais produtos⁵².

Em 2022, mais de 40 países adotavam tributos altos (compreendidos como aqueles com alíquota igual ou superior a 75%) sobre produtos de tabaco, com o objetivo de encarecer estes produtos e reduzir seu consumo, conforme levantamento da OMS⁵³.

Recentemente, tem se identificado uma tendência de diminuição da base tributável dos *sin taxes* sobre produtos de tabaco e bebidas alcoólicas, em virtude do declínio do consumo destes produtos pelas gerações mais jovens. Para fazer frente à redução de arrecadação, diversos governos implementaram incrementos de alíquotas, mas este movimento tem sido suficiente para apenas preservar por curto período a arrecadação, que depois retoma seu curso de queda, em um ciclo constante de volatilidade⁵⁴.

Uma terceira categoria de *sin tax* amplamente utilizada na atualidade, especialmente nos países ricos (e, em menor grau, nos países emergentes), são os tributos ambientais (*environmental taxes*) com características de seletividade, que abrangem tributos

⁴⁷ No mesmo ano da implementação do tributo, foi deflagrada uma rebelião popular na Pensilvânia, a Revolta do Whiskey (ou Insurreição do Oeste), que substituiu até 1794 e é considerada pelos historiadores como o primeiro teste do poder da União na então jovem federação norte-americana. LIBRARY OF CONGRESS. The Whiskey Rebellion. Disponível em: <https://guides.loc.gov/this-month-in-business-history/august/whiskey-rebellion>.

⁴⁸ HAILE, Andrew J. Sin taxes: when the state becomes the sinner. *Temple Law Review* vol. 82 (2009), p. 1044.

⁴⁹ HOFFER, Adam. Global excise tax application and trends. *Tax Foundation*. 7 de abril de 2023. Disponível em: <https://taxfoundation.org/research/all/eu/global-excise-tax-policy-application-trends/>.

⁵⁰ CHALOUPIKA, Frank J. *et al.* Alcohol excise taxes as a percentage of retail alcohol prices in 26 OECD countries. 2019, p. 2. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7856250/pdf/nihms-1655647.pdf>.

⁵¹ KEEN, Michael; SLEMMOD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 184-185.

⁵² FMI. How to design and enforce tobacco excises? 2016, p. 1.

⁵³ OMS. Report on the Global Tobacco Epidemic, 2023, p. 82-83. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240077164>.

⁵⁴ HOFFER, Adam. Global excise tax application and trends. *Tax Foundation*. 7 de abril de 2023. Disponível em: <https://taxfoundation.org/research/all/eu/global-excise-tax-policy-application-trends/>.

sobre combustíveis fósseis e tributos sobre emissões (e.g., de carbono, de efluentes ou de radiação)⁵⁵.

Ademais, merece menção a tributação seletiva de drogas lícitas. Nesse contexto, além da tributação histórica do ópio, na China⁵⁶ e nos EUA⁵⁷, destacam-se as experiências recentes de tributação da maconha recreacional (*cannabis taxes*), em determinados Estados dos EUA⁵⁸, nos quais a legalização da maconha foi acompanhada da criação de *sin taxes* específicos.

Alguns países passaram, ainda, a instituir (ou a cogitar) *sin taxes* sobre alimentos processados ou altamente calóricos⁵⁹, bem como sobre bebidas açucaradas ou carbonadas (*soda taxes*)⁶⁰, como estratégia para tentar mitigar os problemas de saúde pública decorrentes do consumo destes itens, além da óbvia arrecadação adicional⁶¹.

Em alguns países também podem ser encontrados exemplos de *sin taxes* sobre estabelecimentos de entretenimento adulto⁶², mídias pornográficas⁶³ e atividades de prostituição⁶⁴,

⁵⁵ GONGUET, Fabien *et al.* Environmental taxes and government expenditures on environmental protection. In: ARSLANALP, Serkan; KOSTIAL, Kristina; QUIRÓS-ROMERO, Gabriel (ed.). *Data for a greener world: a guide for practitioners and policymakers*, 2023, p. 45-49.

⁵⁶ Desde a Dinastia Qing até a década de 1930. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 192.

⁵⁷ Em 1914, o Harrison Narcotics Act regulou a produção, importação e distribuição de opioides e de produtos de coca, estabelecendo um tributo federal sobre estas atividades. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 193.

⁵⁸ Levantamento de agosto de 2023 do Urban Institute identificou 20 Estados nos EUA com tributos seletivos sobre a maconha recreacional. URBAN INSTITUTE. *Cannabis taxes*. 2023. Disponível em: <https://www.urban.org/policy-centers/cross-center-initiatives/state-and-local-finance-initiative/state-and-local-backgrounders/marijuana-taxes>. No Colorado a arrecadação de *sin taxes* sobre a maconha já é mais do que o dobro da arrecadação de *sin taxes* sobre bebidas alcoólicas. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 193.

⁵⁹ E.g., o tributo húngaro sobre alimentos com alto teor de açúcar, sal ou cafeína. MANSOUR, Mario; PETIT, Patrick; WINGENDER, Philip. *How to apply excise taxes to fight obesity*. IMF Fiscal Affairs Department, p. 7.

⁶⁰ Exemplos de *soda taxes* podem ser encontrados em algumas cidades dos EUA (e.g., Berkeley, na Califórnia), no Chile, no México, na França, na Irlanda, na Noruega e no Reino Unido. KANAVOS, Panos; MILLS, Mackenzie; MIRACOLO, Aurelio; SOPHIEA, Marisa. Sin taxes and their effect on consumption, revenue generation and health improvement: a systematic literature review in Latin America. *Health policy and planning*, 2021, p. 5; e KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 194.

⁶¹ Em 1914, o Presidente norte-americano Woodrow Wilson havia sugerido ao Congresso a criação de tributos sobre refrigerantes, medicamentos e cerveja, como instrumentos de arrecadação adicional para fazer frente às necessidades de receita durante a I Guerra Mundial. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 194.

⁶² Os Estados do Texas e de Utah, nos EUA, impõem tributos especiais sobre clubes de *strip-tease*. Estes tributos costumam ser coloquialmente conhecidos como *pole taxes* (em referência à prática de *pole dancing*).

⁶³ Na Itália há um tributo de 25%, adicional ao IVA, sobre material pornográfico. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 192.

⁶⁴ O estado de Nevada, o único nos EUA em que a prostituição é legalizada (em alguns condados), impõe uma tributação.

estes últimos remetendo aos exemplos históricos da *pornikon telos* de Atenas⁶⁵ e do tributo criado por Calígula em Roma⁶⁶.

Outros exemplos de *sin taxes* também podem ser identificados na prática internacional, tanto vigentes quanto em debate, tais como os tributos sobre jogos de azar⁶⁷, armas de fogo⁶⁸, bronzamento artificial⁶⁹, carne de origem animal⁷⁰ e plásticos⁷¹.

2.2. Design

Na teoria pigouviana, para que a tributação seletiva cumpra seu objetivo essencial, a incidência deve ser quantificada para equivaler ao valor monetário da externalidade negativa gerada para terceiros, de modo a “internalizar” este custo social⁷².

Essa quantificação, contudo, é maior dificuldade no desenho dos tributos seletivos⁷³, reveste-se de alta complexidade na prática, inexistindo uma fórmula ou um número universal⁷⁴.

Os *sin taxes* podem ser estruturados com cobrança unitária (e.g., preço por galão, maço, litro etc.) ou *ad valorem* (porcentagem sobre o valor), havendo vantagens e desvantagens em cada uma dessas alternativas, que devem ser cuidadosamente avaliadas pelos governos⁷⁵.

Na aplicação de um *sin tax*, o aumento do preço pós-tributo envolve tanto um aspecto absoluto (o bem ou serviço em si ficando mais caro em relação ao ponto anterior de precificação) quanto um aspecto relativo (o bem ou serviço ficando mais caro em comparação a outros bens ou serviços que não sejam objeto da tributação seletiva)⁷⁶.

⁶⁵ Tributo especial que incidia sobre as prostitutas. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 191.

⁶⁶ KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 191.

⁶⁷ Por exemplo, nos EUA, tanto para cassinos terrestres quanto fluviais, nos Estados em que o jogo é lícito em reservas indígenas. HOFFER, Adam J.; SHUGHART II, William F.; THOMAS, Michael D. Sin taxes and industry: revenue, paternalism, and political interest. *The Independent Review* vol. 19, n. 1 (2014), p. 48-50. Sobre a tributação dos jogos de azar nos anos 1950 nos EUA, no âmbito do New Deal. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 123.

⁶⁸ O U.S. National Firearms Act, de 1934, instituiu uma tributação federal, ainda vigente, sobre a fabricação e a transferência de armas de fogo.

⁶⁹ Nos EUA, a partir de 2010, no âmbito do Affordable Care Act, diante do risco de câncer de pele. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 195.

⁷⁰ PETA. Should there be a tax on meat? New study shows many americans support the idea. 2022. Disponível em: <https://www.peta.org/features/tax-meat/>.

⁷¹ KPMG. Plastic tax. 2021. Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/09/plastic-tax.pdf>.

⁷² KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 179.

⁷³ MANKIW, Gregory. Smart taxes: an open invitation to join the Pigou club. *Eastern Economic Journal* vol. 35 (2009), p. 16.

⁷⁴ KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 182.

⁷⁵ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 9.

⁷⁶ OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 3. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>.

Ademais, a magnitude de aumento do preço em razão da incidência do tributo parece relevante, pois quanto mais caro for o preço, tenderá a ser maior também o impacto de dissuasão do consumo do bem ou serviço tributado⁷⁷.

Idealmente, o *sin tax* deve ser desenhado de forma linear, adotando alíquota única, sem diferenciações – ou com o mínimo possível delas – entre categorias do bem ou serviço tributado, reduzindo assim a complexidade da norma e limitando o espaço para os ofertantes e consumidores ajustarem seus comportamentos buscando evitar o tributo⁷⁸.

Para preservar a eficácia dos *sin taxes*, o governo deve monitorar as variações de preços e inflação de forma contínua, para poder fazer os ajustes necessários na incidência de tais tributos sobre os bens e serviços alcançados⁷⁹.

A introdução de *sin taxes* deve, ainda, vir acompanhada de um sistema de acompanhamento e avaliação continuada, para que os dados relevantes – da arrecadação, de seu impacto nos comportamentos afetados e dos respectivos resultados – sejam analisados e possam informar ajustes voltados a aprimorar (ou revisar e até revogar, em casos extremos) as normas de tais tributos⁸⁰.

2.3. Problemas potenciais: ineficiências, distorções alocativas e regressividade

Mesmo quando bem desenhados, os *sin taxes* implicam incertezas quanto ao real impacto de redução da atividade tributada⁸¹.

A mudança de comportamentos dos consumidores certamente envolve uma ampla gama de variáveis, que abrangem as características de mercado, a sensibilidade ao preço (a qual, por exemplo, pode ser distinta conforme o nível de renda do consumidor), a demografia do público consumidor, a existência de alternativas de consumo, a interação com outras políticas públicas – especialmente de regulação – e as preferências individuais.

Nesse contexto, os comportamentos em diferentes segmentos de mercado tendem a ser distintos, com variações de elasticidades a depender das categorias de produtos e preços, dentre outros. No caso dos cigarros, por exemplo, o aumento de preços decor-

⁷⁷ Cf., no caso dos produtos de tabaco, OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 3. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>.

⁷⁸ BRUMBY, Jim. The seven salvos of sin (taxes). *World Bank Blog*. 25 de março de 2014. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/health/seven-salvos-sin-taxes>. Como observa o autor, “more tiers create more tears” (“mais camadas geram mais choro”, em tradução livre). No mesmo sentido, cf. OMS. Report on the global tobacco epidemic, 2023, p. 81. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240077164>.

⁷⁹ Report on the global tobacco epidemic, 2023, p. 81. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240077164>.

⁸⁰ BRUMBY, Jim. The seven salvos of sin (taxes). *World Bank Blog*. 25 de março de 2014. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/health/seven-salvos-sin-taxes>. Como observa o autor, o mundo está repleto de políticas fundadas em boas ideias e intenções, mas que acabam falhando e atingir seus objetivos.

⁸¹ MCLURE JR., Charles E.; THURSK, Wayne R. The inequity of taxing iniquity: a plea for reduced sumptuary taxes in developing countries. *Economic Development and Cultural Change* vol. 26, no. 3 (Apr., 1978), p. 498; e KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 197.

rente da incidência de um *sin tax* pode influenciar os fumantes a mudar para categorias (marcas) inferiores, mais baratas⁸².

No caso dos produtos de tabaco, a OMS traz dados empíricos que parecem suportar de forma sólida a eficácia da tributação seletiva para mitigar as externalidades do fumo⁸³ e até mesmo reduzir o número de óbitos de fumantes⁸⁴, embora a interação de outras políticas públicas (e.g., de restrição do fumo em lugares públicos) certamente contribua para tal resultado⁸⁵. Para outros bens e serviços, há discussão na literatura sobre os reais impactos demonstrados⁸⁶.

Como se viu acima, as políticas de regulação e de tributação de bens e serviços nocivos costumam ser adotadas de forma conjugada e não alternativa, o que exige que se faça uma análise dos impactos gerados pelo conjunto destas políticas⁸⁷.

Os *sin taxes* podem, ainda, gerar mudanças comportamentais adversas e indesejadas⁸⁸.

Nesse ponto, o caso da Dinamarca é emblemático. A partir da instituição de um *sin tax* sobre alimentos altamente calóricos em 2011, que elevou o preço de alguns produtos em cerca de 30%, parcela considerável da população dinamarquesa (algumas estimativas apontam que esse contingente chegaria a quase metade da população) passou a atravessar a fronteira para comprar estes produtos na Alemanha e na Suécia⁸⁹.

Na discussão da eficácia dos *sin taxes*, uma questão central é se os consumidores não estariam simplesmente migrando para alternativas menos tributadas (*switching effect*). No México, por exemplo, as vendas de cerveja aumentaram após a criação de *soda taxes*⁹⁰.

⁸² BRUMBY, Jim. The seven salvos of sin (taxes). *World Bank Blog*, 25 de março de 2014. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/health/seven-salvos-sin-taxes>.

⁸³ Segundo a OMS, para cada ponto percentual de aumento da tributação seletiva, na média, a redução de consumo de produtos de tabaco é de 4% nos países ricos e de 5% nos países emergentes. OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 3. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>.

⁸⁴ Report on the global tobacco epidemic, 2023, p. 81. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240077164>.

⁸⁵ FMI. How to design and enforce tobacco excises? 2016, p. 2.

⁸⁶ De outra parte, podem ser encontrados estudos que avaliam de forma positiva os impactos dos *sin taxes* e recomendam seu uso. Nesse sentido, cf. KANAVOS, Panos; MILLS, Mackenzie; MIRACOLO, Aurelio; SOPHIEA, Marisa. Sin taxes and their effect on consumption, revenue generation and health improvement: a systematic literature review in Latin America. *Health Policy and Planning*, 2021, p. 1.

⁸⁷ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 16.

⁸⁸ Os impactos comportamentais adversos são rechaçados pelos defensores da tributação seletiva, que colocam em dúvida o real impacto de distorções econômicas desta tributação e apontam uma falsa dicotomia na proteção do bem-estar das pessoas e na eficiência alocativa. E.g., no caso dos tributos sobre produtos de tabaco, cf. OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 1. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>.

⁸⁹ KEEN, Michael; SLEMRD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 194. Esse fenômeno, conhecido como *cross-border shopping*, exige que os governos considerem de forma atenta, para a fixação das alíquotas dos *sin taxes*, os preços praticados nos mercados vizinhos. BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 17.

⁹⁰ KEEN, Michael; SLEMRD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 195.

Outro fenômeno que pode ser estimulado pelo encarecimento provocado pelos *sin taxes* sobre os bens e serviços tributados é o fortalecimento do mercado paralelo⁹¹, de oferta de bens contrabandeados (e.g., cigarros importados ilegalmente)⁹², bens produzidos de forma irregular (e.g., bebidas alcoólicas fabricadas sem as licenças e autorizações aplicáveis) e serviços prestados clandestinamente, o que pode oferecer riscos ainda maiores à saúde e à segurança dos consumidores.

Em determinados casos será possível alcançar os mesmos objetivos de política pública (como a redução do tabagismo ou o consumo de alimentos processados) por outros instrumentos regulatórios⁹³, com maior eficiência e sem replicar os efeitos colaterais e distorções dos *sin taxes*.

Por fim, a doutrina também discute o problema da regressividade nos *sin taxes*, observando que estes tributos afetariam de forma desproporcional os indivíduos de baixa renda, uma vez que o impacto nos preços⁹⁴ causado pela tributação seletiva oneraria de forma mais intensa os consumidores mais pobres (i.e., em termos relativos, quanto maior a renda do consumidor, menor o impacto do tributo em relação à sua renda)⁹⁵.

Não obstante o mérito dessa discussão, ela não parece trazer uma dificuldade intransponível para os *sin taxes*⁹⁶, e deve ser conciliada com análises do perfil de gastos dos consumidores (que pode ser diferente para cada extrato social)⁹⁷, e com uma avaliação mais compreensiva do sistema tributário como um todo, em vez da mensuração do impacto singular de um único tributo, para que se chegue a uma análise mais precisa sobre os efeitos regressivos dos *sin taxes*⁹⁸.

⁹¹ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 17.

⁹² A OMS, contudo, refuta esse risco, afirmando que ele não seria amparado por evidências empíricas, e observa que é perfeitamente possível ter políticas públicas bem-sucedidas no combate ao contrabando mesmo diante da adoção de *sin taxes* com alíquotas altas. OMS. Report on the global tobacco epidemic, 2023, p. 81. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240077164>.

⁹³ MCLURE JR., Charles E.; THURSK, Wayne R. The inequity of taxing iniquity: a plea for reduced summptuary taxes in developing countries. *Economic Development and Cultural Change* vol. 26, no. 3 (Apr., 1978), p. 499.

⁹⁴ Por óbvio, essa discussão deve levar em conta, em cada caso concreto, o impacto real da incidência econômica do tributo, para determinar quanto do custo tributário é efetivamente transferido ao consumidor por meio do aumento do preço do bem ou serviço tributado. Isso depende de condições macroeconômicas, características de mercado e elasticidades de oferta e demanda. Mas, de modo geral, no caso dos *sin taxes*, as evidências empíricas indicam que em grande medida o tributo tem seu custo refletido no preço final para o consumidor. BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 14.

⁹⁵ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 14.

⁹⁶ MANKIWI, Gregory. Smart taxes: an open invitation to join the Pigou club. *Eastern Economic Journal*, vol. 35 (2009), p. 22.

⁹⁷ A avaliação abstrata a partir de estratos de renda dos consumidores, a regressividade concreta de tributos seletivos deve ser mensurada com base em dados de gastos de cada estrato social com o bem ou serviço consumido, uma vez que o perfil de consumo pode variar de acordo com o estrato. Nesse sentido, o estudo de James Poterba, questionando os argumentos de regressividade da tributação seletiva de gasolina nos EUA, ao observar que pessoas mais pobres tendem a usar de forma predominante o transporte público e, portanto, consumir menos gasolina. POTERBA, James M. Is the gasoline tax regressive? *Tax Policy and the Economy* vol. 5, 1991, p. 145-164.

⁹⁸ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 14.

2.4. Potencial arrecadatário

Considerando o potencial de arrecadação adicional que os *sin taxes* trazem e sua facilidade de administração⁹⁹, aliados a um grau de aceitação social e política relativamente alto¹⁰⁰, estes tributos tendem a se tornar extremamente atraentes para os governos, especialmente quando estão enfrentando dificuldades financeiras e pressões sobre o gasto público¹⁰¹.

As análises de política fiscal do governo sobre o mérito e o design de *sin taxes* devem considerar, em primeiro plano e de forma central, o objetivo de extrafiscalidade destes tributos, que visa (i) reduzir o consumo do bem ou serviço tributado e (ii) mitigar as externalidades negativas associadas a tal consumo. O objetivo fiscal, de arrecadação de receitas, certamente tem sua relevância e merece atenção, mas não pode ser o propulsor das decisões sobre os *sin taxes*, devendo ficar em segundo plano¹⁰².

Na verdade, os governos não devem mirar nos *sin taxes* como instrumentos de arrecadação perene e estável. Isso porque, quanto mais bem-sucedidas forem as políticas públicas de dissuasão do consumo do bem ou serviço indesejável – incluindo pela via da tributação seletiva –, menor será a arrecadação. Afinal, os *sin taxes*, por definição, incidem sobre bases tributáveis que deveriam ser reduzidas com a imposição do tributo¹⁰³.

A utilização desarrazoada dos *sin taxes* como ferramenta essencialmente fiscal envolve um *dilema* ético problemático, pois quando o governo se torna dependente destes tributos para financiar despesas públicas essenciais, cria-se um conflito de interesse entre a proteção dos cidadãos e a necessidade de consumo continuado dos bens e serviços tributados (para assegurar a arrecadação). O governo, assim, passa a ter um incentivo perverso, alinhado aos dos ofertantes dos produtos sujeitos à incidência de *sin taxes*, de aumentar as vendas destes produtos e maximizar seu consumo, não obstante os impactos adversos que isso venha a causar para a sociedade¹⁰⁴.

Os *sin taxes* trazem dois objetivos essenciais que, de certo modo, são contraditórios e parecem irreconciliáveis. O objetivo arrecadatário será atendido com maior eficácia se

⁹⁹ MANKIWI, Gregory. Smart taxes: an open invitation to join the Pigou club. *Eastern Economic Journal* vol. 35, 2009, p. 16; e BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 17.

¹⁰⁰ A tributação intensiva de “males” costuma ter maior aceitação social, dando vida à máxima “tax bads, not goods”. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 179; e BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 6.

¹⁰¹ HAILE, Andrew J. Sin taxes: when the state becomes the sinner. *Temple Law Review* vol. 82, 2009, p. 1046.

¹⁰² Essa recomendação contrasta com a prática de diversos países, que acabam utilizando os *sin taxes* como instrumentos primordialmente arrecadatários. Isso se verifica, especialmente, no caso dos tributos sobre produtos de tabaco, embora se possa identificar uma tendência gradual, em determinados países, de valorização dos objetivos extrafiscais nas decisões de política fiscal sobre estes tributos. OMS. Technical manual on tobacco tax policy and administration. 2021, p. 1. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340659/9789240019188-eng.pdf?sequence=1>.

¹⁰³ BRAY, Sean; HOFFER, Adam; WEIGEL, Cecilia Perez. Shrinking revenue from sin taxes: a small price to pay for healthier behaviour. 31 de março de 2023. Disponível em: <https://taxfoundation.org/blog/uk-budget-gap-excise-taxes/>.

¹⁰⁴ HAILE, Andrew J. Sin taxes: when the state becomes the sinner. *Temple Law Review* vol. 82, 2009, p. 1043.

o consumo dos produtos tributados for preservado – ou até ampliado, ao passo em que o objetivo extrafiscal exige, para que seja atendido, a dissuasão e a redução do consumo¹⁰⁵.

Essa tensão fundamental¹⁰⁶, entre o impulso regulatório do Estado e a intenção de modificar comportamentos dos cidadãos, de um lado, e o apetite regulatório, de outro, é algo inerente aos *sin taxes*¹⁰⁷, exigindo dos Estados que tomem uma decisão informada sobre qual objetivo deve ser priorizado.

III. Prática brasileira

3.1. Evolução

Historicamente, a figura dos *sin taxes* foi estranha à realidade do direito tributário brasileiro¹⁰⁸, embora objetivos análogos de extrafiscalidade com seletividade tivessem sido perseguidos com o uso de incidências majoradas de tributos gerais sobre o consumo¹⁰⁹, como o ICMS e o IPI sobre cigarros¹¹⁰ e bebidas alcoólicas.

Vale, aqui, esclarecer que a seletividade disciplinada no texto da Constituição Federal trata de gradação de alíquotas conforme a essencialidade do bem tributado¹¹¹, em

¹⁰⁵ BIRD, Richard M. Tobacco and alcohol excise taxes for improving public health and revenue outcomes – marrying sin and virtue? *World Bank Policy Research Working Paper*, p. 19-20. Conforme ensina Luís Eduardo Schoueri, “a norma tributária indutora terá, idealmente, efeito não arrecadatário, já que tanto maior será o sucesso daquela, quanto menor for o universo de contribuintes dispostos a incorrer no fato gerador agravado”. Citando lição de Alberto Deodato, o autor conclui: “[há] impostos cuja finalidade não é render; é deixar de render”. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 205.

¹⁰⁶ Como observa Ricardo Lobo Torres, “[o] poder de tributar, por conseguinte, está em permanente tensão com a *policy*, econômica (extrafiscalidade, regulação da concorrência e proteção do consumidor) ou social parafiscalidade e proteção dos direitos sociais”. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. vol. I, p. 388.

¹⁰⁷ THORNDIKE, Joseph. Tax history: debauched morals and all manner of vices: regulating behavior with sin taxes. 22 de março de 2023. *Tax notes*. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/tax-history-project/tax-history-debauched-morals-and-all-manner-vices-regulating-behavior-sin-taxes/2023/05/19/7gphx>.

¹⁰⁸ A Cide-Combustíveis nos parece também distinta de um *sin tax*, pois apesar de adotar nítida função extrafiscal, esta contribuição de intervenção sobre o domínio econômico tem incidência limitada, com alíquotas baixas e, em determinadas situações, até com alíquota zero. Entendemos que se trata de um tributo com papel regulatório de corrigir falhas do mercado de combustíveis e ajustar oferta e demanda, mas sem qualquer traço de política pública de qualificação do consumo destes bens como algo nocivo e indesejável e, portanto, sem o intuito de reduzir tal consumo de forma consistente.

¹⁰⁹ Nesse sentido, cf. SCAFF, Fernando Facury. A proposta de Paulo Guedes para tributação do pecado e do sexo. *Conjur*, 27 de janeiro de 2020.

¹¹⁰ No regime geral, o IPI incide com uma alíquota *ad valorem* de 300%, aplicada sobre 15% do preço de venda no varejo, que resulta em uma alíquota efetiva de 45%. Caso o fabricante ou importador de cigarros opte pelo regime especial de apuração e recolhimento do IPI, o valor do imposto será obtido pelo somatório de uma parcela *ad valorem* (calculada da mesma forma que o regime geral) e outra específica. A carga tributária total sobre os cigarros, estimada pelo Instituto Nacional de Câncer – Inca, varia de 79% a 83% (abrangendo IPI, ICMS, PIS e Cofins). INCA. Preços e impostos. 2 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/gestor-e-profissional-de-saude/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/politica-nacional/precos-e-impostos#:~:text=Novo%20sistema%20de%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20do%20IPI&text=A%20regra%20geral%20de%20tributa%C3%A7%C3%A3o,sobre%20o%20pre%C3%A7o%20de%20venda>.

¹¹¹ No sistema tributário constitucional, adotou-se o parâmetro da essencialidade, pelo qual os produtos mais imprescindíveis, ligados à ideia do mínimo existencial, sofreriam uma incidência menor de impostos sobre consumo, como nos casos do IPI – no inciso I do § 3º do art. 153 – e do ICMS – no inciso III do § 2º

acepção diversa daquela empregada na qualificação dos tributos como “seletivos”¹¹², como é o caso dos *sin taxes*, em que há seletividade.

No momento que se escreve este texto, tramita no Congresso a PEC 45/2019, que trata da reforma do sistema tributário nacional para, dentre outras medidas, substituir tributos federais e subnacionais de consumo¹¹³ por uma nova sistemática de IVA dual (Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS, com receita destinada à União, e Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, com receita compartilhada entre estados e municípios)¹¹⁴.

Considerando que, como regra, o IBS e a CBS não terão alíquotas diferenciadas por produto (ou serviço), a PEC 45 propõe também a criação de um novo tributo, designado Imposto Seletivo (“IS”)¹¹⁵, que incidiria de forma adicional – i.e., sem prejuízo da incidência regular do IBS e da CBS – em bens e serviços específicos que sejam prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, conforme se explicará em detalhes a seguir.

3.2. Contornos do Imposto Seletivo na Reforma Tributária (PEC 45)

Para a criação do IS, a PEC 45 adiciona um inciso (VIII) no art. 153 da Constituição Federal, que trata da competência da União para instituir impostos, e detalha o escopo e as limitações do novo tributo no § 6º, inserido no mesmo artigo. Vejamos:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
[...]

do art. 155 (no primeiro caso com aplicação obrigatória e, no segundo caso, com aplicação facultativa. A seletividade, no texto constitucional, é um instrumento de concretização da capacidade contributiva e da justiça distributiva. Como explica Luís Eduardo Schoueri, a identificação da capacidade contributiva não é imediata nos tributos incidentes nas operações de consumo, de modo que estes podem acabar por atingir os consumidores com capacidade contributiva reduzida. É por conta disso que surge a ideia da seletividade: busca-se proteger aquele que vive em seu mínimo existencial, de forma que os produtos mais essenciais a todos não terão seu custo tão impactado pela tributação. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 434. Exemplo relevante da seletividade pautada na essencialidade é a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no tema n. 745 de repercussão geral, pelo qual a Corte entendeu que seria inconstitucional a previsão de alíquotas de ICMS sobre operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral.

¹¹² Nesse sentido também a opinião de Sergio André Rocha. Reforma tributária e o Imposto Seletivo. Conjur, 28 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-28/sergio-andre-rocha-reforma-tributaria-chamado-imposto-seletivo>.

¹¹³ A proposta extingue cinco tributos – ISS, ICMS, IPI, PIS e Cofins.

¹¹⁴ Originária da Câmara dos Deputados, a PEC 45 foi aprovada naquela Casa no dia 7 de julho de 2023 e remetida ao Senado Federal no dia 3 de agosto do mesmo ano. O Presidente do Senado determinou a tramitação conjunta desta PEC com as PECs 110/2019 e 46/2022, por tratarem de temas correlatos. No dia 25 de outubro de 2023 foi apresentado parecer, para apreciação da Comissão de Constituição e Justiça, de autoria do Senador Eduardo Braga, designado relator da matéria. O texto recebeu 665 propostas de emendas, apresentadas na Câmara e no Senado, do início de sua tramitação até a apresentação do referido parecer.

¹¹⁵ Embora se pudesse cogitar, como sugerem Fernando Facury Scaff e Sergio André Rocha, que a incidência diferenciada para bens e serviços com externalidades negativas relacionadas à saúde e ao meio ambiente fosse feita no âmbito do próprio IVA dual (i.e., do IBS e da CBS), tendo em vista que o ideal de neutralidade plena do IVA já teria sido abandonado na PEC 45 com a criação de diversas exceções e possibilidades de regimes diferenciados favorecidos. SCAFF, Fernando Facury. Crítica construtiva sobre o supérfluo Imposto Seletivo da PEC 45-A. Conjur, 07/08/23; e ROCHA, Sergio André. Reforma tributária e o Imposto Seletivo. Conjur, 28 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-28/sergio-andre-rocha-reforma-tributaria-chamado-imposto-seletivo>.

VIII – produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar.

[...]

§ 6º O imposto previsto no inciso VIII terá finalidade extrafiscal e:

I – não incidirá sobre as exportações nem sobre as operações com energia elétrica e com telecomunicações;

II – poderá incidir sobre armas e munições, exceto quando destinadas à administração pública;

III – incidirá uma única vez sobre o bem ou serviço;

IV – não integrará sua própria base de cálculo;

V – integrará a base de cálculo dos tributos previstos nos arts. 155, II, 156, III, 156-A e 195, V;

VI – poderá ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de outros tributos.

VII – terá suas alíquotas fixadas em lei ordinária, podendo ser específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*.

VIII – na extração, o imposto será cobrado independentemente da destinação, caso em que a alíquota máxima corresponderá a 1% (um por cento) do valor de mercado do produto.”

Como se vê a partir do dispositivo acima transcrito, o IS está previsto no texto da PEC 45 como de competência exclusiva da União, que somente poderá instituir este tributo por meio de lei complementar.

A incidência do IS será limitada à produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, bem como sobre armas de fogo e munições (exceto quando destinadas à administração pública), com imunidade expressa para as exportações e as operações com energia elétrica e telecomunicações.

O IS poderá ter o mesmo fato gerador e base de cálculo de outros tributos e terá as alíquotas fixadas em lei ordinária (específicas, por unidade de medida adotada, ou *ad valorem*). No caso das operações de extração, o imposto será cobrado independentemente da destinação, com alíquota máxima correspondente a 1% do valor de mercado do produto.

O IS deverá adotar a sistemática monofásica, não podendo incidir mais de uma vez sobre o mesmo bem ou serviço. Além disso, o cálculo do IS deverá ser feito sem que ele integre sua própria base de cálculo (i.e., o cálculo será feito “por fora” e não “por dentro”)¹¹⁶, mas tal tributo integrará as bases de cálculos do IBS e da CBS¹¹⁷.

O dispositivo prevê ainda, em seu § 6º, que o IS terá explícita finalidade extrafiscal, o que por óbvio não afasta a sua função fiscal (arrecadatória). A extrafiscalidade, aqui, parece ter o intuito específico de desestimular a produção e o consumo dos bens e serviços nocivos à saúde ou ao meio ambiente que sejam tributados¹¹⁸.

¹¹⁶ O IBS e a CBS também não deverão integrar o cálculo do IS, conforme determinam, respectivamente, as redações propostas para o art. 156-A, § 1º, IX, e para o art. 195, § 17, da Constituição Federal.

¹¹⁷ E, durante o período de transição previsto pela PEC 45, também do ICMS e do ISS.

¹¹⁸ Conforme se afirma na página 6 do Relatório Legislativo apresentado em 25 de outubro de 2023 à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, de autoria do relator da matéria, Senador Eduardo Braga.

Por fim, cabe mencionar que 60% da receita arrecadada com o IS será partilhada com os entes subnacionais da Federação (Estados-membros, Distrito Federal e municípios), nos termos da nova redação do art. 159 da Constituição Federal.

A cobrança do IS seria iniciada em 2027, de forma concomitante à extinção do IPI, conforme prevê a PEC 45 por meio do novo art. 126 do ADCT¹¹⁹.

Por fim, causa estranheza que se esteja cogitando da criação do ISS sem discutir, de forma concomitante, os subsídios e incentivos fiscais aos produtos nocivos à saúde e ao meio ambiente, como os alimentos processados e as bebidas. Embora a introdução do IS pudesse permitir a correção desta distorção¹²⁰, parece mais fácil e eficiente simplesmente eliminar tais benefícios para equalizar a carga tributária incidente sobre tais produtos¹²¹.

3.3. Análise crítica do Imposto Seletivo

O texto revisado da PEC 45 traz melhorias, na disciplina do IS, em relação à versão anterior, que havia sido aprovada na Câmara dos Deputados com escopo menos restritivo para o tributo¹²² (o que o tornava suspeitamente similar ao IPI¹²³), mas há ainda pontos sensíveis que merecem críticas e geram ampla preocupação em relação ao futuro deste imposto.

Para que se desenvolvam tais críticas, primeiramente é necessário compreender que o IS está sendo proposto, de forma explícita, como um tributo *seletivo*. Não na acepção tradicional do nosso conceito constitucional de seletividade, enquanto critério de essencialidade para concretização da capacidade contributiva, mas no sentido de seletividade enquanto técnica de singularização de determinados bens e serviços para o alcance da tributação, como nítida função indutora (extrafiscal) de desestímulo ao consu-

¹¹⁹ Na hipótese de o IPI não ser extinto em razão do descumprimento da condição prevista na PEC 45, o texto da emenda constitucional prevê que as alíquotas deste imposto ficam reduzidas a zero, exceto em relação aos produtos que tenham industrialização incentivada na Zona Franca de Manaus, conforme critérios estabelecidos em lei complementar, e que fica vedada sua incidência cumulativa com o IS.

¹²⁰ Nesse sentido, discutindo os impostos seletivos com base no texto da PEC 45, cf. PISCITELLI, Tathiane. Imposto Seletivo na PEC 45: incidência muito além dos males à saúde e ao meio ambiente. *Valor Econômico*, 23 de agosto de 2023.

¹²¹ Nesse sentido, sem fazer referência específica ao caso brasileiro, cf. KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. *Rebellion, rascals, and revenue: tax follies and wisdom through the ages*. Princeton: Princeton University Press, 2021, p. 195.

¹²² Dentre outras falhas, o texto do IS constante da versão da PEC 45 aprovada na Câmara dos Deputados não previa a extrafiscalidade explícita, não restringia a incidência para a sistemática monofásica, não dispunha sobre o cálculo “por fora” e previa tratamento diferenciado (protetivo) para produtos originados na Zona Franca de Manaus. Aquele texto mereceu intensas críticas da doutrina pátria. Nesse sentido, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Rogai por nós, pecadores. *LinkedIn*. 31 de julho de 2023. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/lu%C3%ADs-eduardo-schoueri-70159811_rogai-por-n%C3%B3s-pecadores-alcunhado-imposto-activity-7091836913715732480-5Lpe?utm_source=share&utm_medium=member_desktop; SCAFF, Fernando Facury. Crítica construtiva sobre o supérfluo Imposto Seletivo da PEC 45-A. *Conjur*, 7 de agosto de 2023; PISCITELLI, Tathiane. Imposto Seletivo na PEC 45: incidência muito além dos males à saúde e ao meio ambiente. *Valor Econômico*, 23 de agosto de 2023; e ROCHA, Sergio André. Reforma tributária e o Imposto Seletivo. *Conjur*, 28 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-28/sergio-andre-rocha-reforma-tributaria-chamado-imposto-seletivo>.

¹²³ SCAFF, Fernando Facury. Crítica construtiva sobre o supérfluo Imposto Seletivo da PEC 45-A. *Conjur*, 7 de agosto de 2023.

mo destes bens e serviços. O IS deveria ser, assim, um instrumento de política fiscal para a correção de externalidades negativas¹²⁴.

Para tanto, o IS deve incidir, apenas e tão somente, em casos excepcionais de bens e serviços que tenham externalidades negativas facilmente identificadas e bem compreendidas, e que justifiquem uma política pública de dissuasão de consumo. Seriam os casos, por exemplo, dos produtos de tabaco, das bebidas alcóolicas e dos combustíveis fósseis.

Com efeito, o primeiro passo para se cogitar da criação de um *sin tax* é a determinação cuidadosa de quais bens e serviços devem ser considerados como alvos adequados (o que, mantendo a terminologia, chamaríamos de “pecados”)¹²⁵.

Essa delimitação cirúrgica não parece conviver bem com a ideia de indeterminação conceitual proposta pela PEC 45, que menciona apenas o impacto de danos à saúde pública e ao meio ambiente, além da necessária extrafiscalidade, sem qualquer definição de quais bens e serviços preencheriam esse requisito de forma satisfatória (exceto pelas armas de fogo, que são o único produto explicitamente mencionado no texto da proposta)¹²⁶. Ora, a verdade é que tende ao infinito o rol de bens e serviços que poderiam causar danos à saúde e ao meio ambiente, em maior ou menor grau, o que significa praticamente uma carta branca na mão do legislador complementar para a instituição de impostos seletivos¹²⁷.

Nesse sentido, melhor a descrição do imposto seletivo que havia sido prevista no texto original da PEC 110/2019, na qual este imposto incidiria sobre energia elétrica, serviços de telecomunicações, veículos automotores novos, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, petróleo e seus derivados e cigarros e outros produtos do fumo.

A previsão de que o IS deve ser extrafiscal, conforme consta da versão revisada do texto da proposta em questão, pode ajudar a mitigar os riscos de adoção de um imposto

¹²⁴ Nesse sentido, a entrevista de Bernard Appy, Secretário Extraordinário de Reforma Tributária, a Marta Watanabe. União não terá interesse em usar Imposto Seletivo como instrumento de arrecadação, diz Appy. *Valor Econômico*, 21 de agosto de 2023.

¹²⁵ FINANCIAL TIMES. Taxing sin is better than the alternative. *Editorial*. 29 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.ft.com/content/c80737e2-7ccb-49bf-b44a-f2222e4259d6>.

¹²⁶ Também se poderia argumentar que, no caso da menção a extração, o texto da PEC está se referindo a minérios e combustíveis fósseis, portanto delimitando as atividades específicas que podem ser tributadas, embora na nossa opinião isso não fique claro (daria para se cogitar também da extração de mel, por exemplo, dentre outras formas de extração).

¹²⁷ Como bem coloca Luís Eduardo Schoueri, “[e]starrece a abertura do texto constitucional. Excetuada a rúcula orgânica, difícil será encontrar bens que não sejam prejudiciais à saúde. Isso vai da farinha branca à carne vermelha, além de qualquer bem agrícola que empregue defensivos (adeus, morango...). Quando se soma o tema da saúde e do meio ambiente, a lista é inesgotável. Dá-se carta branca ao legislador para criar o imposto que quiser, bastando invocar a saúde ou meio ambiente.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. Rogai por nós, pecadores. *LinkedIn*. 31 de julho de 2023. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/lu%C3%ADs-eduardo-schoueri-70159811-rogai-por-n%C3%B3s-pecadores-alcunhado-imposto-activity-7091836913715732480-5Lpe?utm_source=share&utm_medium=member_desktop. No mesmo sentido, a manifestação de Everardo Maciel, em audiência pública no Senado sobre a reforma tributária, afirmando temer que o Imposto Seletivo seja “uma licença para tributar qualquer coisa” e observando: “O que causa mal ao meio ambiente? Plástico? Boi no pasto? Asfalto? O que causa mal à saúde? Açúcar? Esse é um tema aberto que leva a uma carga tributária imprevisível”. AGÊNCIA SENADO. Para debatedores, reforma tributária aponta na direção certa, mas exige ajustes. 22 de agosto de 2023).

desprovido de traços substantivos de função extrafiscal, mas parece insuficiente para assegurar que o tributo em questão seja, verdadeiramente, um *sin tax*.

Para se aferir em que medida o IS poderia se caracterizar como um *sin tax*, será imprescindível saber quais as alíquotas que serão adotados nos casos concretos de instituição deste tributo. Isso porque, como já se explicou acima, o objetivo de política pública de dissuasão de comportamentos exige que se adotem alíquotas altas o bastante para encarecer os bens e serviços tributados em grau suficiente para concretizar tal dissuasão. E, se esse fenômeno se verificar, a tendência será de queda da arrecadação, como já se discutiu acima.

Evitar isso, com a adoção alíquotas mais baixas para preservar o consumo dos bens e serviços atingidos e, assim, manter o patamar de arrecadação estável, implicará transformar o IS em mero adicional de tributação com fins substancialmente arrecadatórios, esquecendo seu DNA extrafiscal.

Muito embora não haja intenção explícita do governo federal em usar o imposto seletivo como instrumento meramente arrecadatório, especialmente sob o argumento de que a partilha de receitas (de 60% do total arrecadado) com estados e municípios desestimularia esse impulso¹²⁸, nada garante que este não venha a se tornar o caso na prática, especialmente diante de cenários de pressão fiscal enfrentados pelo governo.

Perniciosa, portanto, a previsão de que o IS integrará a base de cálculo do IBS e da CBS, conforme observa Fernando Facury Scaff¹²⁹, dando a entender que se trata de técnica cuja única justificativa seria o incremento de arrecadação.

Se de um lado a partilha de receitas pode atuar como freio para o ímpeto arrecadatório do governo federal com o IS, por outro ela parece uma solução peculiar e criticável de federalismo fiscal, considerando que se trata de tributo primordialmente extrafiscal.

Tampouco parece acertada a decisão de usar a figura de um imposto para a tributação seletiva, porquanto esta espécie tributária sujeita-se ao princípio da não afetação disciplinado pelo art. 167, IV, da Constituição Federal, o que impede a vinculação das receitas do IS para programas de governo voltados a mitigar as externalidades negativas das atividades tributadas. Melhor seria, aqui, a alternativa de se adotar a figura da contribuição social¹³⁰.

Afinal, não adiantaria inserir o IS em um vácuo. A política tributária de um *sin tax* deve ser integrada às demais políticas públicas de regulação do mercado afetado, como

¹²⁸ Entrevista de Bernard Appy, Secretário Extraordinário de Reforma Tributária, a Marta Watanabe. União não terá interesse em usar Imposto Seletivo como instrumento de arrecadação, diz Appy. *Valor Econômico*, 21 de agosto de 2023.

¹²⁹ SCAFF, Fernando Facury. Crítica construtiva sobre o supérfluo Imposto Seletivo da PEC 45-A. *Conjur*, 7 de agosto de 2023.

¹³⁰ Como esclarece Luís Eduardo Schoueri, a contribuição “não entra no orçamento geral e é vinculada a um fundo. Ou seja: se o objetivo alegado do IS é cobrir os gastos extras do sistema de saúde (ou meio ambiente), que sua arrecadação seja vinculada à reparação de tais danos”. SCHOUERI, Luís Eduardo. Rogai por nós, pecadores. *LinkedIn*. 31 de julho de 2023. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/lu%C3%ADs-eduardo-schoueri-70159811_rogai-por-n%C3%B3s-pecadores-alcunhado-imposto-activity-7091836913715732480-5Lpe?utm_source=share&utm_medium=member_desktop.

um componente do arsenal destas políticas, sob pena de o tributo seletivo falhar em seus objetivos de modificação de comportamentos.

Considerações finais

Com base no exposto, pode-se concluir que ainda não é possível afirmar que estamos diante de um *sin tax* quando avaliamos o IS. Muito embora ele contenha traços gerais que permitiram a criação de tributos verdadeiramente seletivos, com extrafiscalidade justificada para mitigar o ônus de externalidades negativas de bens e serviços nocivos¹³¹, fato é que apenas saberemos ao certo quando estivermos diante de lei complementar que venha a instituir o IS.

Isso porque o texto da PEC 45 para o IS é marcado pela indeterminação constitucional sobre quais serão os alvos da tributação na prática, bem como pela indefinição de qual será a quantificação tributária efetiva, além das dúvidas sobre a efetiva destinação dos recursos arrecadados e a integração da tributação às demais políticas de saúde pública e meio ambiente.

De todo modo, seria amplamente criticável a adoção de um IS com o objetivo principal de proporcionar aumento de arrecadação tributária, descuidando da delicada e complexa discussão sobre os méritos e as fragilidades da indução de comportamentos pretendida.

Os *sin taxes* não devem ser usados pelo governo como mero instrumento de fácil arrecadação de receitas públicas, que possa ser expandido de forma conveniente para fazer frente a necessidades orçamentárias repentinas.

Não se pode correr o risco do vício da arrecadação aqui, dando vida à máxima de que “o vício do contribuinte torna-se vício do Estado”¹³², fazendo com que o IS, longe de um *sin tax*, em que se tributaria o pecado, acabe por se tornar o próprio pecado da tributação.

¹³¹ PISCITELLI, Tathiane. Imposto Seletivo na PEC 45: incidência muito além dos males à saúde e ao meio ambiente. *Valor Econômico*, 23 de agosto de 2023.

¹³² SCHOUERI, Luís Eduardo. Rogai por nós, pecadores. *LinkedIn*. 31 de julho de 2023. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/lu%C3%ADs-eduardo-schoueri-70159811_rogai-por-n%C3%B3s-pecadores-alcunhado-imposto-activity-7091836913715732480-5Lpe?utm_source=share&utm_medium=member_desktop.

Hiring Bonus. Stock Options. Contribuições Previdenciárias

José Eduardo Soares de Melo

I. Hiring bonus

Conceito e natureza

Acordo firmado entre o empregador e a pessoa que pretende trabalhar, em que o primeiro se compromete a pagar determinado valor para que o segundo assine um contrato de trabalho.

Objetiva estimular o abandono de atividade ou vínculo laboral anterior, para que o profissional vislumbre conveniência em trabalhar em outra pessoa jurídica, instituição ou entidade.

Distintas considerações acerca da natureza jurídica:

1. Indenizatória.
 - a) inexistente trabalho e salário;
 - b) etapa que precede o contrato de trabalho;
 - c) não apresenta caráter de contraprestação pelo contrato de trabalho.

Trata-se de “bônus pagos aos administradores como ‘luvas’ ou *hiring bonus*, que se revelam em proposta de trabalho e indenizam o profissional pelo seu desligamento voluntário da empresa na qual estavam, com perdas das verbas indenizatórias. O bônus é pago antes de ter se iniciado a prestação dos serviços, razão pela qual fica evidente a ausência do caráter de retributividade, e, também, o de habitualidade”¹.

A natureza mercantil decorreria da circunstância de o beneficiário receber um montante pecuniário, em razão de desligar-se de atividade anterior, que pudesse implicar perdas de vantagens (FGTS etc.), ou ônus (multas por rescisões contratuais).

2. Salarial.

Vinculação a um contrato de trabalho, sendo percebida:

- a) como contraprestação;
- b) em razão do tempo do trabalhador colocado à disposição do empregador;
- c) nos casos de interrupção dos efeitos do contrato de trabalho;
- d) quando previamente ajustado por acordo individual, coletivo ou por força de lei.

Fundamentos normativos

1. Constituição Federal.

¹ Roberto Quiroga Mosquera e Maria Isabel Tostes da Costa Bueno. Questões atinentes à remuneração de administradores: bônus, participação nos lucros e resultados e *stock options*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2010. vol. 14, p. 315.

“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) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviços, mesmo sem vínculo empregatício.”

2. Estatuto da Previdência Social

(Lei federal n. 8.212/1991)

“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.

[...]

§ 9º Não integra o salário de contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente [...].

7. as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.”

3. Consolidação das Leis do Trabalho.

“Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas.

§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador..

“Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações ‘in natura’ que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.”

4. Receita Federal do Brasil (RFB).

Solução de Consulta n. 151, de 14 de maio de 2019, da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit):

“Os prêmios excluídos da incidência das contribuições previdenciárias: (1) são aqueles pagos, exclusivamente, a segurados empregados, de forma individual ou coletiva, não alcançando os valores pagos aos segurados contribuintes individuais; (2) não se restringem a valores em dinheiro, podendo ser pagos em forma de bens ou de serviços; (3) não poderão decorrer de obrigação legal ou de ajuste expresso, hipótese em que restaria descaracterizada a liberalidade do empregador; e (4) de-

vem decorrer de desempenho superior ao ordinariamente esperado, de forma que o empregador deverá comprovar, objetivamente, qual o desempenho esperado e também o quanto esse desempenho foi superado.”

Jurisprudência

1. Administrativa (Carf).

Bônus de contratação. Ocorrência.

Para identificar se há incidência de contribuição previdenciária, necessário verificar se se trata de pagamento indenizatório ou remuneratório. Há de comprovar a retribuição do capital pelo trabalho para que configure a incidência de contribuição previdenciária.

No caso em exame verificou-se que o pagamento de bônus de contratação não remunera o trabalho, mas gratifica eventualmente funcionário pela excelência de sua competência laboral, não impondo a contraprestação de trabalho. Não havendo, portanto, fato gerador.”

(Proc. n. 17546.0000495/2007-97, Acórdão n. 2301-004.364, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, sessão de 12 de março de 2015)

“Bônus de contratação.

Não integra o conceito de salário de contribuição os valores pagos a título de bônus de contratação (também denominado de ‘luvas’ ou ‘hiring bonus’) quando não restar demonstrado que foram pagos em decorrência da prestação desse serviço.”

(Proc. n. 16327.001666/2010-12, Acórdão n. 2402-007.616, 2ª Seção de Julgamento/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, sessão de 8 de outubro de 2019)

“Bônus de contratação (*hiring bonus*). Natureza salarial. Comprovação. Ausência.

Não há que se falar que a natureza salarial do Bônus de Contratação restou comprovada, quando não são trazidos elementos de convicção acerca do vínculo de pagamento da verba com o contrato de trabalho.”

(Proc. n. 17546.000495-97, Acórdão n. 9202-009.762, CSRF/2ª Turma Ordinária, sessão de 24 de agosto de 2021).

“Bônus de contratação – ausência de caráter remuneratório. Não incidência.

Não integra o salário de contribuição o pagamento único de bônus por força de avença anterior ao contrato de trabalho, que tenha por objetivo que esse venha a ser implementado, nos casos específicos de busca por profissionais singulares. Tais valores não ostentam natureza remuneratória, posto que não decorrem de prestação de serviços de pessoa física e sim mera obrigação de fazer, promessa de contratar, não relacionada ao fato gerador das contribuições previdenciárias. Art. 63, § 8º, do Ricarf.”

(Proc. n. 16327.001665/2010-78, Acórdão n. 9202-010.360, CSRF/2ª Turma, sessão de 24 de agosto de 2022)

O voto vencedor assinala que o julgamento depende do caso concreto, ora entendendo que o valor pago, mesmo que previamente ao contrato de trabalho seria uma forma de retribuição à previsibilidade de futuro contrato de trabalho, ora entendendo que no caso concreto não foi comprovada a relação do valor pago com a contraprestação do trabalho.

No caso concreto, entendera que parte da autuação foi um pouco genérica, não trazendo maiores elementos para caracterizar a verba como remuneratória, tais como

por exemplo, saber se durante a contratação do empregado, caso haja a rescisão do mesmo, se tais verbas pagas a título de *hiring bonus* deveriam ser devolvidas, sendo que nesse caso, entenderia que o valor pago previamente pactuado estaria vinculado e condicionado ao trabalho e, portanto, incidiria a contribuição previdenciária.

2. Judicial

TST

Controvérsias:

“Bônus de permanência. Natureza jurídica. Súmula 333/TST.

Prevalece neste Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de que o bônus de permanência (*hiring bonus*) – pago com o objetivo de atrair e manter empregados nos quadros das empresas por um período mínimo determinado – *possui natureza salarial*, na medida em que constitui verdadeiro incentivo à celebração do contrato de trabalho.

Nesse sentido, a pretensão da Reclamada quanto à restituição do valor pago a título de *hiring bonus*, em razão da alegada natureza indenizatória, esbarra no óbice da Súmula 333/TST. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.” (Destaquei) (ED-RR n. 10233-48.2014.5.012.0055, 5ª Turma, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, data de julgamento: 13.12.2017, data de publicação: *DEJT* 15.12.2017)

“Integração ao salário. Não verificada a habitualidade no pagamento do bônus, tampouco o seu recebimento em decorrência do labor a ser desenvolvido, mas como incentivo à contratação, não se faz potencial a ofensa ao art. 457, § 1º, da CLT.”

(Proc. RR n. 9070019.2003.5.02.0072, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *DEJT* 22.05.2009)

STJ

“[...] III. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘a fim de verificar se haverá ou não incidência da contribuição previdenciária sob as gratificações e prêmios é necessário verificar a sua habitualidade. Havendo pagamento com habitualidade, manifesto o caráter salarial, implicando ajuste tácito entre as partes, razão pela qual atrai a incidência da contribuição previdenciária. Tratando-se de prêmio ou gratificação eventual fica afastada a incidência da contribuição, conforme extraído do disposto no art. 28, § 9º e 7, da Lei n. 8.212/91.”

(REsp n. 1.275.695/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 31.08.2015)

“Entendimento de que os valores recebidos sem habitualidade não se incorporam ao salário, portanto, não sofrem a incidência de contribuição previdenciárias.”

(REsp n. 169.962/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16.11.2017, *DJe* 19.12.2017)

II. *Stock option*

Conceito e natureza

Instrumento que a empresa concede aos empregados e administradores, consistente no direito de, no futuro, comprar ações da própria empresa por um valor antecipadamente fixado.

Naturezas jurídicas distintas:

1. Mercantil:

- a) os valores não são decorrentes do trabalho;
- b) os investimentos se submetem ao risco de mercado;
- c) o programa é facultativo, vale dizer, os empregados não são obrigados a aderir, o que lhe retira o caráter salarial;
- d) mesmo que o programa tenha por finalidade atrair profissionais e incentivar a sua estabilidade, isto não quer dizer que os valores percebidos tenham natureza de remuneração decorrente do trabalho.

2. Trabalhista:

- a) natureza remuneratória em razão de estar condicionada à manutenção de vínculo de prestação de serviço, devendo os funcionários aguardar prazo para exercer a opção de compra, no período em que permanecem na empresa;
- b) trata-se de gratificação de utilidade.

Entende-se que “diante do atual contexto normativo, a assunção conceitual dos rendimentos de *stock options* como verba trabalhista carece de fundamento legal e da devida conformação aos aspectos espacial e quantitativo. Seja quando o beneficiário firma o contrato, seja quando realiza a opção, não decorre daí nenhum ganho efetivo patrimonial que justifique a sua qualificação como verba laboral. O fato de os planos de opção serem outorgados pelo empregador não implica o reconhecimento automático de um crédito trabalhista com reflexos previdenciários, posto que o que qualifica o crédito é natureza da obrigação e não a situação do sujeito ativo ou passivo.”²

Verifica-se que “as *stock options* têm natureza jurídica mercantil, absolutamente desvinculadas ao contrato de trabalho, podendo existir de maneira concomitante com esse ou de forma absolutamente independente de qualquer relação de emprego. Para que seja válida a sua implementação pelas empresas, alguns requisitos legais devem ser respeitados e a opção de compra de ações deve ser necessariamente onerosa, não se admite, portanto, nenhum subsídio por parte da empresa na compra das ações, doação ou garantia que será auferido algum benefício econômico por parte do beneficiário dessas ações.”³

Fundamentos normativos

1. Lei federal n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Sociedades por Ações).
“Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento de 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 à sociedade sob seu controle.”

² Marcos André Vinhas Catão. Tributação de *stock options*. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 127. São Paulo: Dialética, abril de 2006, p. 60/61.

³ Luiza Fontoura da Cunha. *Stock options: uma análise sobre sua tributação*. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 203. São Paulo: Dialética, agosto de 2012, p. 113.

2. Constituição Federal.

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei, a:

[...]

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.”

3. Estatuto da Previdência Social

(Lei federal n. 8.212/1991)

“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.”

Argumenta-se que “não existem normas trabalhistas, previdenciárias ou mesmo tributárias que estabeleçam e regulamentem de forma específica o tratamento aplicável aos planos de opção de compra de ações. Sendo assim, apesar de algumas dúvidas que possam surgir, devem ser aplicadas as regras gerais previstas no ordenamento jurídico, conforme a análise e interpretação de cada plano específico.”⁴

Jurisprudência

1. Administrativa (Carf)

“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 option* é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de opção de compra de ações por preço pré-fixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, valorização das ações no mercado), não tendo inicialmente caráter salarial, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período predeterminado ao longo do curso do contrato de trabalho.

Em ocorrendo o desvirtuamento do *Stock Options* em sua concepção inicial, qual seja, mera operação mercantil, seja pela concessão de empréstimos, possibilidade

⁴ Roberto Quiroga Mosquera e Maria Isabel Tostes da Costa Bueno. Questões atinentes à remuneração de administradores: bônus, participação nos lucros e resultados e *stock options*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2010. vol. 14, p. 321/322.

de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho para manutenção de talentos, fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.

Na maneira como executado, passa o negócio a transparecer que a verdadeira intenção era ter o empregado a opção de ganhar com a compra de ações: não fosse essa a intenção da empresa, por qual motivo a recorrente teria alterado os planos existentes em 2006 e 2007, permitindo empréstimos cuja quitação dava-se pela venda de ações cuja totalidade do direito ainda não havia se integralizado ou recebimento de participação em lucros e resultados, em relação a contribuintes individuais [...]. (Destaquei) (Recurso Voluntário n. 10980.724031/2011-99, Ac. da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara n. 2401003.045, DO 22.07.2014)

“As vantagens econômicas oferecidas aos empregados da empresa na aquisição de lotes de ações próprias, quando compradas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando, portanto, natureza remuneratória, e, nessa condição, *parcela integrante do conceito legal de Salário de Contribuição*, base de cálculo das contribuições previdenciárias.” (Destaquei)

(Rec. Vol. n. 16561.720198/2012-78, Acórdão da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara n. 2302-003.536, DO 22.01.2015)

“Contrato de opção de compra de ações firmado com pessoa física que envolve o seu trabalho tem *caráter mercantil cível ou trabalhista*, dependendo de suas características.

No caso em tela, o contrato celebrado entre a Recorrente e o Beneficiário indicado, ficou comprovado que para exercer o direito de opção de compra de ações só pode ser exercido enquanto o beneficiário mantiver vínculo empregatício, ou seja, uma condição sem a qual ou não (*conditio sine qua non*) existe o direito de compra de ações [...].” (Destaquei)

(Ac. da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara n. 2301-004.137, sessão de 10.09.2014)

2. Judicial

TST

[...] 4. *Stock option*. O Programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas n. 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 da natureza jurídica mercantil.

O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial. Recurso de revista não conhecido.”

(RR/TST, Proc. n. 217800-35.2007.5.02.0033, 6ª Turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DJ 11.03.2011)

“O posicionamento firmado pelo E. TST é de *afastar a natureza salarial dessa aquisição*, pois, a opção de compra pelo empregado não se vincula a força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, sendo-lhe conferida natureza de cunho mercantil.” (Destaquei)

(RR n. 217800-35.2007.5.02.0033, 6ª Turma, e RR n. 110840-02.2007.5.10.11, 2ª Turma, AI RR n. 885740-33.2009.5.03.0023)

III. Conclusões

Contribuições constituem tributos de natureza vinculada, ou não vinculada, à atuação do poder público, implicando receitas públicas derivadas, compulsórias, com afetação a fundos, entidades, categorias profissionais (destinação constitucional ou legal), observado o regime jurídico pertinente ao sistema tributário.

Classificam-se como sociais gerais, de intervenção no domínio econômico, do interesse de categorias profissionais ou econômicas, *de seguridade social*, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas (CF, arts. 149, 195, 212, § 5º, 239 e 240).

A *contribuição social à seguridade social* significa tributo de competência da União (1) *devido pelo empregador*, empresa e entidade a ela equiparada na forma da lei, *incidente sobre* (a) a folha de salário e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (b) a receita ou faturamento, e (c) o lucro; (2) do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social; (3) sobre a receita de concurso de prognósticos; (4) do importador de bens e serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, e (5) do produtor, parceiro, meeiro, arrendatário rural e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes (CF, art. 195, I a IV, e § 8º).

A *materialidade* da contribuição social consiste no salário, ou demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados a qualquer pessoa que preste serviço.

Hiring bonus significa verba destinada a potencial empregado, que se compromete a assinar futuro contrato de trabalho.

Stock option representa a concessão de direito, a empregado e administrador, de adquirir futuramente ações da própria empresa.

Não incidem contribuições previdenciárias porque os mencionados valores não têm característica trabalhista e salarial (inexistência de contraprestação de trabalho ou serviço, e habitualidade), além de tipificarem natureza mercantil.

Destinação do Produto da Arrecadação das Cides: um Desafio Jurídico a enfrentar

Marco Aurélio Greco

Introdução

Tema que tem preocupado os que estudam a figura das contribuições de intervenção no domínio econômico é o da efetividade da destinação do respectivo produto da arrecadação.

Há precedentes que apontam a falta de destinação adequada, como se lê, por exemplo, no Acórdão n. 1.857/2005 do Plenário do Tribunal de Contas da União¹.

Este fato gera grande preocupação, pois, inexistindo a efetiva e integral destinação dos recursos na finalidade que justificou sua criação, as contribuições assumem caráter de mero instrumento arrecadatório sem qualquer compromisso com a implementação da política pública da qual sua cobrança é decorrência.

Tendência corrente diante da falta de destinação é arguir a inconstitucionalidade da respectiva lei de incidência, como se este fato (não destinação) comprometesse a validade da respectiva norma institutiva da contribuição, o que não me parece ocorrer.

Enfrentei este tema em mais de uma oportunidade², mas é relevante reiterar alguns dos pontos já expostos e aprofundar outros, para bem equacionar a análise.

Além de aclarar alguns aspectos que cercam este tema, cumpre sublinhar a diferença de natureza e de consequências que existem diante da configuração de algo que comprometa a validade da lei, quando cotejado com algo que atinja sua eficácia.

1. Vinculação intrínseca da destinação

As contribuições são exações pecuniárias que se tipificam por existirem em função de determinada finalidade. Existem não *por que* determinado evento (renda, patrimônio etc.) esteja configurado, mas *para que* determinada finalidade seja alcançada.

Esta característica é particularmente marcante nas contribuições de intervenção no domínio econômico, pois estas estão atreladas à atuação da União em determinado setor econômico e, portanto, a existência e a cobrança da Cide são dependentes da busca da finalidade prevista em lei, tendo como regra a realização das condutas ligadas à aplicação dos respectivos recursos arrecadados³.

¹ Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 set. 2023.

² *Contribuições – uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000; *Contribuição de intervenção no domínio econômico – parâmetros para sua criação. Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001; *Contribuições de intervenção no domínio econômico – perfil constitucional – elementos para um modelo de controle. Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 312-344; ADIn 2.925 – um acórdão histórico numa história inacabada. *Tributação empresarial*. São Paulo: Saraiva; DireitoGV, 2009, p. 229-256.

³ Deixo de examinar aqui a possibilidade de a própria contribuição ser o instrumento da intervenção. Para o tema remeto ao meu *Contribuições – uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 236.

A destinação do produto da arrecadação das contribuições corresponde, portanto, a um elemento essencial da figura. Configura a razão de ser da própria contribuição. Como tal, a invocação de determinada *finalidade* não pode assumir o papel de mero “pretexto” para a cobrança. Ao contrário, esta cobrança precisa resultar de uma situação que tenha densidade *real* no sentido de estar ligada a uma necessidade social ou econômica, juridicamente reconhecidas. Além disso, precisa ter um grau de *inerência* à situação captada e um grau de *relevância* em relação à obtenção do resultado almejado que justifique a instituição da contribuição; por fim, deve haver uma relação de *congruência* entre a finalidade e a contribuição tal como instituída.

E mais, a cobrança da contribuição se justifica e é legitimada pela finalidade almejada; portanto, atrela-se à efetiva aplicação dos recursos por meio dela (cobrança) obtidos. Só tem sentido cobrar se for para aplicar o produto da arrecadação na respectiva finalidade.

A importância do exame da destinação do produto da arrecadação em se tratando de contribuições não é negada pelo previsto no art. 4º, II, do Código Tributário Nacional (CTN)⁴. De fato, não me parece procedente pretender, com base nele, afastar qualquer consideração a respeito do destino da arrecadação das contribuições.

Várias razões apontam na direção da improcedência da invocação desse dispositivo do Código como impeditivo do reconhecimento do peso e da relevância da finalidade.

Primeiro, porque a CF/1988 no seu art. 149, *caput* é explícita ao prever as contribuições, inclusive as de intervenção, como instrumento de atuação da União, portanto, há um vínculo de inerência entre a intervenção e a contribuição sendo esta um meio para carrear recursos para o atendimento da própria intervenção.

Neste passo, é relevante lembrar a lição de Pontes de Miranda quando examina a destinação do produto da arrecadação dos tributos e distingue claramente as figuras nas quais a destinação lhes é intrínseca daquelas em que a destinação depende de norma que lhes é externa.

Em alguns tributos, a destinação não integra o próprio desenho da exação; a destinação da receita oriunda da sua arrecadação é definida por uma segunda previsão normativa (como regra, orçamentária). Neste caso, a destinação tem um caráter *extrínseco* à figura tributária.

Em outros tributos, a destinação faz parte do próprio desenho da exação que encontra sua razão de ser no dispêndio ocorrer em determinado sentido.

À vista disso, Pontes de Miranda desenvolveu a lição de que, no conjunto tributário, há hipóteses de destinação compulsória e de destinação não compulsória das receitas obtidas, ao dizer:

“Essa distinção conceptual entre destinação compulsória e destinação não compulsória ou administrativa é assaz relevante. *A taxa tem destinação intrínseca*; o imposto pode tê-la compulsória, ou não, *mas a destinação dele é sempre extrínseca.*” (Destaquei)⁵

⁴ “Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: [...] II – a destinação legal do produto da sua arrecadação.”

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, tomo II, 1970, p. 368.

Esta lição é particularmente esclarecedora, pois traz luz para a circunstância de, nos impostos, não haver vinculação necessária a nenhum tipo de despesa; aliás, vincular arrecadação de imposto a determinada despesa é expressamente proibido pela CF/1988 no art. 167, IV⁶. Portanto, a receita oriunda da arrecadação dos impostos forma um “todo indiviso” (Pontes de Miranda) e a designação da despesa à qual a receita será destinada depende de um segundo juízo emitido pelo legislador que irá escolher em quais finalidades e destinações os respectivos recursos – já como recursos orçamentários – serão aplicados.

Por outro lado, aqueles tributos que têm destinação intrínseca trazem em si mesmos o direcionamento a ser seguido na aplicação das receitas obtidas. Tanto é assim, que a proibição do art. 167, IV, da CF/1988 refere-se apenas a impostos e não a outras espécies tributárias.

Avançando um pouco mais na análise feita por Pontes de Miranda e trazendo o debate para os dias de hoje – pois o tema das contribuições assumiu especial relevância a partir da CF/1988 – constata-se que não só as taxas têm vinculação intrínseca, mas também os empréstimos compulsórios, os impostos extraordinários e as contribuições.

Com efeito, a teor do art. 148 da CF/1988 o empréstimo compulsório só se justifica desde que seja para atender a despesas extraordinárias ou no caso de investimento público; vale dizer, duas hipóteses de destinação do produto da arrecadação integradas à própria figura exacional.

Por outro lado, pelo art. 154, II, a exigência de impostos extraordinários dá-se em função de dispêndios excepcionais gerados pelo evento guerra ou sua iminência, tanto assim que devem ser suprimidos gradativamente, cessadas as causas da sua criação.

Por fim, as contribuições – nos termos do art. 149 da CF/1988 – só existem em função de determinada finalidade que lhes dá fundamento e legitimidade (de categorias profissionais ou econômicas, sociais ou de intervenção no domínio econômico)⁷.

Ou seja, nas contribuições há uma *destinação intrínseca* do produto da arrecadação resultante da correlação entre motivo justificador da intervenção, finalidade almejada e recursos obtidos pela cobrança. Em outras palavras, o produto da arrecadação deve necessariamente seguir em direção à finalidade prevista na lei que instituiu a figura.

Segundo, porque o modelo teórico adotado pelo CTN em sua redação original, no qual se insere o preceito do art. 4º, II, só previa a contribuição de melhoria, numa concepção calcada exclusivamente na definição do respectivo fato gerador, desconsiderando a destinação do produto da arrecadação do tributo.

Este modelo não resistiu 20 dias de vigência, pois logo após a publicação do CTN (27 de outubro de 1966), foi editado o Decreto-lei n. 27/1966 (14 de novembro de 1966),

⁶ “Art. 167. São vedados: [...] IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para a realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;” (destaquei)

⁷ Deixo de examinar, neste estudo, a contribuição de iluminação pública prevista no art. 149-A da CF/1988 por estar cercada de problemática especial, mas que não afeta as conclusões aqui expostas.

que introduziu o art. 217 que afasta e nega aplicação de disposições centrais do Código quando se trata das denominadas contribuições parafiscais.

Muito interessante é o primeiro considerando que encabeça esse decreto-lei, pois nele é dada a seguinte justificativa:

“Considerando a necessidade de deixar estreme de dúvidas a *continuação da incidência e exigibilidade das contribuições para fins sociais, paralelamente ao Sistema Tributário Nacional*, a que se refere a Lei número 5.172, de 25 de outubro de 1966;” (destaquei)

Ou seja, as contribuições foram colocadas fora do Sistema disciplinado pelo CTN!

Comentando este dispositivo, Aliomar Baleeiro deixa claro que ele abrange todas as contribuições, inclusive as de intervenção no domínio econômico, ao dizer:

“O art. 217, acrescentado posteriormente ao C.T.N., visa a espancar dúvidas sobre a exigibilidade das contribuições parafiscais ou especiais, que ele indica e que, aliás, estão contempladas na Constituição Federal (na redação da Emenda n. 1/1969, *art. 163, parág. único*; 165, XVI; 166 § 1º; e *art. 21, § 2º, I*).”⁸

Portanto, o art. 4º, II, do CTN não é empecilho ao reconhecimento da relevância da finalidade e do destino de sua arrecadação no modelo das contribuições.

Terceiro porque, se invocável fosse o art. 4º, II, do CTN, ele afastaria a destinação do produto da arrecadação como critério para definir a espécie tributária, mas não está a dizer que a destinação não tem qualquer relevância na interpretação e na aplicação da legislação pertinente.

De fato, na medida em que a contribuição se qualifica pela finalidade, a geração de recursos financeiros existe para que estes sejam nela aplicados, tal como disciplinado na respectiva norma de regência.

Aliás, não é por outra razão que as leis instituidoras de Cides contemplam programas, fundos orçamentários etc. como elementos do modelo aplicativo adotado para viabilizar o atingimento das finalidades.

Por fim, é importante lembrar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 2.925⁹, que julgou inconstitucional dispositivo da lei orçamentária federal de 2003 que impedia que o produto da arrecadação da Cide-combustíveis fosse, em sua inteireza, destinado às respectivas finalidades.

Esta decisão corresponde a mudança do eixo jurisprudencial até então existente, o qual vinha, em geral, na direção de negar a possibilidade de examinar a constitucionalidade da lei orçamentária¹⁰, particularmente a partir da finalidade a que se destinam as contribuições e à vista da concreta aplicação, ou não, dos valores a esse título arrecadados.

⁸ *Direito tributário brasileiro*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 569. Destaquei os mencionados dispositivos da CF/1967 que se referem às Cides: “Art. 163, único – Para *atender a intervenção* de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.”; “art. 21, § 2º – A União pode instituir: I – contribuições, nos termos do item I deste artigo, *tendo em vista intervenção no domínio econômico* e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais; [...]” (destaquei)

⁹ Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 set. 2023.

¹⁰ Salvo caso em que se admitiu em parte o exame constitucional; vide o relatório do Acórdão e o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Nesse julgamento, o Ministro Carlos Velloso teve oportunidade de explicitar a relevância da finalidade em relação às contribuições e afastar a objeção relativa ao art. 4º, II, do CTN, ao sublinhar que, em relação às contribuições:

“[...] a sua característica está justamente na sua finalidade, ou na destinação do produto de sua arrecadação. É dizer, o elemento essencial para a identificação dessas espécies tributárias é a destinação do produto de sua arrecadação.”

E, mais adiante esclarece em relação à Cide-combustíveis, objeto da ADI, que a vinculação dos recursos à finalidade não significa compelir imediatamente ao dispêndio:

“Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da Cide fora do que estabelece a Constituição Federal, art. 177, § 4º, II. Noutras palavras, o Governo somente poderá gastar o produto da arrecadação da mencionada contribuição no que está estabelecido na Constituição, art. 177, § 4º, II.”¹¹

Ou seja, nas contribuições trata-se de “dinheiro carimbado”, tão carimbado que o Plenário veio a julgar inconstitucional dispositivo da lei orçamentária federal de 2003 que permitia a destinação dos recursos oriundos da Cide a finalidade não prevista constitucionalmente.

Está claro que a norma que prevê a destinação do recurso a finalidade diversa daquela prevista na Constituição (caso da Cide-combustíveis) padece de vício de inconstitucionalidade.

Por decorrência, nos casos em que a finalidade estiver prevista em lei e não na Constituição, a hipótese será, então, de ilegalidade.

Dúvida, porém, remanesce em relação a hipótese diversa daquela em que houver destinação indevida. Trata-se da hipótese em que tenha havido a pura e simples não destinação por falta de regras infralegais ou atos concretos que viabilizassem a destinação constitucionalmente devida. Ou seja, hipótese em que há uma não aplicação institucionalizada (=não episódica) dos recursos arrecadados a título de Cide¹².

Na decisão aqui referida, está mais do que nítido que o STF entende não caber ao Poder Judiciário mandar o Governo gastar. Então, qual a consequência jurídica de, no plano dos fatos, ao invés de haver desvio ocorrer hipótese em que não há destinação pertinente? A lei teria se tornado inconstitucional? Ou a consequência seria outra?

Para enfrentar estas indagações cumpre ter bem nítidas duas distinções.

2. Validade/eficácia da lei; instituição/cobrança da contribuição

A lei apresenta várias perspectivas a partir das quais pode ser examinada, cada qual ensejando distintos desdobramentos.

¹¹ Páginas 63 e 64 do acórdão. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 set. 2023.

¹² No texto *Contribuições de intervenção no domínio econômico – perfil constitucional – elementos para um modelo de controle* (*Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2), páginas 325 e seguintes, procurei detalhar os requisitos para a configuração de uma não aplicação institucionalizada. Por exemplo, configurar a não aplicação como encerramento do exercício subsequente ao da arrecadação, ou então ao período do Plano Plurianual ou um critério específico ligado a determinada contribuição.

Ela pode ser vista da perspectiva da sua *existência*, em que relevante é o atendimento ao respectivo processo de produção aliado a um conteúdo que tenha um mínimo de racionalidade (não seja teratológico); da perspectiva da *vigência*, entendida como o lapso temporal em que está apta a produzir os efeitos que lhe são próprios; da sua *legitimidade*, que resulta do cotejo do seu conteúdo com valores consagrados no ordenamento; da sua *imperatividade*, vista como a força cogente que dela emana e de duas outras perspectivas mais diretamente ligadas ao tema específico ora examinado: sua *validade*, que corresponde à compatibilidade com a norma que lhe é superior e que autoriza sua produção e sua *eficácia*, que diz respeito à produção no plano dos fatos dos efeitos que lhe são próprios.

Nos debates tributários, tenho visto com frequência uma certa obsessão por dizer que todo e qualquer problema que a lei apresenta seja um caso de sua inconstitucionalidade (vício de validade).

Assim, diante de uma situação de não aplicação institucionalizada, tendência natural é afirmar que a não aplicação levaria à inconstitucionalidade da lei instituidora da Cide, pois estaria quebrada a relação de inerência entre finalidade e contribuição (que é essencial à figura).

Note-se que o modelo da Cide se desdobra em etapas a começar pela produção legislativa que institui a contribuição, seguida da aplicação dos seus preceitos que englobam a cobrança e a destinação dos respectivos recursos à finalidade legal ou constitucional que justificou a instituição da exação.

Neste quadro, a validade da lei é aferida em relação à Constituição que a antecede, enquanto a eficácia se desdobra na cobrança seguida da destinação efetiva. Com isto, cobrança e aplicação dos recursos são elementos que mutuamente se implicam no sentido de que só tem sentido aplicar se tiver sido cobrado, assim como só tem sentido cobrar se for para aplicar.

Vale dizer, cobrança e aplicação formam uma unidade situada no plano da eficácia da lei instituidora da contribuição.

Neste ponto, para avançar na análise, penso ser necessário distinguir eventos que afetam a validade da lei daqueles que comprometem sua eficácia. Validade e eficácia são duas dentre as qualidades que podem ser identificadas nas leis e, por vezes, os debates têm se concentrado na primeira, quando muitos temas dizem respeito à segunda.

Validade é a qualidade resultante da compatibilidade entre a lei e os preceitos da Constituição no que diz respeito aos seus aspectos formais, materiais, substanciais ou funcionais¹³:

- a) Vícios formais (de caráter sintático por dizerem respeito à relação entre a lei em questão e os requisitos constitucionais, por exemplo, de procedimento).
- b) Vícios materiais (de caráter semântico por se referirem à relação entre o significado dos termos da lei cotejados com os da Constituição).

¹³ Sobre as peculiaridades que apresenta o tema da inconstitucionalidade da lei, vejam-se o volume *Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição do indébito*, que escrevi em coautoria com Helenilson Cunha Pontes. São Paulo: Dialética, 2002, e o comentário que fiz ao art. 150 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 1.742.

- c) Vícios substanciais (ligados à verificação de um excesso na disciplina, por exemplo, ocorrência de abuso no poder de legislar a que se refere a ADI n. 2.348).
- d) Vícios funcionais (decorrentes da constatação de incongruência entre motivo, preceito e finalidade).

Diante da falta de aplicação dos recursos arrecadados na finalidade pertinente, pode-se pretender invocar um vício de caráter funcional, porém, este não me parece ocorrer, posto que o vício funcional se dá no desenho adotado (incongruência dos preceitos) pela lei (etapa da instituição da contribuição em que se verifica sua validade e a congruência dos preceitos), enquanto a falta de destinação é evento posterior e a ela externo que se encontra no plano dos fatos (etapa da eficácia da lei já posta). No caso das Cides, a lei, em geral, está bem formulada, o que falta são ações concretas ou normas inferiores necessárias para que a efetiva aplicação ocorra.

Portanto, nessa hipótese não há vício no plano da validade da lei.

Por outro lado, a eficácia da lei encontra-se no plano das condutas concretas que ela regula. No caso das Cides, estas condutas são as de proceder à cobrança da contribuição e de implementar os programas e aplicar os recursos arrecadados nas finalidades previstas na lei.

Ainda que inválida, uma lei pode ser eficaz e produzir efeitos¹⁴.

Recursos arrecadados a título de Cide têm destinação específica e cumprir a lei é fazer com que eles sejam não só cobrados mas, principalmente, aplicados efetivamente na finalidade.

A falta de aplicação não altera a compatibilidade do preceito legal em abstrato quando cotejado com a Constituição. Mesmo porque a falta de aplicação pode, em tese, ser temporária e os recursos arrecadados num momento virem a ser aplicados em futuro próximo¹⁵.

Porém, apesar de não se configurar caso de inconstitucionalidade da lei em si, a reiterada desproporção entre volume arrecadado e montante aplicado na finalidade tem um efeito prático, qual seja *provar o não atendimento à finalidade* e gerar um descompasso entre cobrança e destinação. Isto atinge diretamente o motivo que justificou a instituição da Cide que é requisito exigido para sua plena aplicação.

No caso de a finalidade estar prevista na Constituição (seguridade social, salário-educação, combustíveis etc.) o descompasso pode gerar uma hipótese de inconstitucionalidade eventualmente por omissão de medidas legislativas ou administrativas, como foi apontado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar procedente a Reclamação n. 1.017¹⁶.

Mas se a finalidade estiver prevista na lei, o descompasso entre cobrança/destinação é uma questão de fato que gera um vício de racionalidade interna ao modelo na

¹⁴ Vide *Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição do indébito*. São Paulo: Dialética, 2002. Esta possibilidade está ligada inclusive ao tema da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

¹⁵ Vide parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC n.101/2000: “Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.”

¹⁶ Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 set. 2023.

medida em que a cobrança, ao não se legitimar pela aplicação dos recursos na finalidade, perde seu fundamento e, com isto, resulta atingida uma condição de deflagração da própria eficácia da lei que a prevê. Cobra-se em contemplação da aplicação; inexistindo esta não há mais fundamento concreto para cobrar.

Como tive oportunidade de dizer em outro momento:

*“A institucionalização da não aplicação compromete a eficácia futura da exigência (a partir do momento em que configurada, objetiva ou subjetivamente a não aplicação lesiva) o que pode autorizar um provimento judicial no sentido de determinar a suspensão da sua cobrança a partir desse reconhecimento, por descompasso entre a continuidade da exigência e a sua aplicação.”*¹⁷

Isto porque,

*“Se o que já foi arrecadado ainda não foi gasto, carece de fundamento continuar exigindo.”*¹⁸

No caso de contribuições, especialmente as de intervenção no domínio econômico, não tem sentido arrecadar para não aplicar os recursos nas finalidades que justificaram a própria instituição da Cide.

Em suma, a não aplicação institucionalizada do produto da arrecadação da Cide compromete a eficácia da respectiva lei de incidência e, por consequência, inibe sua cobrança até que sobrevenha uma aplicação consistente do que já foi arrecadado. Trata-se de uma hipótese de suspensão temporária da cobrança da contribuição sem comprometimento da validade da respectiva lei instituidora.

¹⁷ Contribuições de intervenção no domínio econômico – perfil constitucional – elementos para um modelo de controle. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2, p. 328, destaquei.

¹⁸ Contribuições de intervenção no domínio econômico – perfil constitucional – elementos para um modelo de controle. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. vol. 2.

Doações, Heranças e o Imposto de Renda: o Acréscimo Patrimonial Gratuito na Competência da União

Mateus Calicchio Barbosa

Ricardo André Galendi Jr.

1. Introdução

Axiomas lógicos e princípios constitucionais não esgotam a construção do Direito Tributário. Aprendemos nas lições do Professor Luís Eduardo Schoueri que a tarefa de um tributarista é mais desafiadora que deduzir um sistema ideal a partir do texto constitucional¹. Rejeitando a rigidez conceitual da Constituição Federal² para bem admitir a função que ali é estabelecida à lei complementar³, constatando a existência de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados na instituição de tributos⁴, admitindo a autonomia da legislação tributária⁵, a obra do homenageado a todo tempo reconhece ser do intérprete a dificultosa tarefa de construir o Direito, considerando as possibilidades que o ordenamento abre ao legislador. Sem quaisquer facilidades, o homenageado não se põe a deduzir sentidos pressupostos por um sistema ilusório, mas constrói duramente a norma jurídica aplicável a partir da multiplicidade de textos legais e pretorianos. As suas conclusões suscitam perplexidade pela solidez e franqueza com que são apresentadas, não raro destoando da doutrina predominante⁶, ou mesmo de certos interesses levados a juízo por contribuintes⁷.

A tributação do beneficiário de heranças e doações pelo Imposto de Renda é tema que merece debate acadêmico franco, ao gosto e estilo do homenageado. Questão controvertida mesmo internacionalmente, com pressões orçamentárias estimulando propostas nesse sentido⁸, o tema ganha especial complexidade no Brasil, cujo ordenamento

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 8-10.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 1998, p. 82-115.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. A lei complementar e a repartição de competências tributárias. *Sistema Tributário Nacional e a estabilidade da Federação brasileira*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 679-701.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Fato gerador da obrigação tributária. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Direito tributário – homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 125-168.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 24. São Paulo: Dialética e IBDT, 2010, p. 345-370.

⁶ E.g., SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax treaty override: a jurisdictional approach. *Intertax* vol. 42, 2014, p. 682-694.

⁷ E.g., SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE JR., Luiz Carlos de. Incorporação de ações: natureza societária e efeitos tributários. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 200. São Paulo: Dialética, 2012, p. 44-72.

⁸ STEVANATO, Dario. Should inheritance be taxed as income? *World Tax Journal* n. 13. Amsterdam: IBFD, 2021.

optou por uma discriminação constitucional de competências, e cuja doutrina não chega a consenso acerca das teorias da renda que teriam sido contempladas pelo Código Tributário Nacional⁹. Nessas particularidades do Direito Tributário brasileiro, como nos diversos dilemas jurídicos da tributação, nada está que não possa ser enfrentado a partir da vasta obra do homenageado. Seus ensinamentos acerca da discriminação constitucional de competências tributárias¹⁰, como a sua posição pelo escopo amplo do art. 43 do Código Tributário Nacional¹¹, oferecem ao intérprete o caminho seguro para formular sua posição na matéria, que opõe a pretensão da Administração federal à grita dos contribuintes, já onerados pelo Imposto Estadual nas heranças e doações recebidas.

Sobretudo para as doações, é inequívoca a pretensão histórica da Administração de tributar acréscimos patrimoniais gratuitos pelo Imposto de Renda, voltando a certos pareceres normativos emitidos ainda na década de 1970¹². A pretensão fiscal encontra a grita comum de que a isenção ora veiculada pela Lei n. 7.713/1988, afastando o imposto sobre “o valor dos bens adquiridos por doação ou herança”, não veicula excepcionalidade, mas uma isenção técnica, que verdadeiramente definiria um campo de (não) incidência do Imposto de Renda a partir de regra de competência constitucional (“renda e proventos de qualquer natureza”). Sustenta-se que a discriminação de competências na Constituição Federal teria atribuído privativamente aos Estados e ao Distrito Federal a competência para tributar as heranças e doações, em prejuízo da competência da União no art. 153, III. Sustenta-se, também, que a hipótese de incidência estabelecida em lei complementar para o imposto de renda excluiria um acréscimo patrimonial gratuito: o art. 43 do Código Tributário Nacional somente cogitaria o rendimento auferido onerosamente como “fato gerador” do Imposto de Renda.

O presente artigo investiga os argumentos acima depois de apresentar, no tópico 2, a pretensão fiscal de se tributar os acréscimos patrimoniais gratuitos pelo Imposto de Renda. O tópico 3 trata da discriminação constitucional de competências, apontando que a sobreposição entre Imposto de Renda e Imposto Estadual sobre Doações e Heranças configura bitributação econômica, e que assim apenas se solucionaria com a definição negativa do campo privativo da União. No tópico 4, é investigado o conceito de renda tributável, teórica e normativamente, para indicar que o campo de competência federal nunca fora restringido naquele sentido. O tópico 5 conclui pela possibilidade de revogação da isenção prevista na Lei n. 7.713/1988, sem configurar bitributação constitucionalmente vedada com o Imposto Estadual ou exceder um conceito de renda tribu-

⁹ A necessidade desta análise é reforçada pelo homenageado, que ensina que “a análise jurídica não deve deixar de lado o fenômeno sobre o qual se debruça. Sendo a tributação um fenômeno histórico, político, econômico e social, as contribuições oferecidas por essas distintas perspectivas não podem ser desprezadas na busca da construção de um sentido ao todo tributário.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. XXI). O homenageado também ensina que não se deve realizar transcrições em notas de rodapé, mas a homenagem parece-nos justificar a exceção.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 249-282.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. vol. 1, p. 246.

¹² Estes serão examinados no tópico 2, *infra*.

tável pela União. Cautela e providências, todavia, são recomendadas ao legislador federal, considerando o excesso de tributação que poderia advir da medida.

2. A pretensão da Administração

Em maio de 2016, o Projeto de Lei n. 5.205 dispôs sobre a “tributação das doações e heranças” para modificar a isenção prevista na Lei n. 7.713/1988 a “bens adquiridos por doação ou herança”, que passariam a se sujeitar ao Imposto de Renda da Pessoa Física sob alíquotas progressivas entre 15% e 25%. Na Exposição de Motivos do projeto, o Ministro da Fazenda afirmou que “o imposto sobre a renda deve ser informado pelos critérios da generalidade, universalidade e da progressividade”, no que a “proposta visa adequar a legislação vigente a esses princípios promovendo uma maior igualdade tributária em razão de outro princípio constitucional: o da isonomia”.

O projeto acima nunca foi convertido em lei. Nas mãos da Administração, todavia, a pretensão de se tributar os denominados “acréscimos patrimoniais gratuitos” (i.e. doações ou heranças) pelo Imposto de Renda se concretizou por outras vias. Foi o que se viu na Solução de Consulta n. 309/2018, com a conclusão de que “incide o IRRF nas remessas ao exterior a título de doação para beneficiário residente ou domiciliado no exterior, pessoa física ou jurídica”: nas razões da Coordenação-Geral de Tributação, “apenas existe, na legislação tributária, hipótese de isenção do imposto sobre a renda para doação cujo beneficiário seja pessoa física residente no País”; e acrescentou mais: “ainda que os valores remetidos não sejam produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (conceito de renda) enquadram-se, perfeitamente, no conceito de ‘proventos de qualquer natureza’, contido no art. 43, inciso II, do CTN, pois acarretam um acréscimo patrimonial para a entidade que recebe a importância remetida”.

A pretensão não é nova. No Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, volta a Pareceres Normativos (n. 209/1970 e n. 144/1973) da antiga Coordenação do Sistema de Tributação, para quem “o acréscimo de um bem ao ativo imobilizado da empresa corresponde a um acréscimo no resultado positivo” mesmo “em se tratando de doação”, caso em que “o valor arbitrado para efeitos fiscais, aceito pelo fisco estadual, deve ser admitido pelo imposto de renda”. A posição do Fisco seguia precedentes anteriores, em que o Conselho de Contribuintes entendera que “a renda tributável não é somente a proveniente de ‘atividades lucrativas’, mas a de qualquer proveniência não isenta expressamente por lei”¹³. Com o Decreto-lei n. 1.598/1977, nova posição se consolidou no Parecer Normativo n. 113/1979, quando foi admitido, *ex vi* do regime legal ali inaugurado, que “as doações, se registradas como reserva de capital, não serão computadas na determinação do lucro real”, ainda que deixando a ressalva de que, “em princípio, as doações são tributáveis por integrarem esses resultados [não operacionais]”. Editado o Decreto-lei n. 1.730/1979 para afirmar que apenas as doações “feitas pelo Poder Público” teriam aquele regime, a ressalva do parecer se tornou a regra para a fiscalização. Mesmo recentemente – a exemplo da Solução de Consulta n. 111/2016 –, o Fisco segue em que a doação “à pessoa jurídica, sem que corresponda a uma integralização de ca-

¹³ 1º Conselho de Contribuintes, Acórdão n. 14.890, publicado em 27.04.1943, *Revista Fiscal* n. 309, 1943.

pital, configura acréscimo patrimonial para a pessoa jurídica, o qual se sujeita à incidência do Imposto sobre a Renda”.

Em todos os casos acima, a pretensão de se tributar o acréscimo patrimonial gratuito revela a premissa de que a isenção hoje vigente na Lei n. 7.713/1988 – compreendendo o “valor dos bens adquiridos por doação ou herança” – é isenção própria ou de subvenção, assim limitada a Imposto de Renda da Pessoa Física e passível de revogação por lei, porque apenas veiculando um benefício aos seus destinatários¹⁴. A premissa é a de que, havendo uma idêntica capacidade contributiva manifestada em rendimentos auferidos onerosa ou gratuitamente, a lei federal teria diferenciado os acréscimos patrimoniais gratuitos, com um tratamento mais benéfico que o dado aos acréscimos onerosos, quando poderia ter submetido ambos ao Imposto de Renda.

Contrariando a pretensão da Administração acima, é comum apontar na providência da Lei n. 7.713/1988 uma isenção técnica, definindo a não incidência do Imposto de Renda em vista da regra de competência tributária da União e da capacidade contributiva. Impossível de ser revogada pela lei ordinária, a isenção técnica acima levaria em conta que a Constituição Federal teria discriminado a competência privativa de Estados e Distrito Federal para tributar heranças e doações, obstando a competência tributária da União no art. 153, III. É do que trata o tópico seguinte.

3. Acréscimos gratuitos e bitributação

Traduzida pela doutrina, não é incomum a percepção de que, “caso fosse instituído o Imposto de Renda sobre as heranças e doações, estaríamos diante de uma bitributação jurídica que, além de condenável do ponto de vista financeiro e econômico, é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico tributário brasileiro¹⁵. A afirmação merece cautela.

A uma, pelo fundamento que encontra para a discriminação de competências para tributar – o princípio federativo, quando é sabido que a forma federativa de Estado mundo afora não reproduz semelhante característica. A duas, pelos efeitos que parece atribuir à peculiaridade brasileira. Aqui, deve estar claro que “a discriminação de competência impositiva não pode se tornar [...], senão em grau menor, num instrumento apriorístico de contenção de excessos tributários”¹⁶. A lição de Sampaio Doria há muito esclarece “o impedimento de bitributações, sempre encaradas no sistema brasileiro por prisma formal, de superposição *jurídica*, e não econômica, de figuras tributárias sobre idêntico objeto”: afinal, continua o autor, “vã é a esperança de se evitarem acumulações de tributos sobre idênticas substâncias econômicas pois, qualquer que sejam as modalidades que revistam, encontraremos em sua essência o fator renda” [destaque original].

¹⁴ Para a distinção entre isenções técnicas e próprias (ou de subvenção), cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 240-243.

¹⁵ GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Imposto de Renda: princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade. Série Doutrina Tributária XI*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário/Quartier Latin, 2014, p. 204.

¹⁶ DORIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 164-168.

Mesmo Ataliba, sustentando uma Constituição rígida e inflexível, concede que, “quanto à bitributação, há que ser juridicamente entendida, porque a econômica é impossível de se obviar”¹⁷. Parece assentado, desde as formulações de Mill e Kaldor, que se um imposto sobre o consumo persegue a renda (no seu gasto), então a simples coexistência desse tributo com um imposto sobre a renda (no seu auferimento) revela que a bitributação econômica (tendo sempre a renda, ao longo do seu ciclo, como base) é inevitável nos sistemas modernos¹⁸.

Não foi a bitributação econômica, com toda a sua inconveniência, o fenômeno vedado pelo sistema constitucional. Em estudo sobre a disciplina constitucional da matéria, Schoueri aponta na atual Constituição Federal de 1988 o resultado da evolução consistente dos regimes pretéritos¹⁹. No ordenamento presente como nos passados, os limites da cláusula de competência residual da União conferem os limites da própria discriminação privativa. É que, por meio da expressão “fato gerador ou base de cálculo próprios”, a Constituição Federal de 1988 vedou a sobreposição de impostos que já se proibia em Direito desde que a Constituição Federal de 1934 dispôs estar “vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência for concorrente”. Bitributação, diga-se, em sentido jurídico e formal. Não se trata de mero *bis in idem*, denotando (inevitável) tributação do mesmo objeto por mais de um poder público, mas da pluralidade de entes federativos exigindo do contribuinte um *tributo idêntico*, i.e. exações definidas com iguais materialidades como “fato gerador”, e desse modo tendentes a (bi)tributar a mesma manifestação de capacidade contributiva.

Os limites estreitos do conceito – exigindo a identidade jurídica do imposto – face a noção mais ampla de *bis in idem* ou bitributação econômica nunca passaram despercebidos na literatura. Analisando textos escritos ainda sob a Constituição Federal de 1934, Schoueri notou na literatura que “impostos acumulados sempre existirão no regime de multiplicidade”²⁰. Durante a Constituição Federal de 1946, Rubens Gomes de Sousa tomava como “definidos” pela jurisprudência “os requisitos do conceito jurídico de bitributação”, i.e. “a identidade do tributo, a incidência sobre o mesmo contribuinte, e a pluralidade de entidades tributantes”²¹. Em uma conferência posterior, o autor anotava que “a discriminação de rendas é baseada essencialmente num mecanismo jurídico”, do que decorriam “impostos economicamente iguais e juridicamente diferentes”²². Se as-

¹⁷ ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p. 25.

¹⁸ GUTMANN, Daniel. Relationship between Personal Income Tax on Income from Capital and other Taxes on Income from Capital (Corporate Income Tax, Wealth Tax, Inheritance and Gift Tax and Real-Estate Tax) – a response. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 97.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 82-114.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 85.

²¹ SOUSA, Rubens Gomes de. Municípios – competência tributária – bitributação e competência concorrente. *Revista de Direito Administrativo* n. 21. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1950, p. 352.

²² SOUSA, Rubens Gomes de. O Sistema Tributário Federal. *Revista de Direito Administrativo* n. 72. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 1-22.

sim se passava, era porque a sobreposição econômica de impostos nunca se impedira pela sistemática constitucional brasileira. Rubens Gomes de Sousa comentava, dentre outros, o exemplo do imposto federal sobre o consumo e do imposto estadual sobre as vendas, cuja “única diferença é puramente jurídica, e decorre do fato de que o imposto estadual tem sua incidência definida em função de um determinado tipo de negócio, ao passo que para o imposto federal, pelo menos em tese, o negócio jurídico é irrelevante”²³. Relato semelhante pode ser encontrado na obra de Ulhôa Canto²⁴ e Bonilha²⁵. Para que se aliviasse a bitributação – meramente econômica –, foi preciso que a Emenda Constitucional n. 18/1965 então reformulasse a própria discriminação de competências²⁶.

Dados os limites da bitributação jurídica e formal, a literatura admite a convivência entre o Imposto de Renda e o Imposto Estadual, que somente se sobrepõem sob a perspectiva econômica. Assim, para Luciano Amaro, “não haveria, pois, impedimento estritamente jurídico a que se considerasse como renda ou provento tributável, na pessoa do beneficiário, o ingresso patrimonial oriundo da herança, do legado ou da doação”²⁷. Posteriormente, o autor repisaria que “o sistema tributário nacional, estruturado na Constituição, enseja, com frequência, que sobre a mesma situação possam incidir diferentes tributos”: assim, a “alegação de *bitributação*, a pretexto de que o mesmo fato não poderia dar suporte a dois tributos diferentes (o imposto de transmissão e o imposto de renda) é uma questão já resolvida na própria Constituição, na medida em que ela outorga, nessa situação, competências tributárias não excludentes, cujo exercício simultâneo não é, portanto, ilegítimo” [destaque original]²⁸. Afinal, prossegue o autor, a tributação de heranças e doações se poderia examinar “sob diferentes aspectos, conforme o suporte material eleito pelo legislador”: de um lado, “o fato da transmissão ‘causa mortis’ ou da alienação a título gratuito”, sobre o qual incide o Imposto Estadual; de outro lado, “o fato do ingresso patrimonial para o herdeiro, legatário ou donatário, como item integrante do acréscimo patrimonial passível de incidência do imposto de renda”.

No mesmo sentido acima, Roberto Quiroga postula que “nada obsta que o legislador pretenda tributação a transmissão *causa mortis* e a transmissão a título gratuito de quaisquer bens e direitos com um tributo (hipótese de incidência 1) e tributação com outro imposto o acréscimo de direitos patrimoniais verificado em decorrência da trans-

²³ SOUSA, Rubens Gomes de. O Sistema Tributário Federal. *Revista de Direito Administrativo* n. 72. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 12.

²⁴ CANTO, Gilberto de Ulhôa. Imposto de vendas e consignações. *Temas de direito tributário*. Rio de Janeiro: Alba, 1963. vol. I, p. 255.

²⁵ BONILHA, Paulo Celso. Alguns aspectos do Imposto de Circulação de Mercadorias. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (coord.). *Direito tributário*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1969, p. 296.

²⁶ DORNELLES, Francisco Neves. O Sistema Tributário da Constituição de 1988. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Estado e Economia em vinte anos de mudanças*. Brasília: Senado Federal, 2008. vol. IV, p. 4; VARSANO, Ricardo. O Sistema Tributário de 1967: adequado ao Brasil de 80? *Pesquisa e planejamento econômico* n. 1, 1981. vol. 11, p. 220.

²⁷ AMARO, Luciano. Tributação de heranças, legados e doações. In: CAMPOS, Dejalma de (org.). *I Congresso Nacional de Estudos Tributários*. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário/Resenha Tributária, 1988, p. 271-289.

²⁸ AMARO, Luciano. O Imposto de Renda nas Doações, Heranças e Legados. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Imposto de Renda: alterações fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1998. vol. 2, p. 107-108.

missão ocorrida (hipótese de incidência 2)”, pois “está a tributar duas realidades distintas, dois fatos diferentes”²⁹. Para o autor, sustentar diversamente equivaleria ao “mesmo que se negar direito ao Município de tributar as mutações patrimoniais que se constituem numa transmissão *inter vivos* onerosa de bens imóveis, pelo fato de o vendedor da referida operação ter auferido ‘renda ou proventos de qualquer natureza’”: o exemplo faria uma prova de que “são dois fatos diferentes a sofrerem imposições de natureza tributária”. Não se teria, enfim, uma bitributação jurídica e proibida na sobreposição de Imposto de Renda e Imposto Estadual, esta plenamente possível no sistema.

Cabe ressaltar que a posição acima não é unânime. Há quem indique, como Sacha Calmon, que “não é a transmissão de quaisquer bens ou direitos ‘causa mortis’ o fato gerador do imposto estadual (ITCD) mas o acréscimo patrimonial, da transmissão decorrente, em favor dos beneficiados”: assim, o “momento transmissivo marca, apenas, o aspecto temporal do fato gerador desse imposto”³⁰. A razão estaria no Código Tributário Nacional, quando determina que, “nas transmissões *causa mortis*, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários”.

A premissa do autor, todavia, não parece se confirmar no ordenamento. A uma, porque a disposição do Código, além de não tocar o caso das doações, nada diz sobre o aspecto material do Imposto Estadual. Basta ver que o citado art. 35 do Código nunca autorizou conclusão segura sobre o “princípio da herança líquida”, pelo qual o imposto incidiria sobre o valor dos bens e direitos recebidos pelo herdeiro, i.e. depois de excluído o montante de dívida e ônus do *de cuius*, dado seu caráter supostamente pessoal, voltado ao acréscimo havido pelo herdeiro. As legislações estaduais vedam aquela possibilidade, e mesmo precedentes do Poder Judiciário em contrário consideram o art. 38 do Código Tributário Nacional – determinando que a “base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos” – para dirimir a lide, demonstrando que o abatimento de passivos é conclusão que se pode alcançar tanto diante de um imposto sobre cotas sucessórias (*inheritance tax*), quanto de um imposto incidente sobre a herança global (*estate tax*)³¹.

A duas, porque a tradição constitucional brasileira sempre formulou e designou as duas exações – hoje – na competência dos Estados como impostos sobre transmissão. São os “impostos sobre o patrimônio, alinhando-se, portanto, na subespécie daqueles cuja subjacência fática tributável repousa na transmissão de elementos de um patrimônio para outro”, voltando ao imposto unitário sobre a transmissão de propriedade, que na Constituição Federal de 1891 reunia sob si as mais diversas incidências, e que fora desdobrado em 1934 a partir do “critério jurídico da natureza do ato de transmissão”, se *inter vivos* ou *causa mortis*³². Foi nessa premissa que os impostos sobre transmissão, em

²⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 133-134.

³⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Heranças, doações e o Imposto de Renda. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Imposto de Renda – alterações fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1998. vol. 2, p. 215.

³¹ MARTINS, Ricardo Lacaz. *Tributação das heranças e doações*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, tópicos 3.3.1 e 3.4.3.1.

³² BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. Imposto estadual sobre doações. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. vol. 5, p. 317-318.

ambas as modalidades, foram severamente restringidos com a Emenda Constitucional n. 18/1965. Por terem apenas a transmissão como pressuposto, a Comissão de Reforma falou em “impostos sem sentido econômico”, criando “empecilhos de toda ordem e representam sério obstáculo ao desenvolvimento econômico do País”³³. O tal movimento de restrição mereceu o comentário de Sampaio Doria, para quem “é possível que estivesse no espírito dos autores da reforma deslocar a tributação em causa para o âmbito de incidência do imposto de renda, cabível nas hipóteses de acréscimos patrimoniais gratuitos (CTN, art. 43, II)” – tributação que, *in concreto*, apenas não teria advindo mais tarde em lei porque “seria deveras complexa, dentro da estrutura do imposto de renda, se pretendesse atingir o grau de refinamentos discriminatórios possíveis através da atuação direta do imposto *causa mortis* (valor dos quinhões, natureza dos bens, qualidade de herdeiro ou legatário, relações de parentesco, etc.)”³⁴.

Nenhum impedimento que se opusesse, pois, em termos de bitributação jurídica. A inconveniência era formulada, no mais das vezes, pela sobreposição econômica. Afinal, o que se tem, juridicamente, são impostos diversos, e a impossibilidade de sua cumulação, se alguma, advirá de contingências de suas respectivas legislações. Assim o reconheceu o Tribunal de Finanças Alemão (*Bundesfinanzhof*)³⁵ em relação ao Imposto de Renda e ao Imposto sobre Doações (*Schenkungssteuer*), que teriam teleologias próprias e distintas, o primeiro admitindo a consideração econômica, e o segundo sobreposto a conceitos de Direito Civil, razão pela qual fatos tributáveis pelo primeiro poderiam não suscitar a cobrança do último³⁶.

Em verdade, interessante notar que o inconformismo da literatura com a cumulação entre Imposto de Renda e Imposto Estadual se justifica, não raro, pela bitributação econômica. Assim se percebe em Mattos, para quem no “campo de incidência do tributo estadual” está a “transferência de bem capital ou patrimonial”, mas com a ressalva de que “argumentar-se que o fato gerador do imposto estadual é a aquisição (transmissão de um e aquisição de outro) e que o fato gerador do tributo federal é o aumento patrimonial, é esquecer-se de que o aumento patrimonial é a consequência da aquisição, da qual ocorre, e que o sujeito passivo (o adquirente) e o objeto de ambos os tributos (transferência de capital) seriam os mesmos”³⁷. Na exposição do autor, vê-se a mera – e inevitável – bitributação econômica.

Também Mariz de Oliveira pondera que “ainda que se queira defender que a dupla incidência seria apenas econômica, e não jurídica, porque o imposto estadual grava o negócio jurídico isolado e em si, ao passo que o imposto de renda gravaria a consequência do ato, representada pelo aumento no patrimônio do donatário, a distinção é tênue

³³ Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. *Reforma da Discriminação Constitucional de Rendias (Anteprojeto)*. Fundação Getúlio Vargas, 1965, p. 78-79.

³⁴ DORIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 198.

³⁵ BFH v. 7.11.2007 – II R 28/06, BStBl. II 2008.

³⁶ Para uma descrição do caso, cf. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. *A consideração econômica no direito tributário*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 221-224.

³⁷ MATTOS, Francisco de Souza. A doação e o Imposto de Renda. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Estudos tributários*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, p. 192.

e, em última análise, o fato tributável seria um só³⁸. O autor sugere que a distinção entre coisa e outra – bitributação vedada e bitributação lícita – deveria apenas a “filigranas jurídicas”.

Filigranas, todavia, que representam todo o efeito que parece possível extrair da discriminação constitucional de competências tributárias. A virtude do sistema brasileiro não está em expurgar a sobreposição econômica, até porque esta é inevitável em uma federação. Nada na Constituição Federal veda aquela sobreposição, se de seus efeitos se extraírem simples inconveniência econômica. A identidade de objetos é econômica, pois sujeitos a dois impostos distintos. A bitributação historicamente vedada pela discriminação de competências não oferece solução ao caso do Imposto de Renda e do Imposto Estadual.

3.1. O argumento de Alcides Jorge Costa e Paulo Bonilha

Pela particularidade frente à discussão acima, argumento que merece consideração em separado é o apresentado por Alcides Jorge Costa e Paulo Bonilha.

Costa escreveu que, “no que diz respeito a doações e heranças, creio não ser possível submetê-las ao imposto de renda por serem objeto de imposto específico, de competência dos Estados”³⁹. Seria “verdade que nada impede que o legislador constitucional crie dois impostos diferentes incidindo sobre a mesma matéria, embora seja desaconselhável sob o ponto de vista econômico. No caso, contudo”, emendou o tributarista, “parece-me que a Constituição retirou do campo do imposto de renda os acréscimos patrimoniais resultantes de heranças e doações”.

No mesmo sentido, segundo Bonilha, “embora possam ser encarados como fatos distintos – a transmissão do bem e o conseqüente acréscimo patrimonial –, parece-nos que a subjacência econômica é uma só”. O tributarista seguiu: “esta [subjacência], por sua vez, sujeita-se ao imposto estadual específico no momento da transmissão, como decorrência direta da partilha constitucional de competências impositivas, não se justificando, com a devida vênia, a concomitante e cumulada tributação do acréscimo patrimonial correspondente, pelo imposto de renda”⁴⁰.

Nenhum dos autores sustenta haver bitributação jurídica – e assim genericamente vedada – entre Imposto de Renda e Imposto Estadual. Pelo contrário: Costa somente menciona a bitributação econômica, em regra “desaconselhável”. Igualmente, Bonilha apenas aponta existir uma identidade de “subjacência econômica”, concedendo haver “dois fatos distintos” naqueles tributos. A particularidade do argumento está em que os autores, embora admitindo uma mera bitributação econômica, ainda assim repudiam a cumulação de Imposto de Renda e Imposto Estadual em virtude da discriminação de competências tributárias.

³⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2020. vol. 1, p. 223-224.

³⁹ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 28-29.

⁴⁰ BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. Imposto estadual sobre doações. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. vol. 5, p. 327.

Se o Imposto de Renda e o Imposto Estadual se sobrepõem economicamente, e se esta modalidade de bitributação não é afastada pela Constituição Federal, então o argumento dos autores toma a premissa de que a competência tributária sobre os acréscimos gratuitos fora *suprimida* de um daqueles dois entes em benefício do outro ente, resolvendo-se a cumulação potencial mediante a definição da materialidade de um dos campos privativos. Considerando que a competência dos Estados para a matéria é inequívoca, resta que a sobreposição econômica teria sido resolvida pela definição negativa da competência da União. Também assim conclui Luís Flávio Neto, em comentário posterior ao texto de Costa, ao afirmar que o autor teria sido “preciso ao demonstrar que, embora heranças e doações possam gerar acréscimo patrimonial ao herdeiro ou donatário, a Constituição Federal brasileira” as teria excluído “da competência da União, competindo privativamente aos Estados e ao Distrito Federal tal aptidão (ITCMD)”⁴¹.

No art. 153 da Constituição Federal, a União tem a competência para instituir imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. Não se colocam restrições expressas àquela materialidade, e nada se diz na Constituição Federal sobre os acréscimos patrimoniais gratuitos. Para enfrentar o argumento apresentado por Costa e Bonilha, os tópicos seguintes investigam, teórica e normativamente, a noção de renda e a – alegada – restrição à competência privativa da União no ordenamento.

4. Acréscimos gratuitos e o conceito de renda

Acréscimos gratuitos são renda daquele que os obtém. É a conclusão que oferece o consenso alcançado sob o conhecido e abrangente modelo Schanz-Haig-Simons (o “SHS”), que exige sejam considerados *todos* os acréscimos patrimoniais (incluindo a renda imputada), então somados ao consumo no período, para chegar à renda do indivíduo. No conceito desenvolvido, os três financistas se preocupavam com o poder ou capacidade econômica da pessoa, e assim admitiam que os acréscimos gratuitos, como o recebimento de doações e ganhos eventuais (os *windfall gains*), incrementavam o tal poder ou capacidade⁴². Especificamente, Schanz falava do valor monetário equivalente a tudo que se colocasse sob o poder de disposição da pessoa, aí expressamente incluídos ganhos como loteria ou heranças. Igualmente, o conceito de renda para Haig compreendia “the increase or accretion to one’s power to satisfy his wants [...] so far as that power consists of [...] anything susceptible of valuation in terms of money”. Também neste sentido, Simons formulava o seu conceito em termos de consumo e aumento no estoque de direitos de propriedade da pessoa no período, quaisquer que fossem.

A inclusão de acréscimos gratuitos, como o próprio modelo SHS, volta a noções mais basilares de renda psíquica, ou o conceito ideal de renda, avaliada em termos de satisfação experimentada pela pessoa quando do consumo. Afinal, se a renda está no incremento havido pela pessoa em sua capacidade de adquirir utilidades, então é inegá-

⁴¹ NETO, Luís Flávio. Comentários ao “conceito de renda tributável”. In: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; COSTA, Sérgio de Freitas (org.). *Diálogos póstumos com Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2017, p. 65.

⁴² HOLMES, Kevin. The concept of income: a multi-disciplinary analysis. *Doctoral Series 1*. Amsterdam: IBFD, 2000, capítulo 10.

vel que o poder de compra do beneficiário é aumentado pelos bens recebidos em herança ou doação, que podem se trocar ou vender livremente em mercado⁴³. Haveria assim acréscimo patrimonial (*rectius*, uma renda-acréscimo) no recebimento dos bens, mesmo gratuitamente, dado o poder de disposição que somou ao beneficiário da herança ou doação.

Embora difundida sob o modelo SHS, a conclusão pela existência de renda nos acréscimos patrimoniais gratuitos não é unânime. Também há muito, financistas questionam a inclusão de ganhos eventuais no conceito de renda. Basta ver a posição de Seligman: ainda que admitisse que renda seria o valor “at the disposal of the owner for purposes of consumption”, o autor ressaltava que “income ought not to be conceived as including those merely temporary elements which constitute an addition to capital”⁴⁴. No exemplo de Seligman, “if I receive a large gift or an unexpected inheritance, these are a part of my revenue for the year; but, strictly speaking, as they are not expected to recur, they ought to be regarded rather as additions to capital than constituent elements of income”. Assim, em formulação mais restrita do que aquela vista sob o modelo SHS, o conceito de renda implicaria também “the ideia of regularity, that is, the inflow of wealth from a more or less regular source”. É fácil notar que, mais preocupado com a existência – e permanência – de alguma fonte produtora do que com o próprio acréscimo experimentado pelo beneficiário, Seligman tinha para si um conceito que a literatura viria então a desenvolver sob a denominação de “renda-produto”, genericamente (também dita “rédito-producto”, “Quellentheorie” ou “source theory”).

Em paralelo à teoria acima, a inclusão dos acréscimos gratuitos no conceito de renda encontrou a resistência de autores que, muitas vezes associados à renda-produto, postularam que apenas se poderia considerar como renda o resultado de um ato praticado com emprego de certo esforço produtivo pelo beneficiário: mais do que permanente, a fonte seria “produtora”. Nesta linha, o critério da produtividade seria determinante para o conceito de renda, e o ganho haveria de decorrer de uma atividade econômica desenvolvida pelo beneficiário para que então se entendesse como renda que auferiu⁴⁵. A renda seria, pois, a soma de produtos, que poderiam decorrer do trabalho ou do investimento de capital, de que seriam expressão tanto atividades empresariais quanto a atividade de profissionais autônomos. A reverso, heranças e doações não constituiriam renda tributável, pois não implicariam o emprego de um bem, atividade ou esforço produtivo de seu beneficiário, i.e. não seriam produzidas pelo herdeiro ou donatário⁴⁶.

Já se considerou, inclusive, que a renda deveria advir de um ato praticado com intuito lucrativo. Tal o caso da dita *market income*, noção que, na Alemanha, justificaria que

⁴³ CHANCELLOR, Thomas. Imputed Income and the Ideal Income Tax. In: CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; MCCOUCH, Grayson M. P. (org.). *Federal Income Tax anthology*. Cincinnati: Anderson, 2003, p. 142-149.

⁴⁴ SELIGMAN, Edwin R. A. *The Income Tax: a study of the history, theory and practice of income taxation at home and abroad*. Nova York: The Macmillan Company, 1911, p. 20.

⁴⁵ WUELLER, Paul H. Concepts of Taxable Income I – the German contribution. *Political Science Quarterly* vol. 3, n. 1, 1938, p. 92-93.

⁴⁶ STEVANATO, Dario. Should inheritance be taxed as income? *World Tax Journal* n. 13. Amsterdam, IBFD, 2021, p. 664.

proventos de jogos não se considerassem renda em virtude da diminuta possibilidade de lucro no *gambling* – e que igualmente recomendava não se considerassem doações como renda, pois o enriquecimento do beneficiário viria na medida do empobrecimento do donatário⁴⁷. Aqui, a teoria da renda-produto termina por se aproximar – e encampar – o que se chamaria de um “critério do produto líquido” (*net product criterion*), no qual o acréscimo experimentado pela pessoa apenas se poderia considerar renda na parcela em que fosse uma efetiva “net addition to society’s total income”, i.e. correspondesse a “creation of new wealth”⁴⁸. Por conseguinte, estariam afastados os simples “transfer payments from income, whether in cash or in kind”. A renda surgiria, assim, com o aumento total da renda da sociedade. Transferências dentro da própria economia não se poderiam considerar.

Exemplo da simbiose desenvolvida entre a renda-produto e o critério do produto líquido já estava em 1905 na conhecida proposição de Quarta, para quem um provento seria renda se (i) constituísse riqueza nova, (ii) resultasse de energia ou força produtiva e (iii) fosse passível de reprodução sucessiva a partir de mesma fonte⁴⁹. Na definição exposta, combinando a renda-produto com o critério do produto líquido, nada se vê que pudesse compreender os acréscimos patrimoniais gratuitos ou eventuais que a renda-acréscimo ampla, conforme depois propalada pelo modelo SHS, compreenderia. Nessa acepção restritiva, as heranças e doações, apenas redistribuindo a riqueza preexistente na sociedade, não constituiriam renda tributável, que apenas teria lugar nos fluxos que incrementassem o estoque de capital nacional, como se a capacidade contributiva individual fosse mera projeção do acréscimo verificado globalmente na sociedade, dependendo da apuração de contas (e superávits) nacionais⁵⁰.

A diversidade de proposições, mesmo em oposição umas às outras, demonstra que um conceito econômico e ideal de renda não é unívoco. Não está na literatura financeira, pois, a resposta segura sobre a qualificação dos acréscimos patrimoniais gratuitos. Estes ora se consideram renda (modelo SHS ou renda-acréscimo), ora se excluem daquele conceito (renda-produto ou critério do produto líquido), a depender das premissas adotadas. A definição sobre o tema implica investigar o ordenamento positivo, como adotado por cada país.

É que os conceitos ideais de renda, úteis à Ciência das Finanças e às formulações econômicas, nem sempre são adequados ao Direito Tributário. Basta ver que os conceitos mais fundantes de renda partem de noções tão abstratas e subjetivas quanto “satisfação” e “utilidade”, sem se estenderem sobre quais seriam os critérios para a sua mensuração. Ainda que, em concessão à praticabilidade, alguma mensurabilidade se obtivesse com a monetarização dos benefícios, os modelos como o SHS permanecem objeto de

⁴⁷ LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 3-31.

⁴⁸ HOLMES, Kevin. The concept of income: a multi-disciplinary analysis. *Doctoral Series 1*. Amsterdam: IBFD, 2000, capítulo 3.

⁴⁹ BELSUNCE, Horacio García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el derecho tributário*. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 88.

⁵⁰ STEVANATO, Dario. Should inheritance be taxed as income? *World Tax Journal* n. 13. Amsterdam: IBFD, 2021, p. 669-670.

crítica em virtude da vagueza de categorias (e.g. “consumo” ou “patrimônio”) que utilizam, ditas ambíguas e elusivas e, assim, inapropriadas a exigências de política fiscal⁵¹. Diferente da teoria econômica, o legislador tributário se importa com mecanismos objetivos e seguros de arrecadação⁵². Ao fim e ao cabo, o que se perceberia é que “any operative definition of income is essentially a political choice”, havendo aí tantos conceitos quantos forem os propósitos a que servem: “income definitions for taxes, transfers, measurement of national production, measurement of household resources, measurement of individual wellbeing, health care subsidies, student financial aid grants and loans, and more”⁵³. Ao jurista, cabe investigar o conceito positivado pelo respectivo Direito (Tributário).

A variedade das formulações na literatura deságua na variedade das legislações, explicando a segunda razão que dirige o intérprete ao respectivo ordenamento na investigação sobre os acréscimos patrimoniais gratuitos. A exemplo das proposições vistas acima, também o Direito Comparado demonstra uma solução política plurívoca. Países que, como os Estados Unidos, excluem expressamente os acréscimos gratuitos do Imposto de Renda – ali o Código Tributário determina que “gross income does not include the value of property acquired by gift, bequest, devise or inheritance” – convivem com países que, como a Dinamarca, optaram pela tributação sistemática daqueles acréscimos pelo Imposto de Renda, em uma versão que se diz “quase pura” do conceito fundante de renda⁵⁴. Não havendo uma solução única que se possa deduzir do Direito Comparado ou Ciência das Finanças, o tópico seguinte trata do ordenamento tributário brasileiro.

4.1. Acréscimos gratuitos e o conceito de renda tributável no Brasil

Entre nós, também é percebida a dificuldade de “se transportar para o campo do direito tributário o conceito de renda formulado pelos economistas”: a legislação do Imposto de Renda brasileiro mostraria, “através dos tempos, uma tendência no sentido de não vincular a incidência do tributo a conceituações ou teorias econômicas”, antes delimitando a incidência “de modo pragmático, sem vinculações necessárias com noções de renda, ganho, rendimento ou lucro porventura consagradas noutros departamentos”⁵⁵. Desde há muito se escreve que “a lei brasileira não pode ser estritamente filiada a uma determinada teoria econômica”, até porque seria “de se duvidar que exista uma lei positiva que adote efetiva e consistentemente uma teoria econômica determina-

⁵¹ THURONYI, Victor. The concept of income. *Tax Law Review* n. 46. Nova York: New York University School of Law, 1990.

⁵² GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 33-52.

⁵³ BROOKS, John R. The definitions of income. *Tax Law Review* n. 71. Nova York: New York University School of Law, 2008, p. 253.

⁵⁴ HOLMES, Kevin. The concept of income: a multi-disciplinary analysis. *Doctoral Series* 1. Amsterdam: IBFD, 2000, capítulo 3.

⁵⁵ CANTO, Gilberto de Ulhôa. A aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 33 e ss.

da”: na prática não seria “possível, nem mesmo talvez desejável, que uma legislação positiva se atenha com absoluto rigor a concepções doutrinárias”⁵⁶.

O pragmatismo não impediu que o debate acima chegasse ao Brasil. Pelo contrário, estudos clássicos do Imposto de Renda demonstram notado alinhamento dos estudiosos pátrios com o que travavam o Direito e literatura comparados. Em artigo escrito originalmente em francês para o exterior, Rubens Gomes de Sousa já asseverava que “uma conclusão pragmática” sobre o conceito de renda seria “muito pouco satisfatória para os espíritos animados, ainda que modestamente, por um desejo de precisão científica”⁵⁷. O autor se coloca, então, a investigar “concepções clássicas de renda”: passa pela dicotomia entre a “renda-acrécimo” e a “renda-produto”, notando, sobre a última, que a “periodicidade não tem valor por si mesma”, mas como “corolário do segundo elemento da definição, a existência de uma fonte patrimonial duradoura”. Aqui, o autor destaca a “exploração da fonte pelo titular da renda”, observando que o requisito é apto a “excluir do conceito de renda certas receitas decorrentes de circunstâncias puramente fortuitas, para as quais o titular em nada concorreu”. Oferece, finalmente, como os “exemplos mais ou menos únicos de receitas obtidas sem qualquer intervenção do titular, as doações e as heranças: hipóteses efetivamente excluídas de modo expresso pela lei, quer dos impostos cedulares, quer do imposto complementar sobre a renda global”.

A aparente predileção de Sousa pela renda-fonte como um “conceito clássico de renda” viria a se refletir no trabalho presidido pelo autor que, por comissão do Ministério da Fazenda, seria o Projeto de 1954 do Código Tributário Nacional. Divergindo do que depois se aprovaria na Lei n. 5.172/1966, o Projeto não fazia nenhuma referência à renda-acrécimo. O documento esgotava o “fato gerador” do Imposto de Renda com a “aquisição de riqueza nova produzida pelo capital, pelo trabalho, ou pela combinação de ambos”. A filiação da Comissão ao que ali supunha ser a “conceituação clássica do rendimento tributável” era declarada pelo Relatório. O arazoado destacou a “referência expressa ao capital, ao trabalho ou à combinação de ambos, como fontes originárias do ganho tributável”, para então esclarecer que aquela “fórmula deixa de compreender, com efeito, tão somente os ganhos puramente gratuitos, como as doações, heranças, ou legados”⁵⁸. Tamanho era o compromisso do Projeto com o conceito de renda ali adotado que a Comissão ainda destacava, “como qualificativa da riqueza nova tributável, a circunstância de dever tratar-se de riqueza produzida”. Registrou-se ali que o “esclarecimento, ligando a percepção do ganho ao elemento volitivo do seu titular na exploração do patrimônio de que decorre, contém, com efeito, implícitos os três fundamentos da conceituação teórica, razão pela qual a doutrina e a exegese legal mais recentes tendem a lhe atribuir um caráter preponderante na conceituação da matéria tributável e, através desta, na identificação da própria figura específica do imposto de renda”. Era evidente,

⁵⁶ ASCARELLI, Tullio; SOUSA, Rubens Gomes de; ALMEIDA FILHO, João Batista Pereira de. *Lucros extraordinários e Imposto de Renda*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1944, p. 101.

⁵⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. *Revista de Direito Público* n. 14. São Paulo: RT, 1972, p. 339-346.

⁵⁸ Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, 1954, p. 127 e ss.

pois, a filiação do Projeto do Código de 1954 à “renda-produto”, teoria suposta pelos seus autores como o “conceito clássico de renda” – i.e. preponderância do elemento produtivo, implicando esforço do beneficiário da renda.

A linha original do Projeto de 1954, todavia, não foi a única teoria representada nos trabalhos que culminaram no Código mais tarde editado. Depois de uma década arrefecido, o impulso reformador foi retomado no decurso dos anos 1960, quando “estudos diversos foram elaborados, sob os auspícios da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, para a reforma da legislação do imposto de renda”, participando estudiosos como Gouvêa de Bulhões, Mário Henrique Simonsen e Bulhões Pedreira⁵⁹. A pretensão de reforma chegou ao Código Tributário Nacional, a quem caberia cumprir os novos papéis que a novel Emenda Constitucional n. 18/1965 atribuía para uma lei de caráter nacional. Já em 1966, quando se realizaram “no 10º andar do Ministério da Fazenda em seu Auditório, no período de 15 a 17 de junho último, às 10 horas da manhã, as sessões de abertura e de debates em torno do anteprojeto de código tributário nacional”, os congressistas, sob a presidência do então Ministro Gouvêa de Bulhões, não mais tinham diante de si o antigo Projeto de 1954⁶⁰. Discutia-se na ocasião o trabalho da “Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda presidida pelo Sr. Dr. Luiz Simões Lopes”, que, “após haver feito metuculoso estudo sobre o assunto, elaborou a Parte I do citado Código”. Na revisão de 1965, os trabalhos para o Código Tributário Nacional já não se conduziam, pois, pelo grupo de juristas de 1954 sob Rubens Gomes de Sousa, mas por estudiosos reunidos sob o presidente da Fundação Getulio Vargas. Em composição diversa – tendo Gomes de Sousa como Relator – a “Comissão que reviu o Projeto do Código foi a mesma que elaborou o projeto de reforma tributária no plano constitucional” em 1965⁶¹.

No art. 43 do Projeto de Código concebido pela nova Comissão de Reforma, previa-se que “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, de acréscimo patrimonial *a título oneroso ou gratuito*”. O contraste com o Projeto de 1954 não poderia ser maior. A redação já não mencionava uma “riqueza nova” ou “produzida”. Falava, antes e apenas, em “acrécimo patrimonial”. O novo projeto esclarecia, inclusive, a abrangência daquele acréscimo: “a título oneroso ou gratuito”. Parece evidente que, em franca divergência do Projeto de 1954, o Projeto de 1965/66 abandonou a renda-produto, anteriormente tomada como um “conceito clássico de renda”, em favor declarado da renda-acréscimo, conforme se propagava sob o crescente consenso no modelo SHS. A declaração viera com o Relatório da Comissão de Reforma, em que se esclarecia, diligentemente, que “o conceito hoje em vigor, tanto de ‘renda’ como de ‘rendimentos’ é suficientemente amplo para abranger todos os acréscimos patrimoniais decorrentes do trabalho e do capital, ou da combinação de ambos, ainda que não sejam de caráter pe-

⁵⁹ Ministério da Fazenda. *Evolução do Imposto de Renda no Brasil*. Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro, 1966, p. 52.

⁶⁰ I Conferência dos Secretários de Fazenda para a Reforma Tributária. *Revista do Serviço Público* n. 98 (2). Rio de Janeiro, abril/maio/junho de 1966, p. 119-138.

⁶¹ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 25.

riódico, ou ‘frutos’, como os denomina o direito civil”⁶². Ganhos eventuais, que em 1954 se excluíram do Imposto de Renda, voltavam ao conceito de renda.

Aberta a divergência, nenhuma daquelas duas pretensões teóricas – 1954 e 1965/1966 – chegariam ao Código Tributário Nacional. O texto finalmente editado na Lei n. 5.172/1966 não firmou compromisso com a “renda-produto”, como quiseram os pioneiros de 1954, e tampouco com a “renda-acrécimo”, como quiseram os reformadores de 1965. O art. 43 do Código contemporizou a discussão. Dispôs que o Imposto de Renda tem como “fato gerador” ou bem (i) a “renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”; ou bem (ii) “proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”.

No dispositivo legal, desaguou o ecletismo que dominava as teorias sobre a renda e que influenciou, em divergência no tempo, os seus próprios idealizadores. Sem compromisso com qualquer uma das teorias, o inciso I do art. 43 enuncia a renda-produto, enquanto o inciso II enuncia a renda-acrécimo. Assim, é com precisão que Alcides Jorge Costa assinala que o artigo “faz uma distinção entre renda como fruto periódico de um capital e renda como acréscimo patrimonial”, de modo que “a primeira fórmula atende à teoria da fonte” e “a segunda à teoria do acréscimo”⁶³. Sobre a primeira, a literatura aponta que “só interessa o fluxo, isto é, a entrada do rendimento que, por si só, denota um acréscimo patrimonial”⁶⁴. Na segunda, está o “simples confronto das cifras referentes a dois períodos distintos”⁶⁵.

Se o Código Tributário Nacional superou um dissenso histórico para contemplar ambos os conceitos de renda – i.e. fonte e acréscimo – no art. 43, então como considerar que apenas os ganhos onerosos ou produtivos estariam sujeitos ao Imposto de Renda? O dilema é bem percebido por Tilbery⁶⁶. Ainda que considerasse “correta” a conclusão por um “conceito oneroso de Imposto de Renda”, o autor bem concedia que “a possibilidade da interpretação do art. 43 do C.T.N. em sentido mais amplo não é totalmente afastada, embora a referência expressa do projeto ao acréscimo patrimonial a título gratuito na redação final tenha sido eliminada”. Afinal, prossegue o autor, o “teor do art. 43, inciso II *não distingue*, o que, em princípio abriria a faculdade para um entendimento fiscalista, abrangendo *todos* os acréscimos, não compreendidos no inciso anterior – sejam onerosos ou gratuitos” [destaques originais].

⁶² Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. *Reforma Tributária Nacional*. Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 44-45.

⁶³ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 27.

⁶⁴ ROTHMANN, Gerd Willi. *Inconstitucionalidade múltipla da tributação da importação de serviços: réquiem ou catarse do Sistema Tributário Nacional?* Tese de Livre-docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 129.

⁶⁵ 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 (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 37.

⁶⁶ TILBERY, Henry. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: SOUZA, Hamilton Dias de; TILBERY, Henry; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: José Bushatsky, 1975. vol. 1, p. 86.

É o desapego do Código a uma teoria específica que autoriza Roberto Quiroga a afirmar que “independentemente da origem da fonte patrimonial, se própria ou de terceiros, todo e qualquer acréscimo de elementos patrimoniais é passível de tributação pelo imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”⁶⁷. Em que pese a assertiva tenha fundamento em uma noção de renda – acréscimo, irrelevante a fonte e a produtividade – expressamente contemplada no Código Tributário Nacional, certos óbices são concebidos na literatura, a partir do próprio art. 43, para que acréscimos patrimoniais gratuitos sejam submetidos ao Imposto de Renda. Os impedimentos são apresentados e enfrentados nos tópicos seguintes.

4.1.1. A limitação do critério do produto líquido

Há quem sustente que o Código Tributário Nacional teria contemplado um critério do produto líquido, rejeitando as transferências que não impliquem criação de riqueza nova e meramente realoquem o produto dentro da economia. Para Brito Machado, as transferências patrimoniais, aí incluídas as doações e heranças, não se poderiam considerar renda tributável, ainda que acrescessem o patrimônio do beneficiário⁶⁸. Semelhante referência está em Bulhões Pedreira, quando escreveu no sentido de que “a definição de renda como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos é clássica” porém “restritiva, pois compreende apenas os pagamentos de renda; não abrange as transferências de renda – a renda que é atribuída a pessoas independentemente de sua contribuição para a produção”⁶⁹.

O argumento dos autores, embora inspirado em (um dos) conceitos presentes na Ciência das Finanças, carece de demonstração normativa contundente. Se o Código certamente revela a adoção das teorias da renda-fonte e renda-acréscimo nos incisos transcritos, a presença do critério do produto líquido, muitas vezes associado (mas não *equivalente*) à renda-produto, parece duvidosa. Basta lembrar que a referência expressa a uma “riqueza nova produzida” – desejada pelo Projeto de 1954 e que somaria expressamente o critério do produto líquido ao ordenamento, associado à renda-produto – nunca recebeu vigência pelo art. 43 finalmente editado. No dispositivo vigente, figurou apenas o elemento de produtividade, a exigir alguma atuação positiva do beneficiário para obter a “renda-produto”, elemento entendido como mais razoável que a periodicidade ou permanência da fonte no “conceito clássico de renda” de seus idealizadores.

Ademais, fosse acertado que o dito critério do produto líquido se incorporara ao Código Tributário Nacional, então haveria de ser aplicado consistentemente no sistema, quando nunca o fora⁷⁰. A inconsistência é notória nos acréscimos decorrentes de ilícitos como roubo ou furto. Ainda que aqueles atos operem uma simples transferência de ren-

⁶⁷ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 135.

⁶⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Cadernos de Pesquisas Tributárias* n. 11. São Paulo: Resenha Tributária/CEEU, 1986, p. 258.

⁶⁹ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda – pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979. vol. 1, p. 175.

⁷⁰ Sobre a importância do raciocínio por indução para a construção de argumentos sistemáticos, cf. HÖPFNER, Clemens. *Die systemkonforme Auslegung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 208.

da, sem somar nenhuma riqueza nova para a economia, a Lei n. 4.506/1964 determina que “os rendimentos derivados de atividades ou transações ilícitas, ou percebidos com infração à lei, são sujeitos a tributação, sem prejuízo das sanções que couberem”. É sabido ser “corrente o entendimento de que o resultado econômico do ato ilícito não pode ficar livre de tributação”, no que “a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência entende ser cabível a tributação da renda obtida por atos ilícitos”⁷¹. Fosse admitido o critério do produto líquido, também não poderiam substituir as hipóteses de tributação de renda imputada, que não correspondem a qualquer incremento novo na economia. A renda imputada, todavia, é presente no ordenamento: tome-se o caso do art. 23 da Lei n. 4.506/1964, que classifica como um rendimento de aluguel o “valor locativo do prédio urbano construído, quando cedido seu uso gratuitamente”, em imputação⁷².

Igualmente importante é perceber que Bulhões Pedreira, seguindo os financistas, tinha em vista somente a *renda-produto* quando equiparou o conceito de renda ao critério do produto líquido. O autor bem concede que a suposta noção de renda-produto “não é, porém, a única fonte de acréscimo ao patrimônio líquido, que pode resultar também de *transferências de capital* (doações, heranças, subscrição de capital social ou de valores mobiliários emitidos pela companhia e subvenções para investimento)”⁷³ (destaque original). Ambas as noções – i.e. renda-produto/produto líquido e renda-acréscimo – teriam sido contempladas pelo Código Tributário, que assim definira renda no “acréscimo de poder econômico” do beneficiário, bem à forma do modelo SHS. Nas palavras do autor, “foi para evitar as interpretações de que o imposto não podia incidir sobre *transferências de renda* que as Constituições de 1946 e 1967 referiram-se a ‘renda e proventos de qualquer natureza’. [...] O CTN definiu ‘proventos de qualquer natureza’ como acréscimos patrimoniais que não resultam de pagamento de renda” [destaque original]. O critério do produto líquido, muitas vezes oposto à tributação de heranças e doações, não teria que ver, pois, com a outra modalidade de renda contemplada pelo Código Tributário Nacional: o acréscimo patrimonial, em que aqueles ganhos integrariam a noção de renda.

4.1.2. A limitação da “market income” (ou “proventos”)

Curiosamente, a expressão a que se refere Bulhões Pedreira e que fora empregada no Código para designar a renda-acréscimo – i.e. “proventos de qualquer natureza” – por vezes inspira na literatura ainda outra limitação à tributação de acréscimos gratuitos pelo Imposto de Renda. Diversamente da linha acima, o argumento não ignora a renda-acréscimo, e tampouco a associa ao critério do produto líquido, mas sustenta que “os ‘proventos’ são remuneratórios”, no que seria então “evidente que não podem abranger

⁷¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (org.). *Tributação do ilícito – estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 148-149.

⁷² SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes da. A tributação da renda na cessão gratuita de uso de imóveis, prevista no art. 23, inciso VI, da Lei n. 4.506/1964: renda imputada ou cláusula especial antiabuso? *Revista Direito Tributário Atual* vol. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2018, p. 138-162.

⁷³ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a renda – pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979. vol. 1, p. 175-176.

as doações, que, embora constituam acréscimos patrimoniais, não o são a título gratuito, sem qualquer caráter remuneratório ou de contraprestação⁷⁴. Nessa linha, ressoa a *market income*, que se viu acima exigir o intuito lucrativo para a renda.

Aliomar Baleeiro, escrevendo em sequência à edição do Código, aduzia que o termo “proventos de qualquer natureza” seria uma “fórmula ampla de que lançou mão o constituinte para evitar controvérsias sobre o conceito de renda”⁷⁵. Pelo menos uma controvérsia já era, com efeito, bem conhecida sobre a extensão do conceito de renda: a tributação da mais-valia de bens de capital, i.e. o “ganho de capital”. A questão remete a antiga oposição teoricamente traçada entre “renda” e “capital” na literatura precedente ao Código, propondo “encarar a renda, para efeitos fiscais, como um fruto civil, o que torna clara a contraposição entre capital e renda, correspondente aquele à árvore e esta ao fruto”⁷⁶. A distinção se fez sentir especialmente no Imposto de Renda da Pessoa Física, em que a noção de “rendimento” na lei motivara decisões do Departamento do Imposto de Renda para assegurar que “a maior valia na pessoa física não é tributada”⁷⁷, ou que “o imposto de renda incide sobre o rendimento e não sobre o capital”⁷⁸. Nessa linha, é sustentado que a dicção do Código sobre proventos que não se compreenderiam como “renda-produto” teria servido a autorizar a tributação de ganhos de capital, nada mais.

Ora, o Código Tributário Nacional não fala em “proventos *do capital*”, expressão que bastaria para ressaltar a distinção acima. Sem referência à dicotomia “renda” ou “capital”, o Código dispõe sobre “proventos *de qualquer natureza*”. Ao tempo em que editada a lei, aquela distinção já fora superada pela literatura, anotando que “o conceito jurídico de capital como conjunto de bens que renovam seus frutos periodicamente, a exemplo das plantações em cada safra, ou dos rebanhos a cada de reprodução, não basta às necessidades práticas do Direito Fiscal”, que “tributa igualmente réditos aleatórios”⁷⁹. Mesmo Gomes de Sousa, em seu estudo sobre o conceito de renda, escreveu sobre o “abandono do critério comparativo entre esta e o capital”, sendo que “já não se trata de opor uma ao outro, mas de associá-los numa concepção eclética em que são ao mesmo tempo causa e efeito, o que se pode exprimir dizendo que a renda é um estágio formativo do capital e reciprocamente”⁸⁰. É bem ver que as teorias da renda-fonte e da renda-acréscimo, além de notoriamente diversas, sucederam-se historicamente no tempo, com as exigências estritas da renda-produto cedendo à noção mais ampla de renda-acréscimo⁸¹. Se muito, a distinção entre “capital” e “renda” seguiria justificada em siste-

⁷⁴ MATTOS, Francisco de Souza. A doação e o Imposto de Renda. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (org.). *Estudos tributários*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, p. 194.

⁷⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 170.

⁷⁶ ASCARELLI, Tullio; SOUSA, Rubens Gomes de; ALMEIDA FILHO, João Batista Pereira de. *Lucros extraordinários e Imposto de Renda*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1944, p. 102.

⁷⁷ DIR, Processo n. 546/42, *DOU* de 15.09.1942; Processo n. 244/42, *DOU* de 29.08.1942.

⁷⁸ DIR, Processo n. 6.282/43, *DOU* de 04.03.1944; Processo n. 3.388/43, *DOU* de 09.11.1943; Processo n. 1.983/1942, *DOU* de 11.11.1943.

⁷⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 310.

⁸⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. *Revista de Direito Público* n. 14. São Paulo: RT, 1972, p. 341.

⁸¹ BELSUNCE, Horacio García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

mas de *common law*, em que particularidades da lei permitem dizer que “a capital gain is as conceptually distinct from income as black is from white”⁸². Nada, pois, que se apresentasse no Brasil. Para o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, sequer se colocara a limitação que se viu acima no Imposto de Renda da Pessoa Física. Muito anteriores ao Código, decisões do Departamento do Imposto de Renda davam conta de que “a maior valia na pessoa jurídica está sujeita à tributação”⁸³, ou que “nas pessoas jurídicas, a maior valia proveniente da venda de bens capitais é tributada”⁸⁴. O contexto é confirmado por Alcides Jorge Costa, que, comentando a expressão do Código, nota que “os ganhos de capital são tributados sem que se dispute a legitimidade desta tributação em face da Constituição”, tratando-se de um problema “resolvido há muito tempo e que sequer comporta discussão”⁸⁵. Assim é que, contextualmente, não parece haver como impor tamanha limitação ao *texto* do Código Tributário Nacional. Este nunca discriminou os “proventos do capital”, mas os “proventos de *qualquer natureza*”, entendidos os acréscimos que não se compreendessem sob a renda-produto, porque não produtivos ou derivados de fonte periódica.

Diversamente, outros autores recorrem a uma interpretação sistemática para atribuir a “proventos” o sentido exclusivo de pensões ou aposentadorias. É o exemplo de Ataliba, para quem a expressão é conceituada em Direito Público, em que designa “o dinheiro recebido por uma pessoa em razão do trabalho, mas depois que ela já deixou de trabalhar, por motivo de idade ou doença”⁸⁶. Dessa forma, os proventos no Código Tributário seriam remuneratórios, posto que de prestações passadas, como também sustenta Carvalhosa: “o rendimento que se produz, ou que é fruto, não da realização imediata e simultânea de um patrimônio, mas sim, no acréscimo patrimonial, resultante de uma atividade que já cessou, mas que ainda produz rendimentos” – caso da “aposentadoria, as pensões e demais benefícios de origem previdenciária”⁸⁷.

Ocorre que, se a expressão “proventos” bem pode ter designações em Direito, o mesmo não se pode dizer sobre “proventos de *qualquer natureza*”. Assim formulada, a locução nunca se apresentou sob outro segmento do Direito, mas foi obra do Direito Tributário, quando designou o imposto – sobre “renda e proventos de qualquer natureza” – ainda na Constituição Federal de 1934⁸⁸. Como sustentar uma remissão a outros conceitos, se o Direito Tributário não fala neste ou naquele provento, mas em “proventos de *qualquer natureza*”? Diante da ausência de maior formulação sobre o tal conceito, a própria Comissão do Projeto de 1954 houve por bem registrar que “a conceituação de ‘pro-

⁸² FREEDMAN, Judith. Treatment of capital gains and losses. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie. *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 191-215.

⁸³ DIR, Processo n. 6.255/43, *DOU* de 16.05.1944.

⁸⁴ DIR, Processo n. 1.396/42, *DOU* de 07.07.1943.

⁸⁵ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 27-28.

⁸⁶ ATALIBA, Geraldo Periodicidade do Imposto de Renda II. *Revista de Direito Tributário* n. 63. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 57.

⁸⁷ CARVALHOSA, Modesto. Imposto de Renda – conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional. *Revista de Direito Público* n. 1. São Paulo: RT, 1967, p. 193.

⁸⁸ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 64-67.

ventos' carece de elaboração doutrinária, não estando abrangida, notadamente, pelos estudos do autor do Anteprojeto"⁸⁹. Como método, "adotou o entendimento de que o legislador constituinte, ao referir 'proventos', visou os tipos de ganhos a que falte algum dos elementos do conceito formal de rendimento", i.e. ganhos que não se qualificassem como renda-produto. Não haveria limitação a pensões ou que tais. É como pensa Mariz de Oliveira, para quem "o inciso II do CTN não quis reduzir o alcance da expressão 'proventos de qualquer natureza' às aposentadorias ou outros recebimentos do funcionalismo público, como ela havia sido historicamente concebida e explicada, pois é evidente que a sua redação conduz a um alcance muito mais amplo"⁹⁰.

Parece então correto afirmar, com Sacha Calmon, que "o legislador ao cunhar os *demais proventos*, com toda certeza, não pensou tão restritivamente": estes traduziriam "um aumento patrimonial entre dois momentos de tempo", sendo "proventos, por exemplo, o que se recebe da previdência pública ou privada, os ganhos lotéricos, a absorção de dinheiro em estado de 'res derelicta' ou 'nullius', doação, heranças e legados, indenizações e todos os ganhos que não são provenientes de uma fonte permanente e que só acontecem de vez em quando"⁹¹. Também Fannuchi conclui que "proventos seriam os derivados da previdência social, os de jogo, os de perdão de dívida, etc."⁹², como ainda Soares de Mello, segundo quem as doações e heranças, ainda que não frutos do capital ou trabalho, estariam compreendidas no conceito de proventos, e sujeitas ao Imposto de Renda⁹³. No inciso II do art. 43 do Código Tributário Nacional, parece contemplada, enfim, a renda-acrécimo, como historicamente formulada, e com toda a abrangência que lhe foi dada na literatura, incluindo naquela noção teórica os ganhos eventuais, aleatórios e mesmo gratuitos.

4.2. Acréscimos gratuitos e o típico Imposto de Renda na legislação

Nos tópicos acima, o que se expôs foi a tentativa de se restringir o conceito de renda-acrécimo incorporado pelo Código Tributário Nacional. Como também se viu, os argumentos apresentados para excluir os acréscimos patrimoniais gratuitos daquela noção não parecem se sustentar. Ora carecem de demonstração contextual e sistemática (e portanto, normativa), ora ponderam critérios *praeter legem*. A controvérsia demonstra que a longa elaboração do Código Tributário Nacional, assistindo à evolução de uma renda-produto restrita até a renda-acrécimo ampla, terminou por não se imiscuir nessa questão. O conceito de renda finalmente editado foi eclético. As duas teorias da renda então concebidas foram contempladas de forma plena no art. 43 promulgado e vigente.

O descompromisso do Código com qualquer das teorias que avocam para si um

⁸⁹ Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, 1954, p. 128.

⁹⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2020. vol. 1, p. 222.

⁹¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Heranças, doações e o Imposto de Renda. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Imposto de Renda – alterações fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1998. vol. 2, p. 218.

⁹² FANNUCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1971. vol. 2, p. 67.

⁹³ MELO, José Eduardo Soares de. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. *Cadernos de Pesquisas Tributárias* n. 11. São Paulo: Resenha Tributária/CEEU, 1986, p. 306-335.

conceito definitivo de renda permitiu a manutenção de certo pragmatismo que, ainda antes da sistematização levada a cabo nos trabalhos dos anos 1950 e 1960, via-se na legislação ordinária. Hoje como antes, a legislação do Imposto de Renda brasileiro demonstra notória presença de características do antigo sistema cedular, típico de renda-produto, combinadas com uma base global autêntica e progressiva, como autoriza uma renda-acrécimo⁹⁴. A hibridez do sistema presente somente prosperou, evidentemente, porque o conceito de renda previsto no Código Tributário Nacional é, ele próprio, amplo e híbrido.

O espaço deixado ao legislador condizia com a perspectiva de Rubens Gomes de Sousa. Ainda que não lograsse ter o seu conceito de “renda-produto” levado ao Código como proposto em 1954, o autor registrou o seu ceticismo acerca da possibilidade de se “elaborar uma definição completa” do que seria renda sob a perspectiva “doutrinária”, i.e. advinda de finanças e com a pretensão de coerência; a definição de renda seria, sempre, “ligada ao regime legal positivo”⁹⁵. Com Almeida Filho e Ascarelli, Gomes de Sousa escreveu que eventual pretensão conceitual do legislador de “absoluto rigor a concepções doutrinárias” não seria talvez “nem mesmo desejável”⁹⁶. Daí o Relatório do Projeto de 1954 ressaltar que “a conceituação clássica do rendimento tributável interessa ao legislador, para a definição do fato gerador do imposto, apenas como delimitação de seu campo de atuação, mas não como orientação formal na identificação dos pressupostos materiais ou jurídicos do nascimento da obrigação tributária”⁹⁷.

A toda vista, os estudiosos acima queriam libertar o legislador ordinário da enorme tormenta que seguia ao conceito ideal e definitivo de renda, com formulações as mais variadas, muitas vezes em franca oposição e cujo emprego descuidado poderia suprimir – teoricamente – do campo de incidência do imposto os incontáveis ganhos que, de outra forma, poderiam se pretender tributar pela lei. Um desígnio cumprido, pois, pelo Código Tributário Nacional: no seu art. 43, sobrou o espaço desejado para a operação da legislação, conforme a política e a sistemática que pretendesse desenvolver. Pela sensibilidade de desamararr o legislador federal de aventuras teóricas de uma Comissão Reformadora, Gomes de Sousa recebeu a pecha de “legalista”⁹⁸, como se relegasse à lei ordinária a dignidade maior de prescrever um conceito ideal de renda, ou se endossasse temeridades como a de que “o conceito de renda, para efeitos tributários, é o legal”⁹⁹. Nada mais injusto ao doutrinador.

Na qualificação dos acréscimos patrimoniais gratuitos, a questão verdadeiramente colocada por Rubens Gomes de Sousa desloca a investigação: do Código Tributário Na-

⁹⁴ LEONETTI, Carlos Araújo. *O imposto sobre a renda como instrumento de justiça social no Brasil*. Barueri: Manole, 2003, p. 17, nota de rodapé n. 84.

⁹⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador do Imposto de Renda. *Revista de Direito Administrativo* vol. 12, 1947, p. 44-45.

⁹⁶ ASCARELLI, Tullio; SOUSA, Rubens Gomes de; ALMEIDA FILHO, João Batista Pereira de. *Lucros extraordinários e Imposto de Renda*. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1944, p. 101.

⁹⁷ Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, 1954, p. 127.

⁹⁸ BELSUNCE, Horacio García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el derecho tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 186-189.

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. Ministro Nelson Jobim. Recurso Extraordinário n. 201.456-6/MG.

cional, no qual aqueles ganhos se compreendem sob a renda-acrécimo ali definida, para a lei federal, a quem caberia determinar a hipótese de incidência *in concreto*, a partir do amplo conceito de renda na lei nacional. É o próprio tributarista que, comentando o Decreto n. 24.239/1947 – em que se dispunha que “constituem rendimento bruto, em cada cédula, os ganhos derivados do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, e demais proventos previstos neste regulamento” –, assinala que “coaduna a definição unicamente ao rendimento bruto cedular das pessoas físicas, ressalvando todavia ‘os demais proventos’ previstos na lei, o que permite incluir os ganhos eventuais ou não provenientes quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação de ambos (p. ex., os prêmios de sorteios e, a rigor pelo menos, também as doações, heranças e legados (35-A), o que de resto se coaduna com a definição constitucional da competência tributária federal, que fala em ‘renda e proventos de qualquer natureza.’”¹⁰⁰ Quanto “aos bens recebidos por doação ou herança”, o autor ainda aponta que “a declaração expressa de não incidência contida no § 2º letra ‘b’ do artigo 10 do decreto 24.239 cit. confirma a sua inclusão potencial no âmbito do conceito de rendimento tributável”. Rubens Gomes de Sousa assevera, então, que “a definição é, assim, ligada ao regime legal”, em que “prescinde do critério da periodicidade ou da reprodutividade, pelo menos potencial, do rendimento”: semelhante “critério, importante em doutrina para a fixação da distinção entre renda e capital, fica, na prática, condicionado à definição legal ou à sistemática legislativa, redundando portanto num elemento de investigação de cada caso prático”.

Eis a questão que parece fundamental: o tratamento legislativo da matéria. Ainda que coubessem no conceito (amplo) de renda levado ao Código Tributário Nacional, as doações e heranças foram historicamente isentas de Imposto de Renda no Brasil. A desoneração não é inovação da atual Lei n. 7.713/1988, mas se reproduz por meio da legislação pretérita, voltando até 1924, ano em que o Decreto n. 16.581 dispôs que “o valor dos bens adquiridos por doação ou herança” não “entrarão no computo deste rendimento [bruto]” tributável. É seguro afirmar, pois, que o típico Imposto de Renda da Pessoa Física no Brasil não tributa as heranças e doações recebidas. Admitido que a discriminação constitucional de competências tributárias é empírica e sempre se deu a partir de realidades preexistentes¹⁰¹, cabe perguntar: teria a competência discriminada no art. 153, III, da Constituição Federal compreendido os acréscimos patrimoniais gratuitos? Dito de outro modo, a revogação da isenção histórica reverteria numa incidência tipicamente compreendida no Imposto de Renda brasileiro? A resposta parece positiva, por duas razões.

Primeiro, porque acréscimos patrimoniais gratuitos há muito se tributam a título de renda no Brasil – quando são derivados de prêmios, sorteios ou loterias. O mesmo Decreto n. 16.581/1924 que isentara as heranças e doações também estabelecia que “os prêmios de seguro, os lucros fortuitos, os valores sorteados, os valores distribuídos em sorteio mediante pagamento em prestações por associações constructoras não entrarão

¹⁰⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador do Imposto de Renda. In: SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Edição Saraiva, 1950, p. 175.

¹⁰¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 262 e ss.

no computo do rendimento tributável, de acordo com as disposições deste Regulamento, continuando em vigor o decreto n. 15.589, de 29 de julho de 1922, na parte em que se refere aos mesmos”. No decreto de 1922, já estava o imposto cobrado “sobre lucros fortuitos: valores sorteados, valores distribuídos em sorteio, por clube de mercadorias, prêmios concedidos em sorteio mediante pagamento em prestações por associações constructoras”. O Imposto de Renda sobre o que viria a se denominar “sorteio de qualquer espécie” se manteve ao longo das várias legislações (Decreto-lei n. 1.168/39; Lei n. 4.506/64), e subsiste atualmente. Na tributação desses acréscimos gratuitos e aleatórios, não se vislumbra qualquer diferença para as heranças e doações: todos são ganhos que não somam riqueza nova, não se produzem por fonte periódica e tampouco exigem esforço do beneficiário. O Imposto de Renda brasileiro histórico convive com a renda-acréscimo, gratuita e eventual.

Segundo, porque mesmo as doações há muito se tributam como renda no Brasil – pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica. Ainda que se possa encontrar literatura sustentando a impossibilidade da cobrança, fato é que o Decreto-lei n. 1.598/1976 apenas excepciona doações “feitas pelo Poder Público”, e não se tem notícia de que a abrangência do lucro real tributável tenha sido consistentemente restringida por atividade pretoriana. A distinção entre modalidades de Imposto de Renda – da Pessoa Física e da Pessoa Jurídica – é providência que diz respeito a método de integração, justificando-se uma cobrança direta dos entes coletivos por conveniência reguladora e administrativa¹⁰².

Fundamentalmente, o conceito de renda serve a todos, até porque entes coletivos não manifestam capacidade contributiva própria¹⁰³. Do ponto de vista da repartição do ônus do tributo, a referência à pessoa jurídica é de pouca valia, vez que o ônus será sempre, em última análise, repassado a uma pessoa natural¹⁰⁴. Fundamentalmente, o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas somente pode ser compreendido a partir de uma perspectiva mais ampla, considerando a função que desempenha no sistema de tributação da renda¹⁰⁵. A tributação das pessoas jurídicas concilia, nessa perspectiva, o princípio da realização e a necessidade de se coibir o diferimento indefinido da tributação até que se decida pela distribuição aos sócios ou acionistas, colmatando uma lacuna que de outra sorte existiria no sistema de tributação da renda¹⁰⁶. Nesse sentido, o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas é comumente justificado por sua função de retenção (*wi-*

¹⁰² BRAUNER, Yariv. Revisitando a (in)sensatez do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 21. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2007, p. 61 e ss.

¹⁰³ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 30. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2013, p. 251.

¹⁰⁴ Para uma discussão da capacidade contributiva das pessoas jurídicas nos sistemas alemão e estadunidense, cf. HEY, Johanna. *Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung in Europa*. Köln: Otto Schmidt, 1997, p. 246-62.

¹⁰⁵ HEY, Johanna. Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Unternehmensbesteuerung. In: KESSLER, Wolfgang; FÖSTER, Guido; WATRIN, Christoph (ed.). *Unternehmensbesteuerung: Festschrift für Norbert Herzog zum 65. Geburtstag*, München: C. H. Beck, 2010, p. 7-23.

¹⁰⁶ SCHÖN, Wolfgang. Die Funktion des Unternehmenssteuerrechts. In: JACHMANN, Monika (ed.). *Erneuerung des Steuerrechts*, DSJG 37. Köln: Otto Schmidt, 2014, p. 232.

thholding function)¹⁰⁷, exercendo um papel de “suporte”¹⁰⁸ ou “proteção”¹⁰⁹ ao Imposto de Renda das Pessoas Físicas, ao indiretamente onerar seus sócios ou acionistas¹¹⁰. Se a tributação das doações feitas a pessoas jurídicas é admitida, resta claro que a competência tributária da União para o Imposto de Renda sempre comportou os acréscimos gratuitos.

5. Conclusão

Já foi dito que um imposto de renda seria imposto sobre a renda (*tax on income*), e não sobre coisa diversa (*a tax anything else*)¹¹¹. Com o impacto de truísmo, a máxima de Lorde Macnaghten não esclarece o que se compreende, afinal, por renda para fins de imposto. Sem comportar simplificações, a resposta sobre os acréscimos patrimoniais gratuitos remete à interpretação do ordenamento tributário vigente em cada país.

No Brasil, Rubens Gomes de Sousa já percebia, em 1947, a transição entre as teorias da renda-produto e renda-acrécimo, vislumbrando momento de “superação da *Quellentheorie* (Cohn, Neumann) pela *Vermögenstheorie* (Schanz e, sob um certo aspecto, Fisher)”¹¹². Se o Projeto de Código de 1954 se apegou à renda-produto, a tendência rumo à renda-acrécimo foi encampada com a revisão dos trabalhos na Reforma de 1965, em que a última teoria respondeu, exclusivamente, pela definição do “fato gerador” do Imposto de Renda. A simples existência da contraposição entre as teorias é suficiente para indicar que não existia qualquer consenso à época acerca do que deveria se tributar como renda. O Código Tributário Nacional finalmente editado não fez compromisso na matéria, e admitiu ambas as linhas – renda-acrécimo e renda-produto – na conceituação da renda tributável pelo imposto. O art. 43 autoriza a tributação de todo o acréscimo patrimonial em um período de tempo.

A exclusão de acréscimos patrimoniais gratuitos da competência tributária da União não foi, assim, obra da lei complementar. Foi, antes, a decorrência de uma opção histórica do legislador federal, que isentou aqueles ganhos do Imposto de Renda. Nem pela consistência da decisão no tempo, todavia, a regra hoje prevista na Lei n. 7.713/1988 não poderia se revogar pelo próprio Congresso Nacional que a editara. Ao fixar a hipótese tributária, deve o legislador federal atentar, todavia, para o risco de tributação excessiva, sendo recomendável, por exemplo, o emprego de faixas de progressividade ou o crédito para o Imposto Estadual. Afinal, ensina o homenageado que a discriminação de competências não é arbítrio da Constituição Federal, mas medida para conter o risco de excesso de exação, que contrariaria a capacidade contributiva¹¹³ – princípio que pode vir

¹⁰⁷ TING, Antony. *The taxation of corporate groups under consolidation: an international comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 15.

¹⁰⁸ DEVEREUX, Michael *et al.* *Taxing profit in a global economy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 59.

¹⁰⁹ CLAUSING, Kimberly A. Who pays the corporate tax in a global economy? *National Tax Journal* n. 66, 2013, p. 153.

¹¹⁰ AVI-YONAH, Reuven. Corporations, society, and the state: a defense of the corporate tax. *Virginia Tax Review* n. 90, 2004, p. 1201; DEVEREUX, Michael *et al.* *Taxing profit in a global economy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 35.

¹¹¹ London County Council v. Attorney General [1901] AC 26 1901.

¹¹² SOUSA, Rubens Gomes de. O fato gerador do Impôsto de Renda. *Revista de Direito Administrativo* n. 12, 1947, p. 45.

¹¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 203.

à baila, sim, em virtude da bitributação econômica. Sob pena de violar aquele princípio, não poderia a legislação federal perder de vista que heranças e doações já se submetem ao ônus do Imposto Estadual, como também já se tributam economicamente pela própria União, na forma de renda que foi auferida e poupada pelo autor da herança ou doador, já que estes não são autorizados a deduzir o patrimônio transmitido do seu Imposto de Renda. Com toda a cautela exigida pelo princípio da capacidade contributiva, e tratando-se de simples isenção, a revogação da regra legal acima apenas obedecerá as limitações constitucionais (e.g. anterioridade) ao poder de tributar.

Primeiro, porque é típico do Imposto de Renda tributar acréscimos patrimoniais gratuitos e inclusive aleatórios no Brasil. É o caso notório dos ganhos havidos em sorteios de qualquer espécie, sempre tributados pela União através dos tempos. Mesmo as doações não se excluíram historicamente do Imposto de Renda quando cobrado de entes coletivos, que não ostentam uma capacidade contributiva diversa daqueles indivíduos que os compõem. Segundo, porque a cobrança não viria em bitributação jurídica com o Imposto Estadual hoje vigente. A inegável inconveniência da sobreposição, se bastante perceptível, é econômica, e assim não impedida pelo sistema constitucional tributário.

Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos – Perse – Setor de Academias e Eventos Esportivos – Benefício Fiscal Condicionado e com Prazo Determinado – Impossibilidade Jurídica de Restrição de seus Efeitos – Questões Conexas

Roque Antonio Carrazza

“A jurisprudência admite que a isenção possa ser revogada a qualquer tempo, sem sequer ser observada a anterioridade. Tal regra sofre, entretanto, importante exceção no caso de isenções concedidas por prazo certo e em função de determinadas condições. [...] O art. 178 do Código Tributário Nacional garante a continuidade da isenção pelo prazo determinado na lei que a concedeu, para os contribuintes que tenham cumprido tais condições.” (Luís Eduardo Schoueri)

1. Introdução

I – Antes de tudo, felicito aos eminentes Professores Ricardo Mariz de Oliveira, Fernando Aurelio Zilveti, Roberto Quiroga Mosquera e Tadeu Purez pela oportuna ideia de organizar este *Direito Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri*, na prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a “Velha e Sempre Nova Academia de Direito do Largo de São Francisco”.

Desnecessário apontar-lhe as inúmeras qualidades, pois elas são sobejamente conhecidas. Erudição, cultura geral, profundos conhecimentos jurídicos, lhanza no trato, retidão de caráter, perfeito domínio de idiomas, a começar pelo pátrio, atualmente tão negligenciado, são alguns de seus talentos. Trata-se de um vencedor, que, no entanto, nunca se ensoberbeceu; antes, humilde, sempre norteou sua vida para o bem, a amizade e o amor ao próximo.

Precoce, como soem ser os gênios, Luís Eduardo Schoueri, desde cedo revelou que estava fadado a ocupar o escalão mais elevado do pensamento jurídico nacional. Depois de atilados estudos na Alemanha e de obter, no Brasil, os títulos de Mestre, Doutor e Livre-docente, conquistou, em 2003, em concurso memorável, com apenas 38 anos de idade, a cátedra de Direito Tributário da supramencionada Faculdade.

Autor de obras consagradas, entre as quais destaco seus livros *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica* e *Direito tributário*, utiliza seu notável saber para melhorar o aprendizado dos alunos e amparar, como advogado, os contribuintes que sofrem excessos fazendários.

II – Inspirado nas lições desse grande pensador, procurarei demonstrar que o setor de academias e eventos esportivos não poderia ter tido reduzidos, pela Medida Provisória n. 1.147/2022, posteriormente convertida na Lei n. 14.592/2023, os benefícios fiscais condicionados e com prazo certo, previstos no *Programa Emergencial de Retomada do Setor de Eventos – Perse*, instituído pela Lei n. 14.148/2021.

Ila – Para que melhor se compreenda, lembro que, durante a pandemia da *covid-19*, o setor de academias e eventos esportivos foi fortemente impactado, sofrendo com as medidas restritivas impostas pelos decretos dos Estados e Municípios, para conter a propagação da contaminação. Tais limitações afetaram gravemente a saúde financeira do setor, que, em alguns casos, se viu até impedido de efetuar rescisões contratuais ou de aplicar multas, por quebra de fidelidade¹.

Iib – Diante desse contexto de grave insegurança econômica, o Governo Federal instituiu, por meio da Lei n. 14.148/2021, o já mencionado *Perse*, com o objetivo de mitigar as perdas oriundas do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 62.020, das empresas que atuavam direta ou indiretamente na realização ou comercialização de congressos, feiras, eventos esportivos, sociais, promocionais ou culturais, feiras de negócios, shows, festas, festivais, simpósios ou espetáculos em geral, casas de eventos, buffets sociais e infantis, casas noturnas, casas de espetáculos, hotelaria, cinema e serviços turísticos.

Iic – De acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei n. 14.148/2021, caberia ao Ministério da Economia publicar os Códigos da *Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE's*, que se enquadrariam nas definições do *Perse*, o que foi feito pela Portaria do Ministério da Economia n. 7.163/2020, que mencionou expressamente o setor de academias e eventos esportivos.

III – Muito bem. O art. 4º da Lei n. 14.148/2021, em sua versão originária, estatua, *verbis*:

“Art. 4º Ficam reduzidas a 0% (zero por cento) pelo prazo de 60 (sessenta) meses, contado do início da produção de efeitos desta Lei, as alíquotas dos seguintes tributos incidentes sobre o resultado auferido pelas pessoas jurídicas de que trata o art. 2º desta Lei:

- I – Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição PIS/Pasep);
- II – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins);
- III – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); e
- IV – Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ).”

IIIa – Como se vê, o art. 4º, *caput*, da Lei n. 14.148/2021, autorizava as empresas beneficiadas pelo *Perse* a, em relação aos supramencionados tributos, submeterem, por 60 meses, à “alíquota zero”², *todas as suas receitas*.

IIIb – Ocorre, porém, que a Lei n. 14.592/2023, fruto da conversão da Medida Provisória n. 1.147/2022, deu nova redação ao art. 4º, *caput*, da Lei n. 14.148/2021, passando

¹ Em pesquisa realizada em julho de 2021 pelo *Sebrae*, em parceria com a *FGV*, constatou-se que, mesmo após a “reabertura da economia” e a permissão para as academias voltarem a funcionar, o faturamento do segmento ainda estava 52% abaixo do que seria considerado “normal”, para o mesmo período antes da pandemia. Sempre de acordo com tal pesquisa, a evolução de piora do cenário econômico “fez com que esses empresários se tornassem os mais aflitos entre todos os setores analisados”.

² Para alcançar a isenção tributária vários caminhos jurídicos podem ser percorridos. Um deles é o da adoção da chamada *alíquota zero*. De fato, reduzindo-se a alíquota do tributo ao valor *zero*, não surgirá nenhuma quantia a pagar. Este, diga-se de passagem, é o recurso mais empregado no caso do IPI incidente sobre operações com produtos industrializados de primeira necessidade (óculos, calçados, aparelhos ortopédicos etc.).

a dispor que somente podem ser submetidas à “alíquota zero” as receitas advindas das “atividades relacionadas em ato do Ministério da Economia”. Em razão disso, a Portaria n. 11.266/2022 do Ministério da Economia excluiu de tais atividades as academias, mantendo apenas os eventos esportivos.

Para demonstrar a inconstitucionalidade dessa restrição, tratarei, num primeiro momento, dos benefícios fiscais.

2. Os benefícios fiscais

I – Como se sabe, a competência para tributar abrange a competência para conceder benefícios fiscais³. Estes, não passam de formas desonerativas da carga tributária, que, no Brasil, por ser muito elevada, revela-se prejudicial ao livre exercício das atividades econômicas.

Deveras, a fúria arrecadatória tende a aniquilar a propriedade privada e, com ela, as riquezas passíveis de tributação.

Daí a necessidade de criação de instrumentos jurídicos que reduzam a patamares razoáveis o *quantum* das exações a serem suportadas pelos contribuintes.

II – Há de haver, pois, aquilo que José Casalta Nabais chama, com muita propriedade, de “estado fiscal suportável”⁴, isto é, que não ponha em risco, com uma tributação próxima do confisco, as atividades empreendidas pelo setor produtivo.

Assim, os benefícios fiscais, desde que adequadamente configurados, além de garantirem a própria sobrevivência do Estado, militam em favor do desenvolvimento econômico e social, da promoção do bem-comum, da preservação do meio ambiente etc.⁵

III – Assinale-se que os “benefícios fiscais”, que podem, ou não, envolver vantagens tributárias atreladas a uma contrapartida do contribuinte, visam alcançar certas finalidades, como (i) a indução comportamental, (ii) a redistribuição de riquezas ou (iii) o favorecimento de um setor econômico especialmente afetado por algum episódio físico ou econômico. Daí falar-se em *benefícios fiscais indutivos* e em *benefícios fiscais retributivos*⁶.

IIIa – Os benefícios fiscais indutivos veiculam desonerações tributárias, totais ou parciais, vinculadas a uma contrapartida, a cargo do contribuinte⁷.

³ A expressão “benefício fiscal” abrange uma série de fenômenos jurídicos (isenções, créditos presumidos, reduções de alíquotas ou de bases de cálculo etc.), que implicam mitigações da carga tributária, fundadas, no mais das vezes, em políticas de incentivo comportamental.

Escrevo “no mais das vezes”, porque há desonerações tributárias que são concedidas a quem se encontra em situação desfavorável. É o caso da isenção ao *IRPF*, sobre os proventos de aposentadoria, para os portadores de uma das moléstias graves arroladas no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/1998.

⁴ *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 637.

⁵ Os benefícios fiscais não se confundem com as *subvenções*, que não passam de concessões de vantagens patrimoniais, feitas pelo Estado, que não trazem ao favorecido o dever de realizar qualquer contraprestação imediata. Não passam de ajudas financeiras, destituídas, pois, de conotações tributárias.

⁶ Os *benefícios fiscais indutivos* colimam a estimular os destinatários a se comportarem de dada maneira, ao passo que os *retributivos* têm em mira corrigir situações indesejadas. Em outras palavras, aqueles pretendem direcionar condutas, positivas ou negativas, dos contribuintes, ao passo que, estes, têm por escopo afastar, ou, quando pouco, mitigar conjunturas patrimoniais detrimetosas.

⁷ Os benefícios fiscais indutivos estão no campo da *extrafiscalidade*, que é o emprego dos instrumentos tributários, *não* para fins arrecadatórios, *mas* ordinatórios (isto é, para induzir comportamentos de virtuais contribuintes, e não, propriamente, para abastecer de dinheiro os cofres públicos).

Como leciona Rafael Valim⁸, a Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê e estimula as atividades de fomento. Nesse sentido, pode-se mencionar, entre outros, os arts. 3º, I (que trata da garantia do desenvolvimento nacional) e IV (que manda promover o bem de todos); 43, § 2º, II (que cuida da concessão de incentivos regionais, com juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias); 165, § 2º (que dispõe sobre o estabelecimento, nas leis orçamentárias, da política de aplicação das agências financeiras de fomento); e 174 (que regula a atuação do Estado como agente normativo e regulador, com a função de incentivo).

Em suma, a concessão de benefícios fiscais indutivos dá-se sob condição resolutiva, conectada ao bem-estar geral.

Tal a opinião de Pedro Manuel Herrera Molina, para quem “[benefícios fiscais indutivos são] desonerações que estimulam a realização de determinada conduta. É o caso, por exemplo, da dedução pela criação de empregos [...] Constituem um tipo peculiar de benefícios fiscais.”⁹

IIIb – Além disso, para que as vantagens em foco tipifiquem *benefícios fiscais indutivos*, é necessário que o destinatário receba um tratamento diferenciado favorável, em relação a pessoas ou grupo de pessoas comparáveis. E, naturalmente, tal discriminação só será lícita, se houver motivos materiais que a justifiquem, pois, do contrário, restará afrontado o *princípio da igualdade*¹⁰.

IIIc – De sua feita, para que um benefício fiscal seja havido por *retributivo*, é necessário que a norma jurídica que o concede descreva um episódio que, de algum modo, afetou ou está a afetar a capacidade econômica do contribuinte.

Em regra, a redistribuição tem por escopo a transferência de rendimentos daqueles que os obtiveram pelas vias do mercado, para os beneficiários da ação estatal. A respeito, João Ricardo Catarino observa; *verbis*:

“Redistribuir (do latim, *re+distribuir*) é, do ponto de vista da etimologia da palavra, distribuir (de novo) o que já foi objeto de uma (prévia) distribuição. Esta resulta, por regra e num primeiro momento, da ação dos sujeitos no processo de mercado que valoriza as ações, competências e conhecimentos individuais de forma diferenciada. A redistribuição dos rendimentos é, assim, uma segunda distribuição a título diferente. Não resultando já do jogo aberto do processo de mercado, esta segunda distribuição tem que ser levada a cabo através de transferências daqueles que obte-

⁸ *A subvenção no direito administrativo brasileiro*, tese de doutorado em Direito. São Paulo: PUC/SP, 2015, p. 45 a 48.

⁹ *La exención tributaria*. Madri: Colex, 1990, p. 57 (traduziu-se e esclareceu-se nos colchetes).

¹⁰ O *princípio da igualdade*, também chamado *princípio da isonomia* (equivalência de regras), encontra-se veiculado no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

É o mais importante de quantos nosso ordenamento constitucional alberga. Realmente, todos os princípios que estão na Constituição (o *princípio da legalidade*, o *princípio da universalidade da jurisdição*, o *princípio da ampla defesa* etc.) encontram-se a seu serviço e, sem ele, não se explicam com a necessária densidade de exposição teórica.

Pode-se, pois, dizer que a igualdade estende seus efeitos sobre todas as normas constitucionais e, *a fortiori*, sobre as demais regras jurídicas, legais e infralegais. Também alcança os três Poderes do Estado (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário) e as pessoas, físicas ou jurídicas, que nele se encontram.

nham tais rendimentos para os que se considerem dever ser, segundo critérios estabelecidos, os seus beneficiários.

É aqui que entra a acção pública. É o Estado que, fazendo uso dos seus poderes de império (*ius imperii*), realiza essa redistribuição. Para o efeito socorre-se dos instrumentos da ciência das finanças públicas que são um expressivo meio, senão mesmo o principal, para a efectivação da redistribuição coactiva. Exigindo aos contribuintes parcelas diferentes dos seus rendimentos, quer correntes quer entesourados ou investidos, através de impostos que respectivamente os tributam, o Estado produz bens públicos que fornece de forma *gratuita* ou a preço inferior ao seu custo e atribui subsídios. Sucede assim que o rendimento de uns é objeto de transferência para os que beneficiam ou usem esses bens ou valores financeiros.”¹¹

Todavia, o benefício fiscal retributivo também pode ser concedido em razão da ocorrência de evento que, tendo pilhado de surpresa uma classe de contribuintes, os deixou em situação desfavorável. Foi o que se deu com o inesperado surgimento da pandemia de *covid-19*, que, além de haver ceifado milhões de vidas, criou grande instabilidade econômica para as pessoas jurídicas, as quais, da noite para o dia, se viram impedidas de conduzir normalmente suas atividades empresariais.

Pois bem, para os objetivos desse artigo interessam os *benefícios fiscais retributivos* – a partir de agora chamados simplesmente de *benefícios fiscais* – que podem assumir a forma de isenções tributárias, de diminuições das bases de cálculo dos tributos, de reduções das suas alíquotas, de mitigações de créditos tributários já constituídos, de concessões de diferimentos ou de créditos presumidos, e assim por diante.

IV – É importante ter presente que descabe ao Poder Público ignorar ou costear as ordens normativas que giram em torno dos benefícios fiscais. Pelo contrário, deve prestigiar ao máximo o sentido e os bens jurídicos que eles protegem.

Assim, a interpretação dos preceitos que tratam do assunto deve ser, o quanto possível, ampla e generosa, posto expressarem a vontade das Unidades Federadas em mitigar a carga tributária do contribuinte, tendo em vista a consecução de objetivos maiores, como, por exemplo, a continuidade das empresas, fragilizadas por algum fenômeno natural ou social.

Em suma, as situações de dúvida, acerca do significado e alcance das normas jurídicas que veiculam benefícios fiscais, demandam solução favorável ao contribuinte.

Daí ser nulo o ato normativo que revoga ou restringe prematuramente um benefício fiscal, quando concedido com prazo certo e de modo condicional. As situações jurídicas já consolidadas, por terem se incorporado ao patrimônio de seu titular, não podem ser desconstituídas.

De posse desses elementos, impõe-se a análise do significado e alcance do art. 111, II, do *CTN*, e o modo de serem interpretados e aplicados os benefícios fiscais.

3. O significado e o alcance do art. 111, II, do CTN, e o modo de serem interpretados e aplicados os benefícios fiscais

I – O art. 111, II, do *CTN*, que entrou em vigor em 1966, estatui que as isenções tributárias – e, por extensão, os benefícios fiscais retributivos – devem ser interpretadas

¹¹ *Redistribuição tributária: Estado social e escolha individual*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 50.

“literalmente”. Entretanto, a Constituição de 1988 exige que os dispositivos tributários levem em conta uma série de princípios, como o *da segurança jurídica*, o *da confiança* e o *da boa-fé*, entre outros.

Cuida-se, como é fácil perceber, de normas jurídicas que, além de serem de hierarquia diversa, datam de épocas distintas¹², circunstância que, por si só, já justifica a reconstrução do significado e alcance do precitado art. 111, II, do CTN, de modo a compatibilizá-lo com os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

Além disso, a circunstância de o art. 111, II, do CTN, fixar critério de interpretação para os dispositivos relativos a “outorga de isenção” não impede que ele próprio seja objeto de interpretação, a fim de ajustá-lo aos ditames da Lei Suprema.

Ia – A primeira delas permite que se afirme que a expressão “outorga de isenção”, ali contida, tem a acepção de “outorga de qualquer benefício fiscal”. É certo que o benefício fiscal pode consistir em uma isenção tributária, mas também não há negar que pode se consubstanciar em uma diminuição de alíquota, em uma concessão de crédito presumido, em um prazo maior para o recolhimento do tributo etc.

Ib – De outra parte, atualmente não encontra guarida, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a vetusta ideia de que a legislação que concede benefícios fiscais é “odiosa e excepcional”, devendo, pois, ser interpretada e aplicada restritivamente, com base nas parênticas jurídicas *sunt restringenda e exceptio est strictissimae interpretationis*.

Some-se a isso a moderna tese de que os benefícios fiscais, longe de tipificarem favores ou privilégios que o Estado discricionariamente concede, fundam-se em pressupostos objetivos, que, sobrepassando o mero favorecimento aos contribuintes, levam em conta o superior interesse público.

Ic – Logo, o tópico “interpreta-se literalmente” não veda que, em homenagem a valores constitucionais, os atos normativos que concedem benefícios fiscais venham interpretados e aplicados de modo a não só ampliarem a abrangência dos textos normativos, como a alcançarem situações que escaparam à pena – mas, não, ao espírito – do legislador¹³. Depois, o advérbio *literalmente* insculpido no art. 111, II, do CTN, também significa *sem qualquer restrição*.

O que estou pretendendo significar é que o fato de os textos normativos que concedem benefícios fiscais deverem ser interpretados literalmente não abre espaço à desconsideração de seu verdadeiro sentido. Assim, por exemplo, se uma norma isentiva visa

¹² O CTN data de uma época em que, no Brasil, havia a preocupação não só de desenvolver conceitos e institutos fundamentais (fato gerador, obrigação tributária, base de cálculo, sujeito passivo, lançamento, crédito tributário, prescrição, decadência etc.), como de evitar que a interpretação viesse a afrontar os ditames constitucionais, como o da legalidade. Isso explica a existência dos arts. 107 a 112 do CTN, que, verdade seja, mal escondem a tese, hoje completamente ultrapassada, de que as normas tributárias diferem das demais normas jurídicas e, por isso, demandam interpretação e integração especiais.

De seu turno, a Constituição de 1988 criou um sistema tributário rígido e formal, voltado à proteção dos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. De modo algum autoriza manejar os instrumentos tributários, para que as situações de dúvida venham sempre decididas em favor do Fisco.

¹³ Estão totalmente superados o vetusto brocardo jurídico “a lei, quando quis dizer, disse; quando não quis, calou” (*lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit*) e seu conhecidíssimo correspondente “a lei não contém palavras inúteis”.

incentivar a concessão de um benefício de cunho social, é válido dar-lhe uma *interpretação literal, sim, mas com eficácia ampla*¹⁴.

Id – Registre-se que fazer interpretação extensiva não é acrescentar palavras ao texto normativo, mas, tão somente, levar sua aplicação até os limites da *mens legis*. Demais disso, quando se está diante de direitos fundamentais, há de sempre prevalecer a regra *in dubiis contra fiscum*.

De fato, como a positivação constitucional dos direitos e garantias dos contribuintes está em sintonia com os direitos fundamentais¹⁵, as situações de dúvida devem ser solvidas com certa dose de liberalidade, comportando extensão.

II – Realmente, o Direito exige que o intérprete ou o aplicador (*i*) adote critérios exegéticos imparciais, independentes do objeto que analisa e os aplique de modo isonômico às matérias que tratem de situações fáticas equivalentes¹⁶, (*ii*) supere a equivocidade e a ambiguidade próprias da linguagem natural que formam os textos jurídicos¹⁷, (*iii*) reconheça que a constante replicação das palavras nas leis, nos decretos, nas portarias, nos atos administrativos etc. faz com que elas acabem por ter um sentido jurídico comum¹⁸⁻¹⁹ e, (*iv*) leve em conta que, frequentemente, um único dispositivo abriga uma pluralidade de normas jurídicas, e vice-versa²⁰⁻²¹.

Demais disso, o termo “interpretação” tanto pode significar a atribuição de significados para um texto normativo (*interpretação-atividade*), como o produto dessa atividade (*interpretação-produto*)²², ou seja, o resultado do processo técnico-argumentativo promovido pelo intérprete ou aplicador²³.

¹⁴ BORGES, José Souto Maior. Interpretação da isenção do Código Tributário Nacional (CTN). *Direito tributário: homenagem a Hugo de Brito Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 325 e ss.

¹⁵ Com muita propriedade, Javier Luque Bustamante nota que os princípios constitucionais, que limitam o exercício das competências tributárias, têm em mira preservar os direitos fundamentais do homem (Algunas reflexiones sobre las relaciones entre los derechos humanos y la tributación. *Revista de Direito Tributário* n. 52, p. 61).

¹⁶ POSTEMA, Gerald J. Objectivity fit for law. In: LETTER, Brian (ed.). *Objectivity in law and morals* – Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge, UK, 2001, p. 105-109.

¹⁷ TARUFFO, Michele. *Simply the truth* – el juez y la construcción de los hechos. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 79.

¹⁸ LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley: una visión actual*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 179.

¹⁹ É o que acontece, por exemplo, com a definição de *benefício fiscal*.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 25 e ss.

²¹ Assim, por exemplo, o art. 5º, LIV, da Constituição Federal veicula o princípio do *devido processo legal* e a regra que garante aos litigantes o direito de sustentar sua posição perante o órgão julgador. Por outro lado, as disposições contidas nos Títulos I e II da Constituição Federal, que tratam, respectivamente, dos princípios fundamentais do Estado e dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, conduzem ao *princípio da segurança jurídica*.

²² GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 31-32.

²³ A *interpretação-produto* é realizada (*i*) pelos julgadores (membros do Poder Judiciário ou dos órgãos administrativos de julgamento), (*ii*) pelos legisladores (pessoas ou órgãos que elaboram os textos normativos), (*iii*) pelos doutrinadores (especialistas que se debruçam sobre os textos jurídicos, sob a óptica da Ciência do Direito), e (*iv*) por pessoas que, em razão de sua formação jurídica, propõem soluções interpretativas para cada ocasião, geralmente de acordo com os interesses de seus representados (caso dos advogados). Todas estas interpretações podem – e, em alguns casos, devem – envolver funções *cognitivas* (pois contribuem para o conhecimento do Direito), *decisórias* (já que encaminham propostas de decisão para os julgadores) e *criadoras* (porquanto colaboram para a produção do Direito).

Mas tão importante quanto saber quem realiza a atividade interpretativa é ter presente em que ela consiste.

III – Interpretar, em apertada síntese, é decidir acerca do significado e alcance de um texto jurídico²⁴. Nesse labor, há de ser considerado o postulado hermenêutico pelo qual cada parte somente adquire o verdadeiro sentido, mediante a ubiquação com o todo a que pertence, porque o todo é sempre *algo mais e algo diferente* da simples soma das partes que o compõem.

Michele Taruffo oferece uma bela imagem desta ideia, ao observar – embora fazendo uso de outra construção verbal – que um mosaico “vale” mais do que a soma de suas peças, com seus brilhos, formatos e cores diversos, justamente porque a elas se agrega um desenho que não estava presente em nenhum objeto individual do conjunto²⁵.

Logo, para captar o verdadeiro sentido dos textos normativos é imperioso tomá-los no cotexto²⁶ em que se inserem, olhos fitos na Constituição e nos grandes princípios que ela alberga. Não é por menos que Michel Villey apregoa que “levar unidade ao Direito é avançar já para além da letra da lei”²⁷.

IV – Impende ressaltar, nesse passo, que o legislador *lato sensu* (que dá à estampa leis, decretos, portarias etc.) não edita *normas jurídicas*, mas *textos*, a cujos *enunciados* o labor hermenêutico atribui *significados*. A esses *significados*, sim, dá-se o nome técnico de *normas jurídicas* (que podem ser veiculadas em emendas constitucionais, leis, decretos, portarias etc.).

Por isso, a “interpretação gramatical” é mero *pressuposto* de interpretação jurídica. É ponto de partida, jamais de chegada, da exegese jurídica. Jurídica é a “interpretação sistemática”, que, com sua visão de conjunto, permite que se superem antinomias e se harmonizem conceitos contraditórios.

IVa – Esclareça-se, por outro lado, que a norma jurídica pode ser a *resultante* da interpretação de um ou mais textos normativos. Enuncia Eros Roberto Grau que “normas,

²⁴ GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 32.

²⁵ Vale, a propósito, transcrever o seguinte trecho do catedrático de Direito Processual Civil da Universidade de Pavia (Itália); *verbis*: “A conexão necessária entre as partes (palavras, orações, parágrafos) e o todo de um texto é um tema clássico no âmbito da hermenêutica. A passagem dialética contínua das partes ao texto completo, e do texto completo às suas partes – o chamado círculo hermenêutico – representa a dinâmica fundamental de qualquer interpretação [...]. Os princípios gerais da hermenêutica podem, obviamente, ser aplicados também à interpretação das narrações jurídicas e, em particular, das narrações processuais. Em consequência, o sentido das partes individuais de uma narração somente pode ser determinado por referência ao texto completo do relato, e o sentido geral da narração pode ser interpretado somente por referência a todas as suas partes. Usando novamente a metáfora do mosaico, poder-se-ia dizer que o significado das peças individuais de vidro está determinado por sua posição no desenho completo, mas, também, que o significado do mosaico como um todo está determinado pelas cores e as posições dos fragmentos individuais.” (*Simplemente la verdad* – el juez y la construcción de los hechos. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 79 – verti para o português)

²⁶ *Cotexto* é um termo usado no campo da Linguística para aludir aos elementos que precedem ou seguem uma frase ou palavra, determinando-lhe o significado ou a interpretação adequada. De acordo com o Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa, *cotexto* é o “conjunto de sequências linguísticas que precedem ou que se seguem a uma palavra ou um enunciado na linearidade textual; contexto verbal” (Porto: Porto Editora, 2023). Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/cotexto>.

²⁷ *Archives de Philosophie du Droit*, 1959, p. 178.

portanto, resultam da interpretação²⁸, o que não significa, contudo, que o “intérprete, literalmente, crie a norma”²⁹, pois, em verdade, ele “não é um criador ‘ex nihilo’; ele produz a norma – não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la”. Sendo assim, “o produto da interpretação é a norma expressada como tal”³⁰.

IVb – Logo as palavras que formam os textos jurídicos sempre devem ser interpretadas, para que seu sentido venha a ser bem construído. Isso porque, em rigor, elas não passam de sinais gráficos, à espera do sentido que o exegeta lhes dará.

Insista-se que, a partir dos enunciados do direito positivo, o exegeta constrói as normas jurídicas³¹. Não se nega que estas tomam como ponto de partida os textos do direito positivo; seu conteúdo, porém, vem discernido pelo intérprete, que se vale, para tanto, de sua ideologia, isto é, de sua *pauta de valores*³².

As normas jurídicas são, pois, construções intelectuais do intérprete, efetuadas a partir da análise dos textos normativos. São elas que permitem que as realidades do universo venham, como observa Hans Kelsen, “apreendidas juridicamente”³³.

Destarte, as normas jurídicas defluem, *não* da literalidade de seus suportes físicos, ou seja, dos textos em que se encontram positivadas (emendas constitucionais, leis, decretos, portarias, pareceres normativos etc.), *mas* da adequada interpretação que o operador do Direito deles faz. Devem ser entendidas, pois, como as significações construídas pelo intérprete, a partir das palavras e frases contidas nos documentos produzidos pelos órgãos de criação do Direito.

V – Sempre a respeito, não se nega que o intérprete opera com certa dose de discricionariedade. Ao fazê-lo, porém, há de observar determinados cânones, como o de privilegiar a interpretação conforme o texto normativo hierarquicamente superior, até chegar ao nível constitucional, com os grandes princípios ali consagrados.

Segundo esse critério, que leva em conta a hierarquia das fontes do Direito (atos que produzem normas jurídicas), os decretos, as portarias, os pareceres normativos etc. devem ser interpretados de tal forma que resultem conformes às leis a que se referem; as leis, de acordo com as regras constitucionais; as regras constitucionais, em sintonia com os princípios contidos na Carta Magna.

²⁸ *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

²⁹ *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

³⁰ *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

³¹ A expressão “norma jurídica”, como toda expressão linguística, padece de ambiguidade, podendo significar (i) o enunciado do direito positivo, (ii) o significado a partir dele construído, ou, até, (iii) a *significação deonticamente estruturada*.

No presente estudo, a expressão *norma jurídica* está sendo tomada no sentido da significação construída pelo intérprete, após o exame dos enunciados contidos nos textos legislativos *lato sensu*.

³² Paulo de Barros Carvalho foi sobremodado feliz ao observar; *verbis*: “Segundo os padrões da moderna Ciência da Interpretação, o sujeito do conhecimento não ‘extraí’ ou ‘descobre’ o sentido que se achava oculto no texto. Ele o ‘constrói’ em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu ‘mundo’, vale dizer, de seu universo de linguagem” (*Direito tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 205).

³³ Este o pensamento integral de Hans Kelsen: “A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito. Apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica.” (*Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1974, p. 109)

Por esse motivo, é preciso extrair dos textos normativos os tesouros que eles trazem escondidos, como nos exorta a fazer o inolvidável Carlos Maximiliano; *verbis*:

“O jurista esclarecido pela Hermenêutica, descobre, em Código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto expreso. Multiplica as utilidades de uma obra; afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver; intervém como auxiliar prestimoso da realização do Direito. Granjeia especiais determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, e, sim, pela concretização e desdobramento prático dos preceitos formais. Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de ideias, latentes até aquele dia, porém vivazes e lúcidos. Explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as consequências que do mesmo decorrem.”³⁴

Em suma, dentro dos “caminhos da norma jurídica”, seu aplicador deve optar por aquele que melhor atenda aos desígnios do sistema constitucional, marcado pelo *valor Justiça*³⁵.

Va – Ocorre, porém, que, frequentemente, os textos normativos apresentam, entre outras coisas, lacunas, insuficiências e conceitos vagos ou indeterminados³⁶, circunstâncias que, mais e mais, reforçam a necessidade de passarem pelo “filtro” da interpretação.

Vb – Ora, para que a exegese se revele profícua, é mister que o intérprete aponte, com segurança e objetividade, as sendas que devem ser trilhadas. Por isso, ele desempenha uma função que, longe de ser mecanicista, é altamente criadora.

De fato, o intérprete, depois de levar em conta o sentido gramatical dos vocábulos empregados no texto normativo, deve decidir sobre seu melhor significado, conectando-o com a situação concreta a que se refere.

Vc – Tudo quanto acaba de ser escrito aplica-se às normas jurídicas tributárias. E nem poderia ser de outro modo, já que o Direito é cientificamente uno. Sua subdivisão em *ramos* é feita apenas para simplificar o processo de aprendizado³⁷.

Assim, apesar de seu conteúdo próprio, também a norma jurídica tributária é um juízo hipotético condicional, cujo *antecedente* descreve um fato (ou estado de fato) de

³⁴ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14.

³⁵ Ensina Fábio Konder Comparato que a justiça envolve dois aspectos; a saber: um, relacionado aos outros e que consiste no dever de não fazer aos outros o que não queremos que nos façam; outro, de corresponder à atuação que se espera da pessoa (*Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 525 e 526).

³⁶ Há, é certo, hipóteses em que os dispositivos legais não abrem espaço a divergências interpretativas. Mas elas são raríssimas, especialmente quando giram em torno de assuntos de alta indagação ou envolvem questões pecuniárias.

³⁷ A divisão da Ciência em “ramos” não significa que estes sejam compartimentos estanques, divorciados entre si. Pelo contrário, a perspectiva universal deve governar o conhecimento do particular, alcançando verdades universais e permanentes.

Isto vale também para a Ciência Jurídica, uma vez que, sendo cada setor do Direito (Público, Privado, Administrativo, Civil, Tributário, Penal etc.) mera decomposição artificial de um todo, nada distingue, em sua estrutura lógica, as normas jurídicas tributárias das demais.

ocorrência possível e cujo *consequente* prescreve – caso constatada, pela autoridade competente, a realização, no mundo fenomênico, deste mesmo fato ou estado de fato – a instauração de uma relação jurídica, na qual o sujeito ativo e o sujeito passivo terão direitos e deveres recíprocos.

Nesse sentido, as normas jurídicas tributárias devem ser interpretadas e aplicadas da mesma maneira que as normas jurídicas em geral.

VI – Mas em que consiste a chamada “interpretação literal”?

Numa primeira aproximação, “interpretação literal” é uma forma de relacionar o texto normativo com seu resultado.

Em matéria tributária, é uma interpretação que veda extensões e analogias, que levem ao favorecimento dos interesses arrecadatórios, consoante a parêmia *in dubio pro fisco* (*ut fisco favoreat*).

Além disso, no Brasil, a interpretação dos textos jurídico-tributários deve necessariamente passar pela Constituição, em ordem a afastar conclusões que com ela se revelem incompatíveis. De fato, é inaceitável que o intérprete, aferrando-se à literalidade dos textos legais e infralegais, flexibilize a rigidez do nosso sistema constitucional tributário, para obsessivamente arrecadar mais, fazendo o que os economistas chamam de “extrativismo fiscal”³⁸.

Tudo leva, pois, à imprescindibilidade da compatibilização do art. 111, II, do CTN, com os paradigmas constitucionais.

VII – Logo, a expressão “interpreta-se literalmente”, contida no art. 111, II, do CTN, não pode interferir no significado e no alcance dos enunciados da Carta Magna, sob pena de se admitir que é permitido a textos jurídicos infraconstitucionais retrabalhar dispositivos constitucionais tributários.

VIIa – Pois bem. Numa primeira abordagem, a expressão “interpreta-se literalmente” tem o sentido de que a norma jurídica que veicula um benefício fiscal deve ser construída com base nos significados usuais dos termos utilizados pelo editor do texto normativo (interpretação gramatical). Tais termos, por terem um conteúdo semântico preciso (aspecto positivo), rechaçariam a consideração de qualquer outro (aspecto negativo), o que militaria em favor da segurança jurídica dos contribuintes³⁹.

Força é admitir, pois, que a literalidade referida no art. 111, II, do CTN, constitui-se em um verdadeiro “porto seguro” do contribuinte, para os casos em que ele está amparado pelo texto da norma relativa ao benefício fiscal que o alcança.

³⁸ Entende-se por *extrativismo fiscal* a dinâmica pela qual o Estado retira, valendo-se de uma tributação atributória, as riquezas da sociedade.

³⁹ Nunca é demais lembrar que a inteligibilidade dos atos normativos milita em favor da segurança jurídica das pessoas.

Tão relevante é esse ponto, que o art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998 (a “Lei sobre as Leis”) determina que eles sejam redigidos com clareza e precisão.

Em matéria tributária, a exigência se potencializa, exatamente para que os sujeitos passivos possam ter a previsibilidade das ações da Administração Fazendária.

Nada obstante, a dúvida na aplicação da legislação fiscal é corriqueira. Assim é, porque ela é vertida na forma de “textos”, que trazem consigo a vagueza e a ambiguidade próprias de toda e qualquer linguagem, motivo pelo qual, mesmo o termo mais preciso acaba por suscitar dúvidas, quanto ao seu significado e alcance.

Daí a importância da adequada exegese dos textos legais e infralegais, para que venha a lume a norma jurídica.

VIIb – Todavia, a ideia de que o reconhecimento das situações de benefício fiscal não pode ir além, nem ficar aquém, do texto normativo, apresenta notórias fragilidades jurídicas, já que, levada às últimas consequências, desconsidera o sincronismo que deve haver entre a “letra da lei” e o Estado Democrático de Direito⁴⁰.

Como se vê, essa linha de raciocínio, posto sedutora, é insuficiente para evitar que, em determinadas situações, direitos fundamentais do contribuinte venham atropelados.

VIIc – Demais disso, é preciso considerar que a busca do significado básico das palavras ligadas aos benefícios fiscais em geral não elimina a necessidade de uma análise completa da legislação pertinente (interpretação genética). Afinal, o art. 111, II, do CTN, veda que as normas que tratam do assunto sejam integradas analogicamente, mas não impede sua extensão teleológica, que, no dizer expressivo de Manuel Atienza, alarga o conteúdo da norma jurídica, sem, no entanto, “sair dela”⁴¹. Essa cautela adicional, porém, nem sempre evita que, em algumas situações, ditames constitucionais sejam ignorados, em detrimento dos contribuintes.

VIIId – De conseguinte, são incompatíveis com a Carta Magna, tanto a interpretação gramatical quanto a genética, do art. 111, II, do CTN. Em boa verdade científica, este dispositivo reclama uma interpretação sistemática, que não restrinja a consideração da finalidade perseguida pela norma isentiva (ou que concedeu outro benefício fiscal), mas, pelo contrário, revele, por inteiro, seu significado prescritivo. Para tanto – torna-se a escrever – é preciso atentar para as normas de superioridade hierárquica, sobretudo as constitucionais.

VIII – Anote-se, por outro lado, que a norma construída a partir do art. 111, II, do CTN, longe de mandar interpretar somente de forma literal os dispositivos que tratam de isenções tributárias (e de benefícios fiscais em geral), determina que eles venham interpretados teleologicamente⁴². Também encerra a ideia de que o âmbito de aplicação de tais dispositivos deve ser dilargado (nunca restringido), sempre que isso se faça necessário, a fim de que prevaleça o *princípio da igualdade*⁴³. Em outras palavras, impõe

⁴⁰ Tal conduta, por exemplo, impede o intérprete do art. 7º da Lei n. 7.713/1988 de reconhecer isentos do imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF) os proventos da aposentadoria ou reforma, auferidos pelos portadores de moléstias que não estiverem arroladas em seu inciso XIV, ainda que comprovadamente tenham a mesma gravidade.

⁴¹ *Sobre la analogia em el derecho*. Madri: Civitas, 1986, p. 60.

⁴² Foi o que se deu no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 51.424, no qual o STJ considerou válida a extensão da isenção do imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), utilizados por pessoas com transtorno do espectro autista, mesmo que deles não sejam titulares, nem os conduzam. Decidiu bastar, para o gozo da isenção, que o veículo utilizado por pessoa com deficiência pertença a seu representante legal, com o que afastou a cega aplicação do art. 111, II, do CTN, reconstruindo-a de modo a render homenagens ao *princípio da igualdade*.

Recorde-se que esse princípio proíbe que a análise de dispositivo relativo a isenções tributárias prescindida da investigação da sua finalidade, o que fatalmente ocorreria com a aplicação exclusiva da interpretação literal.

⁴³ O *princípio da igualdade* não pode ser empregado para prejudicar o contribuinte cuja situação é de algum modo contemplada pela norma jurídica isentiva ou que concede qualquer outro benefício fiscal. Vale, a propósito, a arguta observação de Humberto Ávila, no sentido de que os princípios constitucionais que limitam o exercício da tributação são sempre “escudos” nas mãos dos contribuintes; nunca “espadas” nas mãos do Fisco (Eficácia do Novo Código Civil na legislação tributária. In: GRUPENMACHER, Betina (org.). *Direito tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. vol. I, p. 67).

aos intérpretes e aos aplicadores o dever de reconhecer a benesse, para todos os que a fizerem jus, com base na literalidade do texto normativo, mas, ao mesmo tempo, a estendam para outros contribuintes ou situações análogas.

IX – Diante do que se acaba de expor, não há como deixar de entender, de modo juridicamente adequado, o disposto no art. 111, II, do *CTN*, que, numa leitura leiga, parece determinar que os textos normativos que tratam de isenções tributárias – e, por extensão, de benefícios fiscais – demandam cega e irrestrita obediência ao que neles está escrito.

Ignoram, todavia, que a moderna Filosofia da Linguagem nega a existência de qualquer significado “literal”, pois, para conhecê-lo, é imprescindível levar a efeito uma investigação contextual.

Desse modo, o significado de qualquer texto normativo não pode ser determinado exclusivamente pelo sentido das palavras que o compõem, tal como consta dos dicionários⁴⁴. Pelo contrário, para encontrá-lo, é preciso, quase sempre, render homenagens a elementos de cotexto⁴⁵.

X – Impende notar, ademais, que as expressões “interpretação estrita”, “interpretação restritiva” e “interpretação extensiva” são impróprias, configurando, no dizer sempre candente de José Souto Maior Borges, “autênticos idiotismos da linguagem jurídica”⁴⁶. Longe de serem métodos de interpretação – o que poderia levar a contrapô-las à expressão “interpretação literal” –, aludem aos *resultados* da exegese, que desvenda o significado e o alcance da norma jurídica, mediante a comparação entre a *mens legis* e a literalidade do texto normativo⁴⁷. Riccardo Guastini afirma que ocorre, no caso, uma “interpretação corretiva”⁴⁸. De revés, quando se reconhece que houve uma interpretação estrita, deve-se entender que o labor exegético demonstrou que a *mens legis* estava em perfeita harmonia com o texto normativo, de sorte que não houve a necessidade de ampliar ou restringir o sentido das palavras que o compunham.

É o que ensina João de Souza Alho Neto; *verbis*:

“Se for constatado que o defeito do texto legal é desproporcional à *mens legis* porque disse mais do que a finalidade da lei ensejaria, então se tem hipótese de interpretação restritiva (*minus dixit quam voluit*). No entanto, se o resultado interpretativo do

⁴⁴ Seguindo essa linha de pensamento, Tecla Mazzaresse alude ao *princípio da relatividade do significado literal*, a ser levado em conta, mesmo nas construções textuais simples (Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* vol. 23, 2000, p. 604 a 607).

⁴⁵ A diretriz foi aplicada nos *EUA*, no famoso caso *Nix v. Hedden*, em que se discutiu se o importador de tomates devia ser alcançado pelo imposto sobre a importação de vegetais. Em 1893, a Suprema Corte Norte-americana, ao depois de considerar que o tomate é um “fruto” para a Botânica, mas no cotidiano da maioria das pessoas e na própria prática comercial é um “vegetal”, decidiu, como pretendia o Fisco, que a exação era devida.

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

⁴⁶ *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 118.

⁴⁷ Quando se alega que uma interpretação foi restritiva ou extensiva, quer-se apenas significar que o labor exegético corrigiu uma incongruência existente entre a literalidade do texto normativo e a *mens legis*.

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 365 e ss.

texto legal for comprovadamente menor que a *mens legis*, logo se concretiza caso de interpretação extensiva (*plus dixit quam voluit*). Percebe-se que a referência se dá entre a *mens legis* e os resultados interpretativos obtidos com o método literal em sua acepção gramatical, porquanto subsiste má formação textual. Nessa lógica, a interpretação estrita seria aquela que retrataria fidedignamente tanto a *mens legis* quanto o conteúdo literal do texto legal. Em tese, numa norma estrita revelam-se todos os exatos elementos do *espírito da lei* e não se fala em inclusão ou exclusão de sentido relativamente ao texto. A delimitação dos casos para os quais a norma é aplicável seria satisfeita em sua inteireza.⁴⁹

Como se vê, os conceitos de *interpretação estrita*, *interpretação restritiva* e *interpretação extensiva* não se confundem com o de *interpretação literal*; simplesmente pressupõem a existência de uma área de delimitação do sentido literal do texto normativo.

XI – Equivoca-se, portanto, quem equipara “interpretação literal” com “interpretação estrita” ou “interpretação restritiva”. Na mesma cinca incorre quem considera que a “interpretação literal” veda a “interpretação extensiva”.

XIa – Resumidamente, a “interpretação literal” tem a acepção de exegese que reconstrói o texto normativo, de modo a fazê-lo coincidir com a *mens legis*. Para que isso aconteça, as palavras empregadas pelo editor do texto normativo poderão ter seu significado confirmado, restringido ou até ampliado.

XIb – Enfim, a interpretação de qualquer dispositivo que veicule um benefício fiscal, justamente por aliviar o peso econômico da tributação, deve levar em conta não a literalidade do texto normativo – como leva a supor uma leitura aligeirada e superficial do art. 111, II, do *CTN* – mas o sistema jurídico como um todo considerado.

Com essas considerações, passo a solucionar o problema inicialmente apresentado.

4. Reequacionamento do problema e encaminhamento de sua solução jurídica

I – O art. 4º da Lei n. 14.114/2021 reduziu a zero, por 60 meses, as alíquotas do *IRPJ*, da *CSLL*, do *PIS* e da *Cofins* incidentes sobre todos os resultados auferidos pelo setor de academias e eventos esportivos. No entanto, a Portaria n. 11.266/2022, do Ministério da Economia, editada com base na Lei n. 14.592/2023, restringiu tal benefício, de modo a – na parte que interessa a esse artigo doutrinário – alcançar apenas as receitas advindas diretamente das atividades de eventos esportivos, o que, a meu ver, não se sustenta.

Ia – Lembro meteoricamente que benefícios fiscais são mitigações da carga tributária das pessoas físicas ou jurídicas, de modo a preservar-lhes as riquezas necessárias para, respectivamente, garantir-lhes uma vida digna, ou manter-lhes, em níveis aceitáveis, as atividades econômicas. Podem assumir a forma de isenções tributárias, reduções de alíquotas ou bases de cálculo, créditos presumidos, prazos maiores para o pagamento dos tributos etc.

Ib – Reitero que os benefícios fiscais podem ser *transitórios* ou *permanentes*. Os *transitórios*, também chamados *com prazo certo*, têm seu termo final de vigência prefixado no

⁴⁹ *Interpretação e aplicação de benefícios fiscais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2021, p. 64 e 65.

ato normativo que os concede. Foi o que fez, em sua redação originária, o art. 4º da Lei n. 14.148/2021, que, porém, teve seu alcance restringido pela Lei n. 14.592/2023, para “os resultados e as receitas obtidos diretamente das atividades do setor de eventos”, já que deles excluiu os auferidos pelas academias.

Pois bem, tenho para mim que tais alterações *in peius* agrediram direitos fundamentais do setor de academias e eventos esportivos.

II – Especificamente quanto ao alcance da *alíquota zero*, é incontestável que a Lei n. 14.592/2023 o amesquinhou.

Registre-se que a Lei n. 14.148/2021 aludia ao “resultado auferido pela pessoa jurídica” (e, não, simplesmente, às “receitas decorrentes das atividades de eventos”). Desse modo, como não há duvidar, a *intentio legis* foi no sentido de que todas as receitas – e não apenas as decorrentes das atividades de eventos esportivos – fossem submetidas à *alíquota zero*.

De fato, *resultado*, para fins contábeis – e, por extensão, tributários –, é o total de receitas deduzido das despesas (cf. item 88 do Pronunciamento Técnico CPC 26 – R1, que trata da Apresentação das Demonstrações Contábeis⁵⁰) e, não apenas as receitas decorrentes de determinada atividade.

Nunca é demais lembrar que, a teor do art. 110 do CTN, não é dado à lei tributária “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”.

III – Dando curso ao raciocínio, tem-se que a prematura derrogação de um benefício fiscal condicionado e transitório não tem força jurídica bastante para impedir que os contribuintes prejudicados continuem a desfrutar por inteiro da benesse, até a fluidez do prazo assinalado no ato normativo que a concedeu.

Em outras palavras, excepcionalmente, as vantagens de tal benefício fiscal incorporam-se ao patrimônio de seu destinatário, que passa a ter o *direito adquirido* de continuar a fruí-las, até o termo apontado no ato normativo.

Dito de outro modo, em circunstâncias especiais, o patrimônio dessa pessoa não pode ser prejudicado, sob pena de burla ao disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

IV – É o caso, pois, de se indagar: que vem a ser *direito adquirido*?

A resposta a esta intrincada questão é dada, com propriedade, pelo grande Carlo Francesco Gamba; *verbis*:

“É adquirido cada direito que: *a*) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude de a lei do tempo no qual o fato se consumou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova em torno do mes-

⁵⁰ Pronunciamento Técnico CPC 26 (R1): “Item 88. Todos os itens de receitas e despesas reconhecidos no período devem ser incluídos no resultado líquido do período a menos que um ou mais Pronunciamentos Técnicos, Interpretações e Orientações do CPC requeiram ou permitam procedimento distinto.”

mo; e que *b*) nos termos da lei sob cujo império ocorre o fato do qual se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.”⁵¹

Enveredando por trilha análoga, Celso Antônio Bandeira de Mello também esclarece; *verbis*:

“Entende-se adquirido o direito, consolidado, quando o direito derivado da disposição legal concessiva não tenha outra razão de ser, outra significação lógica, outro conteúdo racional, senão exata e precisamente perlongar-se no tempo, cristalizada-mente, pois o dispositivo legal atributivo do direito perderia sentido se não fosse para esse fim.”⁵²

Como se vê, o *direito adquirido* não apenas obstaculiza a retroatividade da lei nova, mas, por impedir também a projeção de efeitos imediatos e futuros desta, garante a ultratividade da lei velha. Melhor dizendo, impede que a lei nova, mesmo incidindo para o futuro, desconstitua situações consolidadas sob a égide da lei velha.

V – Por outro lado, ato jurídico perfeito é o que está concluído e acabado, segundo a lei que vigorava, ao tempo em que se consumou, e que, portanto, está apto a produzir seus regulares efeitos, conforme, aliás, vem estatuído no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (*LINDB*)⁵³.

Em síntese, os efeitos que o ato jurídico perfeito gerou não podem ser lançados pela lei nova⁵⁴.

VI – É interessante notar, com Maria Helena Diniz, que o ato jurídico perfeito garante o direito adquirido. Confira-se:

“A segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido pela proteção que se concede ao seu elemento gerador, pois se a nova norma considerasse como inexistente, ou inadequado, ato já consumado sob o amparo da norma precedente, o direito adquirido dele decorrente desapareceria por falta de fundamento.”⁵⁵

Adicione-se que, para produzir *direito adquirido*, o ato jurídico deverá ter-se consumado em tempo hábil, vale dizer, na vigência da lei que contemplava aquele direito.

VII – Assinale-se, ainda, que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, mais do que imunes ao efeito retroativo da lei nova, impedem que esta, de algum modo, os desconstitua.

É o que, com grande perspicácia, percebeu José Eduardo Martins Cardozo; *verbis*:

“[O] *direito adquirido* e as demais figuras jurídicas que o acompanham no art. 5º, XXXVI, da Lei Maior, são realidades que quando verificadas *in concreto* inibem a projeção contra si de efeitos imediatos da lei nova. Incorre, pois, em lamentável equí-

⁵¹ *Teoria della retroattività delle leggi*. 3. ed. Turim: Utet, 1891, p. 191 (traduzi).

⁵² *Ato administrativo e direitos dos administrados*. 1ª ed. São Paulo: RT, 1981, p. 115.

⁵³ Denominação dada à Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

⁵⁴ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 6º [...] § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

⁵⁵ *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 180.

voco quem afirma que o respeito ao direito adquirido se define apenas como um limite à própria retroatividade. Em essência, qualifica este um limite a quaisquer efeitos temporais de um novo diploma legislativo, sejam estes pretéritos, imediatos ou futuros.”⁵⁶

Sempre mais se nota, pois, que o direito adquirido e o ato jurídico perfeito não apenas obstaculizam a aplicação pretérita das leis novas, como asseguram a ultratividade das antigas. Assim, lei velha continuará a disciplinar as situações que sob sua égide se consumaram, mesmo depois da entrada em vigor da lei nova. Tudo em homenagem ao superno *princípio da segurança jurídica*.

Daí a conclusão, do mesmo José Eduardo Martins Cardozo; *verbis*:

“Forçoso concluir, portanto, que da mesma forma que é possível existir uma lei retroativa que não ofenda o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (basta que esta não prejudique direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou a coisa julgada), é possível existir uma lei não retroativa que ofenda este dispositivo constitucional. Esta última hipótese ocorrerá quando a lei nova, sem previsão expressa da sua retroatividade, pretender prejudicar, com efeitos imediatos ou futuros, tais realidades resguardadas pela Constituição Federal, desrespeitando, desta forma, a exigida ultratividade da lei velha que não poderia ser violada *in casu*.”⁵⁷

Desse modo, por força do dispositivo constitucional que manda respeitar o *direito adquirido* e o *ato jurídico perfeito*, a lei antiga, posto revogada, sobrevive, continuando a disciplinar as situações que se consolidaram, enquanto esteve em vigor.

Realmente, sofrem as limitações do tempo as leis novas que alteram os efeitos, principalmente pecuniários, que já se incorporaram ao patrimônio⁵⁸ dos contribuintes.

VIII – Dito de outro modo, se uma pessoa teve a certeza advinda da lei de que, durante determinado lapso temporal, podia deixar de recolher certo tributo ou fazê-lo de modo mitigado, um ato normativo novo não pode turbar a fruição deste direito.

É o que, aliás, ensina Miguel Seabra Fagundes; *verbis*:

“Quando a isenção exprima uma abstenção legítima do poder de tributar, com ela nasce para o beneficiário o direito a usufruí-la, no tempo e com o conteúdo da lei institucional, desde que a situação se ajuste às exigências feitas pelo legislador para outorgá-la. Satisfeitas essas exigências, o legislador não é livre de, sem mais nem menos, declará-la revogada.”⁵⁹

Evidentemente, o que o grande administrativista sustentou em relação à isenção se aplica aos benefícios fiscais em geral, entre os quais as concessões do benefício da *alíquota zero*, para os contribuintes de um dado setor econômico.

IX – Muito bem, estou convencido de que o ato normativo que criou o benefício fiscal em tela traduziu o anseio da União Federal de amparar um setor econômico alta-

⁵⁶ *Da retroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995, p. 325.

⁵⁷ *Da retroatividade da lei*. São Paulo: RT, 1995, p. 326.

⁵⁸ Tomo a palavra *patrimônio* no sentido de *conjunto de direitos de conteúdo econômico*, abrangendo, assim, os direitos a prestações pecuniárias.

⁵⁹ *Revogabilidade das isenções tributárias*. *Revista de Direito Administrativo* n. 58, p. 2.

mente prejudicado pela pandemia da *covid-19* e pela legislação que esta suscitou (*v.g.*, a proibição de funcionar durante determinado período).

De fato, como consta do art. 1º da Lei n. 14.141/2021, o *Perse* foi instituído para “compensar os efeitos decorrentes das medidas de isolamento ou de quarentena realizadas para enfrentamento da pandemia da *covid-19*”.

Vai daí que tal ato normativo não teve outro propósito que não o de proteger o setor de academias e de eventos esportivos, compensando-o, durante 60 meses, das perdas sofridas, em decorrência da adoção das precitadas medidas sanitárias.

Ora, caso se entenda que foi válida a restrição do benefício, levada a efeito pela Portaria n. 11.266/2022 do Ministério da Economia, editada com base na Lei n. 14.592/2023, estar-se-á a aceitar ser permitido ao Poder Público iludir os contribuintes, acenando-lhes com vantagens fiscais, para, depois de alcançado o desiderato estatal (*v.g.*, a continuação das atividades da empresa), serem livremente mitigadas ou até retiradas.

Desnecessário dizer que, em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível tamanha burla à boa-fé das pessoas.

Em outros falares, o ordenamento jurídico pátrio exige que o benefício fiscal com prazo certo em foco tenha não só a garantia da permanência no tempo, como o alcance estipulado na legislação que o concedeu.

X – E nem se alegue que os favorecidos pelo benefício fiscal tinham apenas a expectativa de direito de usufruí-lo por inteiro, durante 60 meses. Isso porque, naquela inédita situação de pânico e convulsão social, o alcance e a duração da benesse eram fundamentais para que o *contribuinte-alvo* decidisse se valia a pena prosseguir com suas atividades, manter o quadro de funcionários, renovar o estoque, investir em equipamentos, “desistir de forma irrevogável, até o prazo final para adesão, de impugnações ou recursos administrativos, de ações judiciais propostas ou de qualquer defesa em sede de execução fiscal” (cf. art. 3º, § 4º, da Lei n. 14.148/2021) etc.

Em suma, no caso sob foco temático, de modo algum pode irradiar efeitos a Lei n. 14.592/2023, que reduziu os *benefícios fiscais com prazo certo* concedidos pela Lei n. 14.148/2021 e chegou ao ponto de deles excluir as academias de ensino de dança. Do contrário, restarão burlados, a um tempo, os princípios *da segurança jurídica* e *da boa-fé*.

Xa – Anoto que o *princípio da segurança jurídica* é uma das manifestações do nosso Estado Democrático de Direito e se encontra consagrado já no art. 1º da Constituição Federal. Visa preservar as justas expectativas das pessoas, bem assim a promover os valores supremos da sociedade, influenciando não só na edição das leis, dos decretos e dos atos administrativos, como no próprio alcance das decisões judiciais.

De fato, as normas jurídicas devem tornar segura a vida das pessoas e das instituições. Daí incumbir ao Estado zelar para que todos tenham não só uma proteção eficaz dos seus direitos e garantias, como possam prever, em alto grau, as consequências jurídicas dos comportamentos que adotarem. Assim, a segurança jurídica acaba por dar efetividade à confiança que as pessoas físicas ou jurídicas devem ter no Direito.

Xb – Já, em matéria tributária, o *princípio da boa-fé* exige que tanto o contribuinte quanto o Fisco respeitem as conveniências e os interesses do outro e não incorram em contradição com a própria conduta, na qual a contraparte confiava. É justamente este fator de confiança que permite que formem, entre si, vínculos consistentes, marcados pela lisura e pela honestidade.

Assim, quando o comportamento do Estado (manifestado, por exemplo, em um decreto) cria uma expectativa de confiança legítima de que, diante de uma situação, ele se conduzirá de certo modo, não lhe é dado alterar, com efeitos retroativos, sua orientação, para obter vantagens sobre as pessoas.

A abrupta alteração de um ato normativo (*v.g.*, de um decreto) não pode prejudicar contribuinte que, na oportunidade, estava a desfrutar de situação jurídica consolidada.

Em termos mais técnicos, o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* consagra a ideia de que ninguém, muito menos o Estado, por qualquer dos seus Poderes, pode tomar uma posição jurídica, com consequências desfavoráveis para os contribuintes (no caso o setor de academias e de eventos esportivos), em contradição com comportamentos anteriores já constituídos, ou seja, que produziram ou estavam a produzir seus regulares efeitos.

XI – Muito bem. É justamente nesse ponto que entra a questão da irretroatividade das normas tributárias que modificam, *in pejus*, situações jurídicas dos contribuintes, que já se encontram consolidadas.

Assim há de ser, porque em um Estado Democrático de Direito como o nosso, não podem derivar, do comportamento dos contribuintes, outras consequências jurídicas, além das previstas na legislação *lato sensu*, da época em que ele se verificou.

Fosse de outro modo, e eles não saberiam quais objetivos perseguir, já que tudo navegaria ao grado da álea, do capricho fazendário, da boa ou da má fortuna. E, pior: não haveria espaço para o planejamento, já que, quaisquer condutas que adotassem, ainda que anteriormente aceitas pelas autoridades competentes, poderia acarretar-lhes consequências positivas ou negativas, dependendo das circunstâncias de momento.

XIa – Evidentemente, o Direito está longe de ser estático. Como a realidade social sobre a qual incide é cambiante, segue-se que, a todo o momento, ele se ajusta às mudanças advindas do avanço tecnológico, das novas concepções de vida, das alterações comportamentais dos homens, e assim por diante.

Entretanto, esse inexorável evoluir deve ser conjugado com a imperiosa necessidade de se proteger os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) que, com base na legislação vigente, tomaram decisões, adotaram condutas, reorganizaram seus negócios etc.

XIb – Quero expressar, com tais palavras, que os novos atos normativos devem preservar as situações jurídico-tributárias que se construíram ao abrigo dos antigos.

Admitir o contrário equivale a sustentar, para além de qualquer dose de razoabilidade, que o Direito só serve para ordenar o presente, ainda que, ao fazê-lo, desconstrua por completo as relações que se teceram no passado. Fosse assim, e a segurança jurídica seria irremediavelmente reduzida a tassalhos.

Logo, qualquer tipo de inovação que repercuta desfavoravelmente sobre o patrimônio dos contribuintes não pode gerar efeitos sobre situações pretéritas, já consolidadas.

5. Anotações finais

I – Do quanto foi exposto, força é convir que a abrupta alteração *in pejus* de uma lei não pode prejudicar quem, na oportunidade, estava a desfrutar de situação jurídica consolidada.

Insofismavelmente, não é dado ao Estado incorrer em contradição com a própria conduta.

De fato, as pessoas devem haurir, do ordenamento jurídico como um todo considerado, a certeza dos efeitos que advirão dos comportamentos que vierem a adotar. Fosse de outro modo, e não saberiam quais objetivos perseguir, já que tudo navegaria ao grado da álea, do capricho dos governantes, da boa ou da má fortuna. E, pior: não haveria espaço para o planejamento, já que, qualquer conduta que adotassem, poderia acarretar-lhes, indiferentemente, consequências positivas ou negativas, dependendo das circunstâncias de momento.

II – Com tais assertivas, pretendo significar que devem ser preservadas as situações jurídicas que derivaram de decisões tomadas com base na legislação da época, que confessadamente teve o escopo de compensar, entre outros, o setor das academias e eventos esportivos.

Com efeito, apesar da pandemia da *covid-19*, as empresas desse setor sentiram-se estimuladas a levar avante suas atividades, porque se viram liberadas, por 60 meses, pela Lei n. 14.148/2021, do encargo de recolher o *IRPJ*, a *CSLL*, o *PIS* e a *Cofins*, sobre *todos os resultados* que viessem a auferir. Esse incentivo, que – não custa reafirmar – visava compensar as empresas pelas perdas sofridas, não podia ser restringido, nem muito menos anulado.

Definitivamente, não é dado ao Direito frustrar os que confiaram nas normas jurídicas em vigor e, com base nelas, pautaram seu agir. De fato, qualquer inovação que repercuta desfavoravelmente sobre o patrimônio das pessoas não pode gerar efeitos sobre situações pretéritas.

Calham bem, a propósito, as clássicas lições de Vicente Ráo; *verbis*:

“A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, ‘o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada’. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira de nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade, querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.”⁶⁰

Em suma, deve ser desconsiderada, por injurídica, a Lei n. 14.592/2023, que, em prejuízo do setor de academias e eventos esportivos, “desconstituiu”, no todo (no caso das academias de ensino de dança) e em parte (no caso da limitação do alcance da *alíquota zero*, sobre os resultados obtidos pelas empresas do setor de eventos), os benefícios fiscais com prazo certo a que faziam jus, por força do disposto na redação original do art. 4º da Lei n. 14.148/2021.

III – Por outro lado, é também aplicável, ao caso em estudo, o *princípio constitucional do não retrocesso* (ou *do não regresso*).

⁶⁰ *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: RT, 2005, p. 389.

Este princípio é uma garantia que encontra sua matriz axiológica na segurança jurídica e consagra a tese de que o Estado, após ter efetivado um direito, não pode voltar atrás, sem uma medida compensatória correspondente⁶¹.

Assim, a *vedação ao retrocesso* assegura a manutenção integral dos benefícios fiscais concedidos por prazo certo, durante períodos marcados por grandes convulsões sociais e econômicas, como o retratado na presente manifestação opinativa. Em tais circunstâncias emergenciais, é vedado ao Estado reverter, no todo ou em parte, as benesses que concedeu.

IIIa – Não se ignora que, entre os estudiosos do tema, há a tendência de se aceitar que o princípio constitucional da vedação ao retrocesso somente se aplica quando estão em jogo direitos fundamentais.

Sem entrar no mérito de tal posição doutrinária, a situação em análise, dada sua absoluta excepcionalidade, impede os retrocessos determinados pela Lei n. 14.592/2023. Este ato normativo, conquanto tenha colimado o aumento da arrecadação tributária, desconsiderou o objetivo compensatório da Lei n. 14.148/2021.

Não estava autorizado a fazê-lo, pois os mecanismos da tributação, em nosso país, além de deverem propiciar os recursos necessários ao custeio da máquina estatal, devem estimular comportamentos que venham ao encontro do interesse coletivo, como, por exemplo, o do prosseguimento de atividades econômicas que, como no caso concreto, geram empregos e trazem benefícios à saúde das pessoas.

IIIb – Ademais, a Lei n. 14.592/2023 não criou meios alternativos capazes de justificar a mitigação dos benefícios fiscais concedidos pela Lei n. 14.148/2021, com o claro propósito – repita-se – de estimular as empresas de setores econômicos relevantes para o país a recuperarem sua higidez financeira e, com isso, a prosseguirem em suas atividades.

IIIc – Remarco que as medidas de isolamento social adotadas pelo Poder Público para impedir a disseminação da *covid-19* trouxeram ônus excepcionais às empresas do setor de eventos, que, por *um lado*, se viram compelidas a restringir ou até mesmo suspender suas atividades e, *por outro*, foram impedidas de dispensar funcionários, com o que continuaram a suportar o custeio das folhas de salários, em que pese as drásticas diminuições de receita que a legislação lhes impôs.

Foram justamente essas atípicas perdas, ocasionadas pela ação estatal na pandemia, que a Lei n. 14.148/2021 teve em mira compensar.

Logo, não é dado, agora, ao Poder Público, voltar sobre seus próprios passos, reduzindo, quer o alcance dessa compensação, quer as atividades econômicas beneficiadas.

⁶¹ Tal princípio já foi reconhecido, por exemplo, pela Corte Constitucional portuguesa que, no Acórdão n. 509/2002, decidiu que “[...] a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador”, *de modo que, nesses casos*, “[...] a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima” (Acórdão n. 509/2002, *Diário da República*, I Série-A, de 12 de fevereiro de 2003).

Também no Brasil, foi objeto das considerações do voto vencido do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI n. 3.105-8/DF, o *princípio do não retrocesso* que, segundo esse jurista, impede “que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”.

IV – Tudo se conjuga, pois, no sentido de que as academias de ginástica e as empresas do setor de eventos esportivos têm o pleno direito de, por 60 meses, contados a partir de 3 de maio de 2021, desfrutar, por inteiro, do benefício fiscal que lhes foi outorgado pela Lei n. 14.148/2021.

Esta tese se me afigura a mais adequada, seja por estar em harmonia com o sistema jurídico como um todo considerado, seja porque leva, parafraseando Goffredo da Silva Telles Júnior, “a uma mais justa solução”⁶² do problema em pauta.

⁶² O chamado direito alternativo – interpretação razoável. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* n. 94/79. São Paulo, 1999.

A Vedação de Vinculação de Impostos a Fundos (Art. 167 da Constituição Federal)

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Estabeleceu o Convênio ICMS n. 42/2016 (cláusula primeira) uma autorização para que os Estados e o Distrito Federal, relativamente aos incentivos e benefícios fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros, inclusive os decorrentes de regimes especiais de apuração, *que resultem em redução do valor ICMS a ser pago*, inclusive os que ainda vierem a ser concedidos, pudessem (I) condicionar a sua fruição a que as empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, 10% do respectivo incentivo ou benefício; ou (II) reduzir o seu montante em, no mínimo, 10% do respectivo incentivo ou benefício, sendo que a unidade federada que viesse a optar pela primeira hipótese poderia instituir fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas, constituído com recursos oriundos do depósito e outras fontes definidas no seu ato constitutivo.

Da autorização resultaram leis cuja constitucionalidade vem sendo discutida¹, basicamente, em torno do disposto no art. 167, inciso IV, da CF, que veda:

“IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;”

1. Do princípio da não afetação da receita

Trata-se do chamado princípio da não afetação da receita. Impõe-se a inadmissibilidade de predestinação de recursos *por lei* a determinada despesa. Ou seja, embora em cada *lei orçamentária* existam destinações próprias ou alocações de recursos, é vedada à lei a vinculação extraorçamentária². A doutrina reconhece que a vedação se erige como princípio orçamentário, condição de planejamento, otimização e gestão ordenada das finanças públicas, sendo que a técnica do orçamento-programa, adotada pela Constitui-

¹ Em 23 de dezembro de 2016, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou a ADI n. 5.635, com pedido liminar, para ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º, 4º, *caput* e inciso I, e 5º, todos da Lei Estadual n. 7.428/2016 (FEEF), e, por arrastamento, os dispositivos correlatos do Decreto n. 45.810/2016. Em razão da superveniente edição da Lei Estadual n. 8.645/2019 e do Decreto n. 47.057/2020, os quais instituíram o FOT, a CNI apresentou pedido de aditamento, “para incluir no rol de pedidos a declaração da inconstitucionalidade” desses diplomas.

² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Regime constitucional do direito financeiro. In: TÔRRES, Helene Taveira (coord.). *Tratado de direito constitucional tributário*. São Paulo, 2005, p. 485.

ção, é a mais refratária à vinculação de receitas. Enquanto no orçamento tradicional o critério contábil prevalecia, no orçamento-programa domina o critério funcional-programático, com ênfase no que se realiza e não no que se gasta. Com um programa se desencadeia um processo de atos jurídicos e medidas técnicas que, por pressuposto, desenrolam-se num certo e determinado período, buscando um controle racional das receitas, tendo em vista o bem-estar geral. Ou seja, organiza-se o orçamento sob a *forma* de planejamento³.

Justamente por força dessa *forma*, que alia receita a finalidades, o sentido da não afetação em caso de vinculação de impostos a fundos exige um entendimento estrito da vedação constitucional, mormente quando se vê que o inciso IV do art. 167 trabalha com a fórmula regra/exceção (vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas...). A própria Constituição estabelece, portanto, a regra e determina as exceções, que, salvo por norma do constituinte derivado, não serão ampliadas nem pela legislação ordinária nem por interpretação judicial.

Para esse efeito hermenêutico, a regra constitucional do inciso IV não deixa de conter um articulado normativo, cujas prescrições que excepcionam a regra e as exceções têm por base um efeito positivo e um efeito negativo que a vinculação regulada em lei pode causar, categoricamente ou sob determinada condição. Daí a cautela da jurisprudência do STF com relação à legislação que verse as exceções expressas (casos que promovem seu objetivo) e o rigor na interpretação da regra geral, com relação à generalização do fim que motiva a vedação (seu *telos*).

Nesse quadro se manifesta a *densidade* da norma constitucional.

Densidade tem a ver com a concretização da norma constitucional. Densidade presuppõe um menor ou maior espaço de “discricionariedade” ou de “liberdade de conformação”. Assim, por exemplo, no âmbito orçamentário, a norma constitucional que restringe a liberdade legislativa de afetação de receitas (art. 167, IV) é uma norma mais “densa” do que a que determina à lei que instituir o plano plurianual, estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, § 1º). A primeira possui uma “densidade”, “determinabilidade” ou “exequibilidade” muito maior que a segunda. Vale dizer, mesmo que seja necessária *em ambos os casos*, a *interpositio legislatoris*, a liberdade de legislar é muito menor no primeiro caso.

A norma constitucional que estabelece o princípio da vedação de afetação de receita a fundo, de densidade alta, por seu objetivo constitucionalmente obrigatório, merece atenção. Embora o orçamento-programa trate de uma técnica financeira de conteúdo, pois cria um objetivo a ser alcançado com os recursos, usualmente de conteúdo social, de investimento ou de garantia, o que se veda é a possibilidade de serem criadas vinculações de um específico tributo (imposto) a *fundos*, destinados a fins específicos ou amplos.

Tratando-se de princípio constitucional setorial, por afetar o específico tema orçamentário, em seu âmbito de atuação ele incide de modo supremo⁴. O constituinte con-

³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 711.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo, 2022, p. 318.

forma, desse modo, o sentido da vedação, atribuindo ao legislador ordinário a tarefa de explicitá-lo ao articular o fim proposto, mas dá uma linha de direção que não pode ser contrariada. Sua eficácia implica a paralização da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que lhe esteja em contradição⁵. Pode-se falar, assim, pela relação entre a norma constitucional e a norma legal, como norma de qualificação obrigatória positiva e negativa⁶. A manifestação da vontade constituinte se faz de forma unilateral, tendo em vista um sentido técnico de imbricação formal conforme esquemas lógicos de identidade e não contradição.

Sua unidade de sentido, porém, não se obtém se as consideramos sem uma conexão com a própria realidade constitucional, enquanto uma experiência normativa, vivida e concreta. Por isso, a unidade de sentido não só tem uma dimensão formal, mas também, teleológica, própria do sistema de valores que lhe é ínsito, devendo o intérprete optar pela hipótese que melhor realiza o efeito pretendido⁷. Deve-se atentar à finalidade do orçamento público de equilíbrio econômico-social (redução das desigualdades sociais) e *não apenas de equilíbrio contábil-financeiro*, mormente *quando se trata de imposto sobre consumo*, com sua carga altamente regressiva⁸.

Na concreção desse objetivo é que impõe a exigência do princípio de não afetação na lei orçamentária e a consequente vedação de vinculação de impostos a fundo, sendo *vinculação identificada como impossibilidade de uma destinação em face de quaisquer outras alternativas*. É nesse sentido que vale a vedação como critério para a regra geral de inadmissibilidade (vedação de vinculação de imposto a fundo).

Para o seu adequado entendimento, cabendo aos princípios darem unidade e harmonia ao sistema⁹, observe-se, quanto à regra geral, que o dispositivo do inciso IV conjugase com inciso IX, que veda “a instituição de *fundos de qualquer natureza*, sem prévia autorização legislativa” (negritei). Ou seja, a conjugação dos incisos IV e IX do art. 167 aponta para a interpretação constitucional do sentido da palavra *fundo* atrelada à *vedação de vinculação*. A criação de fundo *de qualquer natureza* significa, salvo as exceções expressas, a vedação geral de vinculação da receita de imposto para certo fim, assim afirmado por toda a jurisprudência do STF após 1988¹⁰.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo, 2022, p. 312.

⁶ GRABITZ, E. *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, p. 68.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo, 2022, p. 312.

⁸ Misabel Derzi, fazendo referência a Aliomar Baleeiro. “O princípio da não-afetação da receita de impostos e a justiça distributiva. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Tratado de direito constitucional tributário*. São Paulo, 2005, p. 647.

⁹ Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo, 2022, p. 312) fala em “costurar” as diferentes partes do texto constitucional.

¹⁰ Por todos, ver ARE n. 665.291 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16.02.2016: “Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal n. 923/2009. Vinculação de receita de ICMS a fundo. Inconstitucionalidade material da lei evidenciada. Norma de reprodução obrigatória. afronta ao art. 167, IV, da CRFB/88, e ao Art. 154, IV, da Constituição Estadual. Jurisprudência pacificada. Ação Julgada Procedente. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a destinação de receitas de impostos a fundos ou despesas, ante o princípio da não afetação aplicado às receitas provenientes de impostos. 2. Pretensão de, por vias indiretas, utilizar-se dos recursos originados do repasse do ICMS para viabilizar a concessão de incentivos a empresas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

Entende-se *natureza jurídica* como a caracterização ou identificação da essência normativa de uma instituição em vista de sua função, elementos constitutivos e efeitos dentro do ordenamento jurídico. A *natureza jurídica*, sob a exigência de condição legal e na esteira das normas de direito público, reporta-se à sua estrutura e modo de funcionamento.

Na esteira do direito privado¹¹, fundo designa, em sede de direito público, forma alocada de recursos na programação e gestão orçamentária¹². Hely Lopes Meirelles¹³ o define como “... toda reserva de receita para a aplicação determinada em lei”, natureza jurídica reforçada pela doutrina, ao entender que os fundos públicos não são considerados nem fundações nem corporações, não configurando pessoa jurídica, não praticando nenhuma espécie de ato jurídico nem tendo capacidade jurídica.

Por sua natureza jurídica, os fundos, previstos nos arts. 71 a 74 da Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964¹⁴, criados no âmbito de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem assim dos ministérios públicos e dos tribunais de contas, não são dotados de personalidade jurídica e, quando autorizados como instrumentos orçamentários de alocação de recursos, devem ter e têm em consideração a conveniência de determinada fonte de recurso para um programa. Todo e qualquer fundo público tem, portanto, alguma *finalidade* que justifica a sua instituição, com menção das receitas que o formam e os programas instituídos no interesse da administração pública.

Nessa condição explica-se, afinal, que, salvo as exceções constitucionais, a vedação de vinculação, ao mencionar *fundo* designe, constitucionalmente, a qualidade funcional de qualquer fundo: sempre preencher alguma finalidade, alcançar fins que constituem a sua motivação. Fica claro que os fundos, *de qualquer natureza*, no entendimento constitucional, sendo criados, quando autorizados, para operacionalizar a máquina pública na gestão dos recursos para finalidades preestabelecidas, devem respeitar, de regra, o princípio da não vinculação.

2. Fundos de qualquer natureza

A expressão constitucional *fundos de qualquer natureza*, refere-se à existência de fundos de natureza contábil e financeira, sendo de natureza contábil os fundos constituídos por disponibilidades financeiras evidenciadas em registros contábeis, destinados a atender saques a serem efetuados contra o caixa do Tesouro, e, de natureza financeira, os

¹¹ No âmbito do direito privado, fundo é “um patrimônio com destino específico, abrangendo elementos ativos e passivos vinculados a certo regime que os une, mediante a afetação dos bens a determinadas finalidades, que justifique a adoção de um regime jurídico próprio” (WALD, Arnold. *Revista de Direito Mercantil* n. 80, p. 15-23).

¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Regime constitucional do direito financeiro. In: TÔRRES, Heleno Teixeira (coord.). *Tratado de direito constitucional tributário*. São Paulo, 2005, p. 493.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças municipais*. São Paulo: RT, 1979.

¹⁴ “Na nova ordem constitucional cabe à lei complementar estabelecer as condições para a instituição e funcionamento dos fundos (art. 165, § 9º, II) [...] Assim, enquanto não for editada a lei complementar de que trata o citado § 9º do art. 165 da Constituição Federal, permanecem vigentes as normas estabelecidas pela Lei n. 4.320/64 (arts. 71/74) e o art. 69 da Lei n. 4.728/65.” (SANTOS, Homero. Fundos federais. *Revista do TCU* de jan./mar. 1992)

constituídos mediante a movimentação de recursos do caixa do Tesouro, destinados a atender aos saques previstos em programação específica.

Não obstante essa distinção, sublinhe-se que, salvo as exceções, os fundos, em ambos os casos, devem respeitar a regra de não vinculação, posto que, sejam contábeis, sejam financeiros, não deixam de constituir afetações de recursos (dotações, recursos financeiros e outros ativos) a determinados objetivos. Fundos contábeis, na verdade, mesmo quando operem com dotações genéricas, são destinados, afinal, à realização de inversões financeiras¹⁵.

Por sua caracterizada relação *meio/fim* entende-se a classificação em duas espécies básicas de que fala a doutrina¹⁶. No sentido de afetações de recurso a determinados objetivos, costuma-se falar de *fundos especiais*, conforme previstos na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964 e no art. 172 do Decreto-lei n. 200, e, em contraposição, de *fundos atípicos* (fundos de partilhamento de receitas, fundos de transferências de recursos, fundos de incentivos fiscais etc.).

A distinção entre *típico e atípico* deve, porém, ser devidamente matizada.

Como usualmente admite a doutrina, a qualificação de tipos consiste na determinação do ato como enquadrado ou não no conceito legal. É nesse sentido que se diz que, por exemplo, certos atos, para os efeitos jurídicos, submetem-se ao conceito legalmente instituído, a cuja disciplina substancial eles se sujeitam. É nessa possibilidade que está, do ângulo jurídico, a hipótese de que atos assentados e reconhecidos podem, no entanto, preencher outras funções: uso atípico.

O adjetivo *atípico* qualifica, portanto, aquilo que, por suas propriedades ou características, é diferente dos tipos ou modelos que reproduzem os elementos da classe típica, mantendo, porém, a função típica da estrutura, ainda que se venha a dar importância a um escopo ulterior¹⁷.

É o que ocorre com o disposto no § 2º do art. 172 do Decreto-lei n. 200/1967 e no Decreto n. 93.872/1986 e com a Lei n. 4.320, que, em seu art. 71, estabelece: “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.”

Nessa tipificação destaca-se, dentre outros atributos¹⁸, a presença (I) de *receitas especificadas determinadas em lei*; (II) *por meio de dotações consignadas e vinculadas à realização de determinados objetivos ou serviços*; (III) *vinculação a órgão da administração direta de um dos Poderes*; (IV) *com utilização de contabilidade particularizada como parte da contabilidade do órgão orçamentário a cuja programação se integra*; (V) *com normas peculiares de aplicação, emprego de meios adicionais de controle, preservação dos saldos do exercício que se convertem em disponibilidades para gastos futuros*.

¹⁵ Aliás, a maior parte dos fundos autorizados constitucionalmente (cerca de 75% destes) operam com dotações genéricas (com detalhamentos, no máximo, ao nível de programas).

¹⁶ SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Administração Pública (RAP/FGV)* de jul./ago. 2002.

¹⁷ ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas, 2001, p. 156.

¹⁸ SANCHES, Osvaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. *Revista de Administração Pública (RAP/FGV)* de jul./ago. 2002, p. 275.

Por não se enquadrarem nos atributos básicos de fundos especiais, qualificam-se, então, os *fundos atípicos*, que se diferenciariam dos fundos especiais ou por não possuírem programação própria ou por constituírem apenas uma forma de particularizar recursos nos orçamentos ou visarem à instrumentalização de transferências de recursos para fundos estaduais, ou operarem com recursos de incentivos fiscais, atuando por meio de instituições financeiras oficiais (devendo-se citar a existência de menção a “fundos” mas que, na realidade, embora assim chamados, não são fundos, mas entidades da administração indireta).

No entanto, tendo em vista que o fim do orçamento público é a entrega de bens e serviços para satisfazer as necessidades da sociedade, mediante recursos, dotações autorizadas que permitirão a realização das ações, a qualificação de fundos como típicos e atípicos apenas determina a existência de uma estrutura classificatória, relativamente complexa, que permite uma visão organizada das despesas, forma de atender à exigência de transparência e permitir a análise detalhada do gasto público. Não mais que isso.

Em outras palavras, de um lado, um escopo visado deve ser alcançado; de outro, não obstante a finalidade, um fundo atípico, sem deixar de realizá-lo, busca a sua realização, *sem desnaturar juridicamente seu caráter de fundo*.

Em consequência, um fundo público, típico ou atípico, está sempre subordinado, quanto à sua disciplina, às mesmas normas constitucionais que dizem respeito à vedação de vinculação de impostos.

3. Da vinculação de ICMS a fundo em lei estadual

De acordo com o Convênio ICMS n. 42/2016¹⁹, determinados valores poderiam ser recolhidos pelos contribuintes com destino a um fundo instituído pelo Estado, sendo obrigação de pagar instituída pelas respectivas leis, cujo objeto não seria nenhum outro senão o próprio ICMS, exigido com base nas competências legislativas constitucionalmente atribuídas ao Estado, em conformidade com os arts. 146, 148, 149 e 154 da Constituição Federal. Tratando-se de imposto, tendo ocorrido simplesmente um aumento do importe do ICMS pela diminuição no montante de incentivos fiscais concedidos por isenção, falar-se-ia simplesmente de uma parcela do próprio ICMS.

Do ângulo tributário, é preciso, inicialmente, ter em conta as normas que configuram *tributo* como *imposto* no conceito constitucional. De um lado, portanto, respeitar o

¹⁹ Apesar de vícios eventualmente atribuíveis ao mencionado Convênio, põe-se em discussão apenas o teor das leis visto que o STF tem firmado sua jurisprudência no sentido de que somente lei em sentido formal pode dispor sobre a concessão ou revogação de incentivos (§ 6º do art. 150 da CF/1988), ainda que autorizados previamente pelo Confaz. “Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Benefício fiscal. Ausência de lei específica internalizando o convênio firmado pelo Confaz. Jurisprudência desta Corte reconhecendo a imprescindibilidade de lei em sentido formal para dispor sobre a matéria. 1. As razões deduzidas pela agravante equivocam-se quanto às razões de decidir do juízo monocrático. Não ficara assentada naquela decisão a impossibilidade de o convênio autorizar a manutenção dos créditos escriturais. O que se reconheceu fora a impossibilidade de o benefício fiscal ser implementado à margem da participação do Poder Legislativo. 2. Os convênios são autorizações para que o Estado possa implementar um benefício fiscal. Efetivar o beneplácito no ordenamento interno é mera faculdade, e não obrigação. A participação do Poder Legislativo legítima e confirma a intenção do Estado, além de manter hígido o postulado da separação de poderes concebido pelo constituinte originário. 3. Agravo regimental não provido.” (RE n. 630.705 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11.12.2012)

conceito de *fundos de qualquer natureza*; de outro, a vedação da vinculação de receita de *impostos*, ressalvadas as hipóteses estabelecidas taxativamente.

Um regime jurídico tributário é um sistema de normas legais e princípios (estrutura) que configuram (qualificam) o fundamento da relação: certos fatos como geradores, conforme certa base de cálculo, donde a obrigação de determinados sujeitos pagarem um tributo ao Estado (norma principal), conforme determinadas formas de apuração e determinadas alíquotas (norma subordinada).

Nessa linha, a Constituição Federal discrimina os tributos por seus fatos geradores e sua base de cálculo e no art. 146, alínea *a*, atribui-se à Lei Complementar a definição de tributos e suas espécies e, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Por esses dispositivos, entende-se, afinal, que o constituinte elegeu como fator discriminante de competência tributante um perfil próprio de cada imposto, localizado no fato gerador e na base de cálculo. Tendo em vista a tipicidade (reserva de lei) das normas, elas se referem aos fatos geradores, à base de cálculo e ao sujeito, nisso estando o núcleo estrutural do sistema.

Diante da unidade estrutural, é importante assinalar, para o correto entendimento do perfil jurídico do tributo, que a base de cálculo e fato gerador, embora constitutivamente correlacionados, não se confundem como fatores discriminantes do perfil tributário. Veja-se, a propósito, sobre a base de cálculo, como constitutiva de um dos aspectos da materialidade dos tributos, o disposto no art. 145, § 2º, da CF, quando determina que as taxas não possam ter a mesma base de cálculo dos impostos²⁰.

À luz dessas condições é, pois, que se deve entender o regime tributário do depósito em fundo, de percentual de 10 (dez por cento), aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de isenções fiscais concedidas à empresa contribuinte do ICMS.

Identifica-se como sujeito passivo os beneficiários de incentivos de ICMS, como hipótese de incidência, a fruição de benefícios fiscais ou financeiros do imposto, o ICMS, e, como base de cálculo, o montante do benefício fruído à alíquota de 10% incidente sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de isenções.

Argumenta-se que, tratando-se de mera redução em 10% de isenção de ICMS, daí resultaria, para o isento, apenas um pagamento majorado do imposto incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias. No entanto, na correlação entre fato gerador e base de cálculo, para configurar o tributo, a base de cálculo há de ser própria a um determinado perfil, isto é, ser aquela capaz de medir uma determinada materialidade, igualmente própria. Ora, aqui se percebe uma notável diferença. Nota-se que a hipótese normativa, ao mencionar um valor calculado sobre a diferença do recolhimento do imposto com e sem a isenção não teria uma base de cálculo referente à materialidade própria do ICMS (circulação de mercadoria).

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. *Direito tributário – estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo, 1998, p. 82 ss.

De se notar que passaria o tributo a ter como materialidade de seu fato gerador, não, como no ICMS, uma atividade e uma conduta típicas do agente econômico (o agente da circulação de mercadorias), mas uma atividade e uma conduta do próprio ente estatal, quando confere um benefício e lhe retira parte para um determinado fim, saltando aos olhos o caráter finalista do tributo. Ou seja, o fato gerador é de um novo tributo, qual seja, a outorga pelo ente público de benefício fiscal e sua parcial diminuição, e sua base de cálculo, não o montante da operação, incluindo o frete e despesas acessórias cobradas do adquirente/consumidora, mas a diferença entre o ICMS calculado “com” e “sem” a aplicação de benefício de isenção.

Ora, tendo em conta que a base de cálculo tem por núcleo, justamente, a eleição normativa de um critério básico, a distinguir-se de outros, somada à forma de apuração de elementos quantitativos, que, por dependência, dela decorre, que estaríamos diante de um tipo de tributo diferente do ICMS, pois caracterizado por um fato gerador consistente numa atividade estatal, indiretamente referida a uma atividade do obrigado.

Mas, por essa razão, jamais poderia ser instituído sem Lei Complementar que o preceda, o que traz para o caso a incidência do art. 154, I, da CF, que atribui competência à União para, mediante lei complementar, instituir impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fatos geradores ou bases de cálculo, próprios dos discriminados na Constituição.

Por sua vez, a sustentar-se, nada obstante, que se trataria de simples redução parcial no importe de 10% de benefícios fiscais já usufruídos pelo contribuinte a revelar tão só a elevação do ICMS devido, nesse caso, independentemente de transformação do ICMS num imposto cujo escopo busca atender, de modo discriminado, uma finalidade eleita, de modo a ferir o art. 167, IV, da CF, ocorre uma violação do princípio da não cumulatividade.

No caso do ICMS, o princípio da não cumulatividade aponta para a existência de duas operações e tem a ver com a dedução do valor do tributo que incidiu na etapa anterior, de tal sorte que, ao final do ciclo (plurifásico), o consumidor seja onerado em montante igual ao que resulte da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo nessa fase.

Neste sentido, o cerne da definição constitucional do princípio está na ausência de dupla oneração com o fito de evitar os efeitos perversos da cumulação, em função do que se prevê o mecanismo de créditos, que, para o imposto sobre circulação ocorre mediante compensação (tributo contra tributo).

Ora, a hipótese de lei estadual que estabeleça a redução parcial no importe de 10% calculado sobre a diferença entre o imposto com e sem os benefícios fiscais já usufruídos pelo contribuinte, a considerar-se tão só como elevação do ICMS devido, acaba por apontar para um valor, que, destinado obrigatoriamente ao fundo criado, leva a um regime incompatível com um regime não cumulativo. Ou seja, se a sistemática não cumulativa do ICMS utiliza o método “imposto contra imposto”, a sistemática do diferencial para o fundo, que se vale de um método subtrativo indireto, violaria a não cumulatividade constitucionalmente prevista para o ICMS.

4. Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa

Contudo, sendo certo que a Constituição Federal veda expressamente a vinculação de impostos (como o ICMS) a fundos, outra questão surge, consistente em verificar se é

constitucional condicionar, em qualquer circunstância, a fruição de benefícios de ICMS a depósito mínimo em fundo estadual de 10% da respectiva benesse.

O que está em questão, nesse passo, diante da concessão de isenções, considerada matéria sob reserva expressa de lei (CF, art. 150, § 6º), são os limites impostos à competência do poder concedente à sua revogação.

A questão refere-se aos princípios constitucionais da proteção da confiança e da segurança jurídica (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988), em especial da Súmula n. 544/STF, que impõe que isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.

De se sublinhar, quanto à questão, que o tema tem explícita relevância constitucional, devendo lembrar-se que a referida súmula se baseia em três precedentes do STF, todos eles julgados *antes* da edição do CTN, todos eles com fundamentos constitucionais, deixando claro, por sua vez, que foi essa jurisprudência, existente na época, que embasou o surgimento do dispositivo do art. 178 do CTN.

Com efeito, a Súmula n. 544/STF tem por referência o art. 141, § 3º, da Constituição de 1946, o art. 150, § 3º, da Constituição de 1967 e o art. 153, § 3º, da Constituição de 1967 com a redação dada pela Emenda n. 1/1969, todos com a mesma redação: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, texto constante do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988²¹.

Por outro lado, referindo-se ao surgimento do art. 178 do CTN, Aliomar Baleeiro²² sublinha a construção jurisprudencial do STF em diversos julgados, mostrando que *aqueles julgados* sustentavam, dentre outros princípios, que a isenção pura e simples poderia ser revogada pelo legislador a qualquer tempo, mas o legislador não poderia revogar ou reduzir a isenção onerosa, condicionada, por prazo certo. Nesse sentido, conclui, se a regra deve ser a revogabilidade ou a redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entenda que ela já não corresponde ao interesse público do qual promanou, quando, no entanto, a isenção, pelas condições de sua outorga, conduziu o contribuinte a uma atividade que ele não empreenderia se estivesse sujeito aos tributos da época, tendo, então, sido onerosa para o beneficiário, nesses casos, a revogabilidade, total ou parcial, seria, por princípio geral de direito, um ludíbrio à boa-fé dos que confiaram nos incentivos acenados pelo Estado.

Observe-se que os valores explícitos na Constituição Federal Brasileira demonstram que o Estado tem suas bases firmadas em valores éticos, os quais foram especificamente criados em função da e para a segurança da sociedade. Assim, a boa-fé objetiva está diretamente ligada aos demais princípios expressos na Constituição Federal. Segue daí que os ideais de justiça (justiça dos procedimentos) tenham a ver também com “segurança jurídica”: um procedimento de Estado de Direito deve não só assegurar um resultado justo, em um processo de decisão, mas também e ao mesmo tempo (por meio de determinadas normas e de modo suficiente) garantir a previsibilidade de seus atos.

²¹ ALLEGRETTI, Ivan. A revogação das isenções sob condição e o dilema entre as competências de STJ e STF. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>, 31 de agosto de 2020.

²² BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, diversas passagens.

Segurança, nesse sentido, diz respeito à consistência da duração na corrente vital de ser humano; por isso seu reconhecimento constitucional visa a como evitar que um evento passado dotado de certo sentido, de repente, se torne algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria das leis, no tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida. Mais genericamente, se o sentido de um evento passado ou o sentido de um evento planejado pudesse ser modificado ao arbítrio de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e a uma incerteza insuportáveis. A própria vida perderia sentido ao destruir-se a integridade psicossocial do ser humano. Por isso, desde a primeira Constituição francesa, a segurança foi reconhecida como um direito fundamental.

Assim, a redução em 10% (no mínimo) do valor dos benefícios fiscais/financeiros, que venha a afetar aqueles que foram concedidos por prazo certo e sob determinadas condições, viola *princípios vinculados à segurança jurídica, mormente a proteção da confiança do contribuinte em consequência da irrevogabilidade das isenções onerosas*²³.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. Segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. In: FER-RAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 443.

PARTE III

**METODOLOGIA E INTERPRETAÇÃO
DO DIREITO TRIBUTÁRIO**

Planejamento Tributário por Intermédio de Operações de *Drop Down*: Limites Normativos

Caio Augusto Takano

O Professor Luís Eduardo Schoueri é incontestável paradigma de jurista, de advogado e de catedrático. Com invejável produção acadêmica, em seus 20 anos de Titularidade na Cadeira de Legislação Tributária do Largo São Francisco deu incontáveis aulas e palestras com didática ímpar, liderou grupos de pesquisa de reconhecimento nacional e internacional, contribuiu sobremodo com a produção de direito tributário no país, com inúmeros artigos e com um livro que, desde a sua primeira edição, tornou-se referência obrigatória para todos os alunos da graduação e da pós-graduação do país.

Com sua peculiar generosidade e genuíno interesse no debate, formou gerações de alunos, convidando-se constantemente a pensar de forma crítica o Direito Tributário por meio do incentivo ao diálogo científico. Tive a oportunidade rara de convívio acadêmico com o Professor Schoueri, que foi decisiva para o desenvolvimento do meu pensamento crítico. Seguramente não seria um exagero dizer que devo muito do que consegui em minha carreira acadêmica a essa convivência e às conversas que tive o privilégio de ter tido com o Professor dentro e fora das Arcadas. Aprendi com ele o que significa ser professor.

Com o elevado respeito e a admiração pelo mestre, amigo e Professor Luís Eduardo Schoueri, dedico-lhe este breve estudo.

Considerações propedêuticas

A pretensão de que para cada negócio jurídico existe uma única via aceitável não corresponde com a realidade viva das empresas, cujo cotidiano exige, essencialmente, a tomada de decisões, normalmente tomadas em torno de incertezas e riscos, inclusive tributários¹. Com efeito, visando a um determinado resultado econômico, não há apenas um único caminho previsto pelo ordenamento jurídico que possa ser considerado como “correto”, mas vários possíveis, cada um com seus específicos efeitos jurídicos, cabendo ao empresário, com base em seu direito de auto-organizar seus negócios (art. 5º, inc. II e art. 170, *caput*, da Constituição Federal), decidir como conduzir lícitamente as suas atividades.

É nesse contexto que surgem as discussões acerca do planejamento tributário e seus limites. Nele, busca o contribuinte – recusando-se descumprir a legislação – uma redução da tributação usualmente exigida para sua situação, valendo-se, por vezes, de lacunas do texto positivo ou de práticas inusitadas em sua atividade econômica². Muitas

¹ CLEMENTE, Joan-Francesc Pont. *La economía de opción*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 129.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz;

vezes, ainda, o contribuinte se vale do negócio jurídico indireto, pelo qual evita-se uma determinada forma de estruturação do negócio que teria consequências tributárias mais gravosas, para alcançar os objetivos pretendidos realizando outra forma de celebração da operação, com menor oneração tributária³.

A livre escolha entre qualquer um dos caminhos permitidos pelo direito, sobre não ser proibida (ilícita), é pressuposta pelo ordenamento jurídico. É que se o procedimento empregado pelo contribuinte é diverso daquele utilizado para concretizar o negócio conotativamente descrito pela norma jurídica, distintos serão os negócios jurídicos praticados⁴.

De igual sorte, como adverte Luís Eduardo Schoueri, não caberia cogitar, neste caso, na figura da fraude à lei em matéria tributária, pois não há uma “lei imperativa” que obrigue o contribuinte a incorrer em um fato jurídico tributário, sendo despididas as considerações em relação aos motivos que o levaram a tomar sua decisão do planejamento tributário realizado pelo contribuinte ou sua preferência por determinado negócio jurídico em detrimento de outro com consequências tributárias mais gravosas⁵. A nosso ver, conquanto até hoje sejam inadvertidamente invocados outros limites ao planejamento tributário, em especial pelas Administrações Tributárias e em algumas manifestações do próprio Poder Judiciário⁶, o único limite que foi positivado em nosso ordenamento jurídico é a simulação, seja ela absoluta ou relativa (dissimulação)⁷.

É dentro deste contexto que assume importância o *drop down*, expressão utilizada para se referir a operações atípicas no ordenamento jurídico pátrio, consistentes em vera substituição patrimonial entre duas ou mais sociedades – conferência de ativos por participação societária –, que permitem às partes alcançar certos objetivos da cisão ou da incorporação, mas não em sua totalidade⁸, como instrumento de planejamento societá-

CATARINO, João Ricardo (org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*: homenagem a Diogo Leite de Campos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 373.

³ BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário*: limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016, p. 147.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Derivação e positividade no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. vol. I.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo (org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*: homenagem a Diogo Leite de Campos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425-426.

⁶ Sobre o tema, BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário*: limites normativos. São Paulo: Noeses, 2016, p. 275-348; SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo (org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*: homenagem a Diogo Leite de Campos. São Paulo: Saraiva, 2012; GRECO, Marco Aurelio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019; dentre outros.

⁷ Como aponta Humberto Ávila, a simulação, absoluta ou relativa, constitui um vício na existência do ato ou negócio jurídico. Nela, há uma divergência entre aquilo que foi declarado pelo contribuinte, verbal ou documentalmente, e aquilo que foi, concreta e efetivamente, realizado. Nesse caso, a autoridade “acusa o contribuinte de ter criado uma ‘realidade artificial’, sem suporte em atos efetivamente existentes” e, conseqüentemente, “como o ato não foi praticado, obviamente que seus efeitos não podem ser protegidos, pela singela razão de que o Direito não protege o que não foi feito” (ÁVILA, Humberto. IRPJ e o contrato de permuta sob a perspectiva do planejamento tributário. *Contribuições e imposto sobre a renda*: estudos e pareceres. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 254-255).

⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do “drop down” no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil* vol. 41, n. 125. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

rio e que não raras vezes proporcionam consequências tributárias próprias, por vezes mais benéficas do que aquelas atribuídas às demais operações societárias.

Propomo-nos, neste breve artigo, discorrer sobre a utilização de tais operações no ordenamento jurídico brasileiro, perquirindo se figura como um caminho possível para a estruturação de negócios pelas sociedades e quais são os seus impactos quando utilizadas em planejamentos tributários.

Eis o desafio que se nos apresenta.

1. A operação de *drop down* e seus traços típicos

Originado no sistema jurídico norte-americano, em que há maior flexibilidade nas estruturas societárias, o *drop down* consiste em uma operação de transferência de ativos, no plano vertical, por intermédio do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora, no qual a sociedade conferente promove a integralização de bens tangíveis e intangíveis (como estabelecimentos comerciais e industriais, tecnologia, contratos, acervo técnico etc., para citar alguns), visando à respectiva aquisição de participações societárias⁹.

Há, dessarte, vera substituição dos elementos patrimoniais entre as sociedades conferente e receptora, a primeira transferindo seus ativos – i.e., um conjunto de bens, direitos e obrigações, que são tratados de uma forma unitária e que têm um valor global, considerado o seu conjunto – para receber da segunda o equivalente em participação societária. Daí dizer que não há efetiva redução de capital da sociedade conferente, tampouco haver a figura do *trespasse*, nos termos do art. 1.144 do Código Civil.

Trata-se de operação atípica no direito pátrio que, no entanto, preenche todos os requisitos de validade jurídica, não sendo incompatível com as normas societárias vigentes. Com efeito, em que pese a rigidez figurar característica das regras de direito societário em nosso ordenamento jurídico, o art. 7º da Lei n. 6.404/1976 permite que o capital social seja formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro, não havendo, pois, qualquer restrição à espécie de bem que pode servir para a contribuição ao capital social. O mesmo conteúdo foi enfatizado pelo Código Civil em seu art. 997, inc. III, ao tratar do capital social de uma sociedade.

Se assim é, as partes envolvidas no aumento de capital gozam de plena liberdade para decidir as condições em que o aumento de capital se dará, desde que não violem disposições legais, podendo escolher o modo pelo qual se dará a integralização de ativos (se isolada ou conjuntamente, bem como se apenas dinheiro ou se será possível a conferência de outros bens, direitos e obrigações). Conquanto possa haver dúvidas sobre se determinados bens ou direitos sejam passíveis de conferência (v.g.: carteira de clientes, atestados, acervo técnico etc.) e desafios ingentes para mensurar determinados elementos (v.g.: intangíveis), é forçoso reconhecer que, se os bens utilizados forem idôneos aos propósitos envolvidos, será juridicamente perfeita a operação de *drop down*¹⁰.

⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do “drop down” no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil* vol. 41, n. 125. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

¹⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; BARROS, Zanon de Paula. A recepção do “drop down” no direito brasileiro. *Revista de Direito Mercantil* vol. 41, n. 125. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45-46.

Dito de outro modo, desde que os bens utilizados na referida integralização sejam idôneos aos propósitos visados, não haveria razão para considerar abusiva ou ilícita tal prática. Pelo contrário, tratando-se de operação que visa perseguir objetivos empresarialmente verdadeiros nas reestruturações societárias e alienação de empresas, segundo formas jurídicas permitidas, há de ser reconhecida como perfeitamente legítima. Esse tem sido, inclusive, o entendimento esposado pela CVM, que reconhece não haver óbices para que as partes realizem entre si operações de *drop down*, desde que seja positivo o somatório do conjunto de bens, direitos e obrigações que estão sendo transferidos para a companhia, no aumento de capital, devidamente atestado pelo laudo de avaliação específico, elaborado nos termos do art. 8º da Lei n. 6.404/1976¹¹.

Reconhecida a licitude do *drop down* no ordenamento jurídico brasileiro e definidos seus traços essenciais, o momento é oportuno para diferenciá-lo das demais operações societárias típicas, que por vezes possuem objetivos e características em comum com o *drop down*, porém sem se confundir com ele¹².

Difere-se o *drop down* da incorporação (art. 227 da Lei n. 6.404/1976), pois esta é caracterizada por ser uma operação “pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”, ao passo que no *drop down* não há absorção de uma sociedade pela outra, tampouco divisão do patrimônio ou extinção de qualquer uma das sociedades, mas apenas a conversão de parte ou totalidade do patrimônio de uma (sociedade conferente) em participação societária da outra (sociedade receptora).

Na operação de *drop down* ambas as sociedades permanecem existindo, havendo mera substituição de elementos patrimoniais entre elas. Por igual razão igualmente não há espaço para confundi-lo com a fusão (art. 228 da Lei n. 6.404/1976), operação “pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

Por fim, não se equipara o *drop down* à cisão (art. 229 da Lei n. 6.404/1976). A última se consubstancia em uma operação horizontal “pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”, enquanto no *drop down* há uma operação vertical de mera transferência de ativos entre suas sociedades que continuarão a existir.

¹¹ “Eventos como o aqui discutidos, onde há integralização com bens, direitos e obrigações que compõem, conjuntamente, um verdadeiro ‘negócio’, têm se mostrado cada vez mais frequentes notadamente com operações conhecidas no jargão como *drop down* e faz parte do dia a dia dos negócios de reestruturações societárias e alienações de empresas. À luz dos princípios que informam a proteção do capital social não vejo razões para que operações como essa sejam proibidas. A meu ver, o que realmente importa é que o somatório desse conjunto de bens que estão sendo transferidos para a companhia, no aumento de capital, sejam positivos.” Ver Processo Administrativo CVM n. RJ2001/4540, Reg. Col. n. 3270/2001, j. 05.02.2002. Disponível em: https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2002/20020205_R1/20020205_D01.html. Acesso em: 29 set. 2023.

¹² Tal entendimento foi reconhecido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CAT n. 21/2015, no qual entendeu que o *drop down* consiste em operação atípica que não se confunde com as de cisão, incorporação ou fusão, e, portanto, no caso concreto não poderia ser equiparado a uma cisão para admitir a alteração de titular de ato concessório de *drawback*.

Daí por que merecem críticas as tentativas das autoridades administrativas de equiparar as operações de *drop down* com a cisão, com o intuito de permitir a responsabilidade tributária da sociedade receptora, com base no art. 132 do Código Tributário Nacional¹³⁻¹⁴. Com efeito, não se confundindo com cisão ou com qualquer outra das operações societárias previstas naquele dispositivo, tampouco havendo mutação empresarial que implique sucessão (fato que levou o Superior Tribunal de Justiça a reconhecer a aplicabilidade do art. 132 do CTN à cisão, em que pese esta figura não esteja expressamente prevista no texto legal)¹⁵, não justifica a pretensão de responsabilização, carecendo dos pressupostos para aplicação do referido dispositivo.

Igualmente não caberia a responsabilização da sociedade receptora com base no art. 133 do Código Tributário Nacional¹⁶. Isso porque não há, nas operações de *drop down*, qualquer alienação de estabelecimento, que deve ser precedido de contrato que tenha como objeto específico a alienação dos elementos que compõem o estabelecimento comercial, i.e., que englobe todos os bens corpóreos e incorpóreos envolvido na exploração da atividade empresarial, nos termos do art. 1.144 do Código Civil.

Compreendido no que consistem juridicamente as operações de *drop down* e quais são seus traços típicos, cabe perquirir se sua utilização como instrumento de planejamento tributário seria permitida no ordenamento jurídico e quais são seus impactos.

2. Planejamento tributário por intermédio do *drop down* na tributação da renda

Por imposição da praticabilidade, é insito à sistemática de apuração do Imposto de Renda a periodicidade na apuração, impondo-se que haja o recolhimento do imposto em bases anuais ou trimestrais, visando identificar, com maior precisão, a capacidade contributiva manifestada pelo contribuinte (i.e., a lucratividade efetiva do negócio). Também é decorrente deste princípio que se garante ao contribuinte a consideração das despesas e dos prejuízos fiscais acumulados, com vistas à tributação somente da renda líquida¹⁷.

¹³ “Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”

¹⁴ No Carf o tema tem gerado diferentes posicionamentos. Favorável à aplicação da responsabilidade, podemos citar o acórdão proferido pela 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção, no Processo n. 15868.720125/201198, no qual entendeu-se ser possível aplicar às operações de *drop down* “os mesmos efeitos jurídico-tributários previstos na legislação e na jurisprudência para a cisão parcial. Em sentido contrário, a decisão proferida pela 1ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção, no Processo n. 15868.720080/2011-51, no qual prevaleceu o entendimento de que “uma operação de *drop down* não se confunde com uma cisão parcial, de modo que não se pode pretender imputar as consequências jurídicas advindas do artigo 132 do Código Tributário Nacional [...] por sucessão empresarial.”

¹⁵ Por todos, cf. Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 852.972/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 25.05.2010, DJe 08.06.2010.

¹⁶ “Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: [...]”

¹⁷ TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário* (Steuerrecht). 18. ed. Porto Alegre: Safe, 2008. vol. I, p. 477.

Conforme ensinam Luís Eduardo Schoueri e Mateus Barbosa, a compensação de prejuízos fiscais “nada mais faz, senão a correção entre os períodos de apuração, de modo a evitar que a tributação em um período, porque descasada dos resultados negativos anteriores, acabe por implicar transferência ao Erário de montante superior àquele que o empreendimento pode refletir em termos de capacidade contributiva”¹⁸.

Ocorre que, no caso de operações societárias, há regra especial na legislação do IRPJ e da CSLL pela qual os prejuízos fiscais não se transferem às sucessoras e somente são compensáveis com o lucro real apurado para o fim do evento¹⁹. Com efeito, o art. 585 do RIR/2018 impõe vedação expressa no sentido de que a pessoa jurídica sucessora por qualquer uma das referidas modalidades de operação societárias (i.e.: incorporação, fusão ou cisão) não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar apenas os seus próprios prejuízos, na exata proporção da parcela remanescente do patrimônio líquido da empresa cindida²⁰.

Daí surge especial interesse quanto à possibilidade de se valer da operação de *drop down* para alcançar certos objetivos da cisão ou da incorporação, no que tange à organização eficiente da sociedade e de seus ativos, porém sem se submeter à vedação legal acima mencionada. Isso porque, consubstanciando operação societária distinta daquelas evidenciadas no art. 585 do RIR/2018, não incorre no pressuposto fático para a aplicação da norma proibitiva de aproveitamento de prejuízos fiscais.

O tema, entretanto, tem gerado discussões práticas. Por vezes, as autoridades fiscais desconsideram as operações de *drop down* levadas a cabo pelo contribuinte, sob o fundamento de que a transferência de passivo que ocorre em tais operações seria, em verdade, característica de uma operação de cisão, com a respectiva transferência de acervo líquido e não integralização de capital²¹.

O raciocínio, posto que sedutor, não convence.

Com efeito, o *drop down* não se confunde com as demais operações societárias positivadas em nosso ordenamento jurídico: não há encerramento de atividades por nenhuma das partes. Ambas as empresas – conferente e receptora – continuam existindo, após realizarem entre si a substituição de seus elementos patrimoniais, na qual uma transfere seus ativos para receber da outra o equivalente em participação societária.

Não há no *drop down*, pois, qualquer transferência de prejuízo fiscal entre dois contribuintes distintos, mas a manutenção do prejuízo fiscal nas sociedades, ainda que o

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Imposto de Renda e capacidade contributiva: a periodicidade anual e mensal no IRPJ. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 47. São Paulo: IBDT, 2021, p. 603.

¹⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. vol. 2, p. 1136.

²⁰ “Art. 585. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida.

Parágrafo único. Na hipótese de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido.”

²¹ Neste sentido, ainda que tratando especificamente de débitos de IPI, ver Carf, Acórdão n. 3302002.675, 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária: “Transferência de ativos e passivos mediante integralização de quotas. Cisão parcial. A integralização de quotas em empresa preexistente, mediante a versão de parcela do patrimônio, incluindo ativos e passivos, caracteriza a operação de cisão de que trata o artigo 229 e seu parágrafo terceiro da Lei n. 6.404, de 1976.”

acionista passe a ser a empresa receptora. Desde que não haja a mudança de seu ramo de atividade, não se aplica o disposto do art. 584 do RIR/2018²², que exige de forma cumulativa a modificação do controle societário e do ramo de atividade como condição ao aproveitamento de prejuízo fiscal.

Igualmente inexistente norma antielisiva específica que vede a utilização do *drop down* ou restrinja seus efeitos exclusivamente para a matéria tributária. Não caberia cogitar-se, ainda, em figura da fraude à lei, pois não há uma “lei imperativa” que obrigue o contribuinte a adotar conduta diversa e incorrer na situação tributária mais onerosa²³, i.e., não há obrigação legal de realizar a operação da cisão, mas mera faculdade conferida pela legislação societária para que a sociedade possa realizá-la, caso seja interessante sob a perspectiva empresarial.

Se o contribuinte realizou de fato uma operação de *drop down*, i.e., transferindo seus ativos – que sejam idôneos para esse fim – e recebeu da sociedade receptora o equivalente em participação societária, é imperioso reconhecer a substância da operação efetivamente realizada e lhe atribuir os seus efeitos jurídicos próprios, não cabendo a aplicação da vedação do art. 585 do RIR/2018 por analogia, porquanto o *drop down* não se confunde com as figuras societárias previstas no referido dispositivo.

3. Planejamento tributário por intermédio do *drop down* no ICMS

A Constituição Federal, ao mesmo tempo que assegura ao contribuinte a não cumulatividade do ICMS por intermédio do direito de abatimento do valor do imposto que se tornou devido na operação anterior²⁴ – permitindo-se caracterizá-lo como verdadeiro imposto plurifásico –,²⁵ confere à Lei Complementar, em seu art. 155, § 2º, inc. XII, alínea c, a competência para “disciplinar o regime de compensação do imposto”.

Não é este o espaço apropriado para tecer críticas às restrições realizadas pela lei complementar em detrimento do alcance da regra positivada no altiplano constitucional. Importa dizer, no entanto, que a disciplina da não cumulatividade na lei complementar e nas legislações dos Estados da Federação implicou diversas restrições ao aproveitamento ao crédito, inclusive – e o que interessa ao presente estudo –, no que tange à possibilidade de transferência de eventual saldo credor e crédito acumulado do imposto.

Com efeito, firme em sua premissa de reconhecer, por ficção, autonomia de cada estabelecimento do mesmo titular para fins de apuração do imposto (art. 11, § 3º, inc. II), ao qual caberá, cada um, a apuração dos tributos e o cumprimento de obrigações

²² “Art. 584. A pessoa jurídica não poderá compensar os seus próprios prejuízos fiscais se, entre a data da apuração e da compensação, houver ocorrido, cumulativamente, modificação do seu controle societário e do ramo de atividade.”

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; CATARINO, João Ricardo (org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário*: homenagem a Diogo Leite de Campos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425-426.

²⁴ GIARDINO, Cleber. ICM e o princípio da não cumulatividade. *Revista de Direito Tributário* n. 25/26. São Paulo: RT, 1983, p. 190.

²⁵ COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, p. 149.

tributárias de forma individual, a Lei Complementar n. 87/1996 (“Lei Kandir”) reconhece o direito de crédito a cada estabelecimento em relação àquilo que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços (art. 23), cabendo a escrituração, o controle e o aproveitamento do crédito a cada estabelecimento individualmente.

No caso de “saldo credor”, i.e., nas situações em que, no final do período de apuração, o montante dos créditos relativos à entrada de mercadorias no estabelecimento superar o montante dos débitos decorrente de saídas tributáveis no período, a diferença poderá ser transportada para o período seguinte (art. 24).

Já na hipótese de “crédito acumulado”, i.e., nas situações em que o excesso de crédito decorra de situações específicas que estruturalmente tendem a gerar um volume de créditos maior do que a capacidade de abatimento daquele estabelecimento (v.g.: preponderância de saídas interestaduais, operação com redução de base de cálculo em que for admitida a manutenção integral do crédito, operação abarcada pela isenção ou não incidência e for admitida a manutenção do crédito, operação sujeita à sistemática da substituição tributária com retenção antecipada do imposto ou do diferimento etc.), as possibilidades de aproveitamento do saldo de crédito acumulado costumam ser mais amplas do que meramente transportar o saldo para períodos de apuração posteriores.

Não há, contudo, uma regra única em âmbito nacional que defina quais são as possibilidades mais amplas de utilização do crédito acumulado, cabendo à lei estadual de cada UF definir as hipóteses e as condições em que os créditos acumulados poderão ser transferidos a outros contribuintes do mesmo Estado (art. 25, § 2º, inc. II). E, ainda assim, muitas vezes a solução da legislação dos Estados é insuficiente para lidar de forma satisfatória ao acúmulo de créditos ao longo do tempo.

Seja como for, ainda assim o aproveitamento de crédito é bastante limitado, restrito às hipóteses previstas em lei, não podendo ser transferidos para outros estabelecimentos, inclusive do mesmo titular, exceto em situações específicas e expressamente delimitadas pela legislação estadual²⁶.

Eis o caso das operações societárias: conquanto haja nelas muitas vezes a extinção da pessoa jurídica e a transferência de titularidade do estabelecimento titular do crédito, a legislação do ICMS – a exemplo do art. 69 do Convênio s/n. de 1970, que regula em âmbito nacional diversos aspectos formais da apuração do imposto e cumprimento de obrigações acessórias – reconhece para fins de apuração do imposto a continuidade do estabelecimento, enquanto unidade autônoma ativa e funcional, permitindo-se a manutenção do saldo de crédito nele existente. Neste caso, deverá o novo titular do estabelecimento transferir para o seu nome os livros fiscais em uso daquele estabelecimento, assumindo a responsabilidade pela sua guarda, conservação e exibição ao Fisco, suce-

²⁶ Eis o teor, *verbis gratia*, do art. 46 da Lei n. 6.374/1989 do Estado de São Paulo: “Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em regulamento, é vedada a transferência de crédito de um para outro estabelecimento”. Como exemplo dessas exceções legalmente previstas para a transferência e aproveitamento de crédito por outro estabelecimento do mesmo titular, temos a possibilidade de concessão de regime especial que permita a apuração centralizada do imposto devido pelos estabelecimentos de um mesmo titular dentro dos territórios de um mesmo Estado (art. 25, § 1º, inc. I, da Lei Kandir).

dendo o novo titular, portanto, todas as obrigações e direitos relacionados ao imposto daquele estabelecimento.

Aqui surgem dúvidas acerca dos impactos tributários das operações de *drop down* no ICMS: enquanto relevante instrumento de planejamento empresarial que não se confunde com outras operações societárias (cisão, fusão, incorporação etc.), indaga-se se deve conferir idêntico tratamento no que tange à manutenção do saldo de créditos do imposto para as operações de *drop down*, porquanto nele há a manutenção do estabelecimento, mesmo que sua titularidade seja transferida a outra sociedade.

A questão é controversa. Por vezes, a administração tributária tem firmado posicionamento, com apoio no princípio da autonomia dos estabelecimentos, no sentido de que, nas operações de *drop down*, a transferência dos ativos (no caso, o estabelecimento) para outro estabelecimento preexistente da sociedade receptora configuraria a descontinuidade do estabelecimento original com encerramento de suas atividades. Consequentemente, o estabelecimento da sociedade receptora, que recebe os ativos, não sucede o estabelecimento anterior em sua escrita fiscal e não terá direito ao aproveitamento dos créditos havidos antes do ato de transferência do estabelecimento, a exemplo do teor da Resposta à Consulta n. 22.141/2020 da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo.

No entanto, a própria administração tributária paulista, por ocasião da Resposta à Consulta n. 26.594/2022, admitiu, em sentido radicalmente diverso e igualmente fundamentado no princípio da autonomia dos estabelecimentos, que “não importa o modelo comercial adotado para a reestruturação da sociedade (cisão, fusão, incorporação, etc.), mas sim o que acontece de fato com o estabelecimento enquanto unidade autônoma”, ou seja, se houve a transferência em sua integralidade ou se sofreu apenas destaque de parcela de suas atividades, bens e direitos.

No caso analisado, tratando-se de operação de *drop down*, houve a transferência integral do estabelecimento da sociedade conferente à receptora, permanecendo “íntegra a sua individualidade”, na medida em que o “o estabelecimento sucessor ainda que sob nova titularidade continuará desenvolvendo as mesmas atividades, no mesmo local, com os mesmos ativos, os mesmos estoques”. Configurada, portanto, a transferência de titularidade de um estabelecimento (para exclusivos fins de ICMS, no qual existe a ficção de autonomia dos estabelecimentos), sucede o novo estabelecimento nos direitos e obrigações do estabelecimento transferido, bem como em sua escrita contábil e fiscal.

A nosso ver, o caminho trilhado no posicionamento mais recente da Sefaz/SP é acertado. Sem confundir as operações de *drop down* com as demais modalidades típicas de operações societárias previstas na legislação, reconhece, contudo, que a continuidade do estabelecimento e de suas atividades, de forma autônoma, é o suficiente para reconhecer a sua continuidade e, portanto, a manutenção do direito ao crédito decorrente de saldos existentes antes de realizar o *drop down*, ainda que a titularidade daquele estabelecimento tenha sido transferida por conta da referida operação.

E não poderia ser diferente: no *drop down*, a sociedade receptora sucede todas as obrigações e os direitos referentes aos ativos que lhe são conferidos, o que significa que igualmente sucederá os débitos e créditos de ICMS dos estabelecimentos transferidos pela sociedade conferente.

Conclusão

O *drop down* consiste em uma operação de transferência de ativos, no plano vertical, por meio do mecanismo de aumento de capital na sociedade receptora, promovendo a sociedade conferente a integralização de bens tangíveis e intangíveis de natureza diversa (estabelecimentos comerciais e industriais, tecnologia, contratos, acervo técnico etc., para citar alguns), com conseqüente redução de capital. Posto que atípica em nosso ordenamento jurídico, tratando-se operação que visa perseguir objetivos empresarialmente verdadeiros nos negócios de reestruturações societárias e alienação de empresas, segundo formas jurídicas permitidas, há de ser reconhecida como perfeitamente legítima, e, portanto, passível de utilização em estruturas de planejamento tributário, submetendo-se apenas aos limites normativos que são próprios a ele.

Eis o caso da utilização do *drop down* como instrumento de reorganização societária que permite um caminho tributário mais vantajoso no que tange à tributação da renda, possibilitando a manutenção do direito de aproveitamento de prejuízo fiscal ao não se submeter à vedação do art. 585 do RIR/2018. Isso porque não há, no *drop down*, qualquer transferência de prejuízo fiscal entre dois contribuintes distintos, mas a manutenção do prejuízo fiscal nas sociedades, ainda que o acionista passe a ser a empresa receptora. Igualmente não há norma antielisiva específica que vede a utilização do *drop down* ou restrinja seus efeitos para a matéria tributária especificamente.

No que tange aos seus efeitos para fins da legislação do ICMS, sem confundir as operações de *drop down* com as demais modalidades típicas de operações societárias previstas na legislação, reconhece, contudo, que a continuidade do estabelecimento e de suas atividades de forma autônoma é o suficiente para reconhecer a sua continuidade e, portanto, a manutenção do direito ao crédito decorrente de saldos existentes antes da realização da operação de *drop down*, ainda que a titularidade daquele estabelecimento tenha sido transferida por conta da referida operação. E não poderia ser diferente: no *drop down*, a sociedade receptora sucede todas as obrigações e os direitos referentes aos ativos que lhe são conferidos, o que significa que igualmente sucederá os débitos e créditos de ICMS dos estabelecimentos transferidos pela sociedade conferente.

A Insolúvel Contradição das Cláusulas Gerais e o Combate ao Planejamento Tributário Internacional

Clara Gomes Moreira

Tiago Coster

I. Introdução

No terceiro capítulo da sua tese de doutoramento, defendida em 1993, perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Professor Titular Luís Eduardo Schoueri se dedica à pesquisa quanto à existência de normas gerais de direito tributário internacional que proibissem e/ou oferecessem ferramentas para o combate ao planejamento fiscal mediante o aproveitamento das disposições de acordos de bitributação, mais especificamente a prática de *treaty shopping*. Essas normas supranacionais serviriam a um tratamento dito *global* da questão, em contraste com o tratamento unilateral decorrente das normas de direito interno existentes nos ordenamentos jurídicos envolvidos; ou, ainda, com o tratamento bilateral verificado a partir de disposições existentes nos próprios acordos de bitributação, limitando o seu alcance quando verificada a abusiva da conduta do contribuinte¹.

O exame empreendido por Schoueri se centra, sobretudo, na análise da tese defendida por Klaus Vogel, segundo o qual, em sendo reconhecido pelos Estados, em maior ou menor grau, que um contribuinte não pode se valer de uma *forma jurídica* para escapar à tributação, de modo a se recorrer à *substância* da transação para determinar os seus efeitos tributários, estar-se-ia diante de um princípio aplicável às relações decorrentes dos acordos de bitributação. Tratando-se de um entendimento adotado de forma geral pelas jurisdições nas suas ordens internas, este seria um *Princípio de Direito Geralmente Reconhecido pelas Nações Civilizadas* (abreviado como “PDGRNC”) – críticas a essa nomenclatura escapam do escopo deste artigo –, figurando como fonte de direito internacional público, de acordo com o art. 38 do Estatuto da Corte de Haia, e obrigando os Estados em suas relações. Haveria, portanto, uma “cláusula não escrita referente à evasão/[elisão] fiscal”, que desobrigaria os Estados contratantes a concederem um tratamento específico conferido pelo acordo de bitributação – o que Schoueri trata como um “princípio antiabuso”². No entender desse autor, a metodologia para a identificação de um PDGRNC impediria a conclusão pelo reconhecimento de um princípio antiabuso, especialmente caso se considere a diversidade de normas/práticas adotadas pelos diferentes países, sem que haja a harmonização necessária (um parâmetro quantitativo). Ao mesmo tempo, um princípio antiabuso não poderia se limitar a balizas genéricas incapazes

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 113.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 114-116.

de orientar a sua aplicação, sob pena de não ter aderência à função específica desempenhada (um parâmetro qualitativo).

Cerca de 30 anos após a conclusão desse estudo, o tema deve ser revisitado à luz da nova realidade que se impõe, mormente em atenção a quatro novos elementos: (i) o planejamento fiscal agressivo; (ii) o teste do objetivo principal (*principal purpose test*), proposto na Ação n. 6 (*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015); (iii) a evolução do tema no cenário europeu, considerando a edição da ATAD – *Anti Tax Avoidance Directive* – e de um princípio geral de combate ao abuso fiscal, reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE); e (iv) o Pillar II da OCDE.

1.1. Delimitação do escopo deste estudo

Deve-se esclarecer que, neste artigo, não se pesquisa uma norma internacional – despida de fundamento positivo em nível internacional –, com base no direito doméstico dos Estados, apta a introduzir competências e direitos subjetivos para o controle de planejamentos tributários internacionais, tal como realizado por Schoueri. O cenário atual, por sua vez, impõe que se revisitem as conclusões alcançadas àquela oportunidade pelo Professor, em atenção aos novos elementos referidos para demonstrar o progressivo avanço na definição de parâmetros mínimos, considerando não somente o controle das estruturas negociais, para fins fiscais, como também da própria atividade tributária dos países, em atenção a níveis mínimos aceitáveis. Vale dizer, o contexto fático subjacente à realidade examinada por Schoueri passou por drásticas mudanças que atraem questionamentos sobre um possível atingimento de uma uniformidade no tratamento do tema. Antecipe-se que tais avanços, em nossa compreensão, ainda não bastam para confirmar o princípio antiabuso, apesar de caminharem no sentido de uma convergência. Por essa razão, endossa-se a conclusão alcançada antes por Schoueri.

Ademais, neste estudo, explora-se uma ideia introduzida pelo Professor, em conformidade com o qual, a construção de uma norma antiabuso não pode constituir uma casca normativa despida de conteúdo, mesmo que munida de vetores axiológicos que a informem, principalmente fins como a proteção das bases tributárias dos Estados frente a comportamentos que afastam a tributação, total ou parcialmente, de maneira a garantir uma economia tributária substancial e indesejada perante a igualdade tributária e a livre concorrência. A mera assunção de tais objetivos poderia ser traduzida em dois fins complementares: a vedação à dupla não tributação e a vedação a níveis baixos de tributação. Irradiam-se, assim, efeitos aos contribuintes e aos Estados, ainda que a pergunta subsequente exija traçar normas para a alocação do poder de tributar entre as jurisdições.

Essa complexidade temática requer que se delinieie o tema deste artigo. Foca-se na denominada *insolúvel contradição das cláusulas gerais* destinadas ao controle dos planejamentos tributários internacionais, em atenção à abertura normativa adotada. A insolúvel contradição que acompanha tais normas decorre essencialmente da função que desempenham em um cenário de predeterminação legislativa das hipóteses de incidência tributária – considera-se aqui um referencial de legalidade comumente aceito –, em um contexto de combate à elisão fiscal internacional. Elucide-se que não se está analisando hipóteses de evasão fiscal, em que caracterizada uma violação direta ao direito positivo, de maneira a afastar as consequências que seriam devidas se aplicável a norma violada.

Nessa hipótese, a realidade não se amolda à norma. Quando se examina a elisão fiscal, há uma violação indireta, considerando a contradição entre a aplicação pretendida e o fim da norma tributária.

As regras gerais antiabuso se definem pela amplitude subjetiva e objetiva, o que exige que os parâmetros de controle, de igual modo, valham-se de maior abertura e indeterminação, amoldando-se a cada realidade. Apesar dos traços particulares, poder-se-ia compreender que geralmente essas normas avaliam, com base em uma economia tributária, o desenho atípico de uma transação ou série destas, entendendo que a racionalidade econômica subjacente não é apta a justificar a eleição negocial realizada. Nesse sentido, questionam-se os fundamentos para a sua adoção. Na existência e prevalência do fim fiscal – considerando a economia tributária produzida –, autoriza-se a sua desconsideração e substituição pela autoridade fiscal competente, e a aplicação das consequências tributárias respectivas. Tais critérios inequivocamente traduzem abstrações e indeterminações que ensejam perguntas acerca da efetividade das normas e das consequências sobre os direitos dos contribuintes. Não por outra razão, as evoluções no tratamento do tema enfrentam idêntica dificuldade, de forma a gerar dúvidas sobre se tal princípio antiabuso de natureza global em algum momento poderia ser enunciado e garantir a efetividade que a sua função demanda, mantidos os direitos individuais pertinentes. Essa confluência de condicionantes nos permite antecipar que tais cláusulas gerais exigem a sua combinação com meios de concretização para orientar a sua aplicação, sob pena de constituírem instrumentos para arbitrariedades estatais.

1. Reflexões sobre um princípio geral antiabuso no âmbito das normas de direito internacional

A tese de Vogel examinada por Schoueri contém o seguinte raciocínio: (i) a existência de um PDGRNC seria passível de verificação se reconhecido pela grande maioria dos Estados; (ii) efetivamente, a grande maioria destes aceitaria, nos respectivos ordenamentos internos, a impossibilidade de o contribuinte reduzir a sua carga fiscal mediante a adoção de expediente abusivos; (iii) portanto, estaria constatada a existência de um PDGRNC, válido para a ordem internacional, vedando práticas abusivas dos contribuintes; (iv) os acordos de bitributação, como mandamento da ordem internacional, estariam sujeitos à interpretação segundo os PDGRNC; e (v) aos contribuintes seria proibido recorrer a práticas abusivas para se valerem do tratamento conferido pelos acordos de bitributação³.

Quanto ao primeiro raciocínio, de ordem metodológica, Schoueri admite que não seria necessário esgotar o universo de sistemas jurídicos existentes para concluir quanto à existência de um PDGRNC, contanto que examinados os sistemas mais representativos para verificar a uniformidade no tratamento do tema. Nesse sentido, aceita o método indutivo proposto por Vogel⁴. Prosseguindo o exame, Schoueri busca determinar a efe-

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 116.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 116-120.

tiva existência desse princípio antiabuso aplicável no âmbito do direito tributário internacional, mais especificamente para limitar a aplicação dos acordos de bitributação em relação às situações consideradas abusivas. Nesse ponto, demonstra de forma mais ampla que a proibição de abuso de direito seria um corolário do princípio da boa-fé, este último amplamente reconhecido na ordem internacional e inclusive positivado no art. 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que demanda a boa-fé na interpretação dos tratados internacionais. Inobstante constatar divergência doutrinária quanto ao reconhecimento da proibição do abuso de direito na ordem internacional, Schoueri aponta a existência, à época, de precedentes da Corte Internacional de Justiça tratando da aplicação da proibição de abuso de direito – especialmente o caso *Nottebohm*, que trata da negativa pela Guatemala em conceder visto a um cidadão alemão que, previamente, naturalizou-se cidadão de Liechtenstein justamente para obter o referido visto de forma oblíqua, uma vez que a Guatemala não concedia visto a cidadãos alemães em virtude da Segunda Guerra Mundial. Apesar de reconhecer que o caso apresentava fundamentação pertinente ao direito tributário internacional (a negativa de um benefício em razão da falta de vínculo com o Estado), Schoueri assinala que o caso não tratava de discussão envolvendo o direito tributário internacional, tampouco da aplicação de um acordo internacional firmado entre Estados. Seria apenas um indício da existência do princípio antiabuso, o que, no entanto, não autorizaria a sua extensão para o âmbito da tributação internacional⁵.

Daí por que Schoueri empreende em uma pesquisa quanto às origens e características da proibição de abuso no direito internacional. A questão tratada diz respeito, sobretudo, ao tipo de relação sobre a qual a proibição de abuso se aplica, já que a concepção do princípio teria se dado nas relações entre Estados soberanos, e não entre Estado e contribuinte ou, mais amplamente, entre Estado e particulares. Nesse ponto, Schoueri afasta preliminarmente a ideia de que o princípio da proibição de abuso no direito internacional teria equivalência no direito interno às situações tratadas pela legislação como abuso de formas, seja pela origem dos institutos, seja pela fundamentação⁶.

Quanto à origem, no âmbito internacional, a proibição de abuso teria sido concebida no contexto do relacionamento entre Estados, entre os quais há coordenação. Diversamente, na relação entre Estado e particular, há – em certa medida – subordinação. Os PDGRNC seriam normas de direito internacional direcionadas aos sujeitos de direito internacional público, e não aos particulares, que somente assim se caracterizam em casos excepcionais. Desse modo, na eventualidade de existir um PDGRNC proibindo o abuso no âmbito internacional, comprometer-se-ia apenas a conduta dos Estados em suas relações interestatais, e não a conduta dos indivíduos⁷.

No tocante à sua fundamentação, na perspectiva internacional, a proibição de abuso teria origem na aplicação do princípio da boa-fé (em sua vertente mais ampla). Cabe-

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 124-127.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 127-128.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 128-129.

ria, então, identificar em que medida a vedação de abuso, no direito tributário, estaria vinculada a essa mesma fundamentação. Sobre essa questão, Schoueri adota a linha exposta por Ernst Höhn, segundo a qual, o princípio da boa-fé somente teria aplicação diante de uma relação concreta, porquanto apenas albergaria direitos subjetivos – o que, no âmbito tributário, exigiria a constituição da obrigação tributária. No entanto, no direito público em geral, aí incluído o direito tributário, o abuso de direito tão só seria compreendido em seu sentido objetivo (a adoção de conduta ou meio inusual), não se exigindo a comprovação de elementos subjetivos (intenção do contribuinte de obter uma economia tributária). A exigência da presença da dimensão subjetiva (a intenção do agente diante de uma relação concreta) para a caracterização do abuso de direito seria uma perspectiva civilista, tratando-se da violação também à boa-fé. Daí concluir que, dada a diferença de tratamento, no direito público, o abuso de direito não representaria uma violação à boa-fé, de modo que seria instituto jurídico diverso daquele verificado no direito civil, tampouco podendo ser remetido ao abuso no direito internacional público⁸.

A análise empreendida por Schoueri até aqui está embasada sobretudo na doutrina de direito internacional público, concluindo pela impossibilidade de se afirmar a existência de um princípio antiabuso, aplicável em âmbito tributário, como algo inerente ao sistema internacional. Todavia, a pesquisa vai além e busca determinar a existência de tal princípio verificado, indutivamente, a partir das previsões constantes na maioria ou nos principais ordenamentos jurídicos existentes. Nesse contexto, Schoueri alerta que um PDGRNC assim verificado não poderia exceder o conteúdo das normas das quais decorreria, buscando compreender, mais especificamente, se o *treaty shopping* seria uma prática vedada, como uma conduta abusiva do contribuinte, nos ordenamentos pesquisados⁹.

Nesse ponto, Schoueri retoma a doutrina de Vogel, de acordo o qual haveria três elementos comuns para a caracterização do abuso: (i) a divergência entre forma adotada e conteúdo econômico do negócio ou figura jurídica; (ii) a liberdade do contribuinte para escolher a forma jurídica da transação, tendo efetivamente exercido a opção; e (iii) o tributo apurado a menor, se comparado ao que seria devido caso a tributação seguisse a substância econômica. Um quarto elemento é adicionado por Vogel, o grau de intolerância ou inaceitabilidade da conduta do contribuinte, a partir do qual se considera abusivo o seu comportamento. O que Schoueri aponta é que esse quarto elemento é reconhecidamente variável, de maneira que o conteúdo de um eventual princípio antiabuso seria bastante limitado em razão do que cada ordenamento consideraria como inaceitável ou abusivo¹⁰.

Nessa linha de ideias, Schoueri empreende em uma análise normativa, expondo diversos ordenamentos que apresentam cláusulas (ou mesmo jurisprudência) antiabuso

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 129-133.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 133.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 133-134.

e que reprimem a economia fiscal, mas conclui que não se trata de uma situação geral. Apresenta ordenamentos que limitam a sua aplicação apenas a casos de simulação, ou mesmos casos específicos listados na legislação ou de prevalência de interpretação de caráter mais formalista, não admitindo teorias de abuso de formas. Isto é, a conclusão geral é no sentido de que, dada a diversidade de disposições específicas nos vários ordenamentos, não seria possível falar em um princípio antiabuso como um PDGRNC, no que diz respeito à vedação à prática de *treaty shopping*, não descartando, no entanto, a existência de um eventual princípio antiabuso de aplicação bastante restrita, na medida em que limitado aos raros casos em que verificada a convergência de tratamento nos diversos sistemas jurídicos nacionais¹¹.

Passadas mais de três décadas da referida tese de doutoramento, faz-se oportuno revisitar as conclusões alcançadas e os seus desenvolvimentos posteriores. De pronto, é necessário rememorar que Schoueri não negou a possibilidade de existência de um princípio antiabuso como um PDGRNC. Apenas que não o identificou, naquele momento, para fins de aplicação no âmbito da tributação internacional, mais especificamente para conter a prática de *treaty shopping*.

2. Planejamento tributário agressivo

No âmbito do movimento de combate à *base erosion and profit shifting* (BEPS), introduziu-se, sem esclarecimento efetivo, a noção de *planejamento tributário agressivo* (*aggressive tax planning*), o qual se orienta por uma moral tributária, na medida em que combate a conduta de empresas multinacionais que não viola diretamente nem vai além (violação indireta) dos limites da legislação, mas que explora as disparidades de tratamentos fiscais entre os diferentes Estados¹², a partir da transferência *artificial* dos rendimentos de modo a reduzir a carga tributária global do grupo econômico. Nesse sentido, o controle das estruturas jurídicas de negócio respectivas ultrapassa a concepção de abuso e elisão fiscal, para analisar os efeitos substancialmente danosos à arrecadação tributária dos Estados – resultados econômicos eminentemente –, que fragilizam a existência destes, sob a perspectiva direta financeira, e a justiça fiscal global¹³.

Se o princípio antiabuso busca frear a conduta do contribuinte que seja considerada contrária à finalidade das normas tributárias, o planejamento tributário agressivo tem como destinatário direto os Estados – principalmente os governos e legisladores –, com o fim de revisar as regras existentes ou introduzir outras, de forma a eliminar as lacunas e – em certa medida – os tratamentos mais benéficos explorados por tais con-

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 133-138.

¹² PIANTAVIGNA, Paolo. Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: how EU law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies. *World Tax Journal* vol. 9, n. 01. Amsterdam, 2017, p. 65-66.

¹³ DOURADO, Ana Paula. The meaning of aggressive tax planning and avoidance in the European Union and the OECD: an example of legal pluralism in international tax law. In: Englisch, Joachim (coord.). *International tax law: new challenges to and from constitutional and legal pluralism*. Amsterdam: IBFD, 2016, p. 2-3.

tribuintes¹⁴. Inequívoco admitir que o planejamento tributário agressivo não funciona como um referencial para o princípio antiabuso ora examinado. Quando muito poderia atuar como um elemento contextual que o inspira, sem que possa lhe franquear propriamente substância, o que se torna evidente quando se admite que o critério de balizamento adotado nesse caso, em verdade, orienta-se por uma moral fiscal – críticas a essa concepção ultrapassam o objeto deste estudo. Se a moral é subjacente às normas jurídicas, em termos de controle jurídico, não constitui fundamento autônomo para tanto, especialmente em atenção ao formalismo legalista do direito tributário.

3. Teste do objetivo principal

Não se pretende, nesse ponto, perpassar e avaliar todas as controvérsias atinentes ao teste do objetivo principal (*principal purpose test*), porém, é necessário realizar uma breve digressão sobre essa cláusula. Concebida no âmbito da Ação n. 6 (*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015), consta no art. 29 (9) da Convenção Modelo da OCDE/2017 e no art. 7 (1) da *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* (MLI). Muito embora o Brasil não componha a OCDE nem tenha assinado o MLI, progressivamente tem incorporado a cláusula em seus acordos, assim como outros países na mesma situação, sem prejuízo daqueles que fazem parte da organização e/ou assinaram o MLI, e assim se obrigaram. Esse cenário revela uma rede de acordos em progressivo crescimento e que já inclui o teste do objetivo principal. Transcreve-se a seguir a redação em português da cláusula, que será objeto de avaliação subsequente:

“Não obstante outras disposições da presente Convenção, um benefício da presente Convenção não será concedido em relação a um componente de renda ou de capital se for razoável concluir, com base em todos os fatos e circunstâncias relevantes, que obter esse benefício constituiu um dos objetivos principais de um acordo ou operação que tenha resultado, direta ou indiretamente, nesse benefício, a menos que seja demonstrado que a concessão de tal benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e propósito das disposições pertinentes da presente Convenção.”

Essa cláusula introduz uma regra geral antielisiva (GAAR), no âmbito dos acordos de bitributação. Isso, pois, trata-se de um comando destinado a uma amplitude de casos, sem que se pretenda limitar o seu escopo a uma gama de transações e/ou situações jurídicas específicas. Ademais, como consequência desse escopo e da função exercida, adotam-se parâmetros de controle genéricos e munidos de elevado grau de indeterminação, de forma a conceder às autoridades fiscais margem substancial de discricionariedade – ao menos no plano normativo –, ainda que concretamente a regra não seja aplicada dessa maneira, sobre o que não se tem notícia.

O teste do objetivo principal visa evitar a concessão de um benefício advindo, direta ou indiretamente, do acordo, sendo importante fazer referência não somente às re-

¹⁴ PIAVIGNA, Paolo. Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: how EU law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies. *World Tax Journal* vol. 9, n. 01. Amsterdam, 2017, p. 67-68.

gras domésticas mais vantajosas aplicadas em razão da subsunção primeira das regras alocativas do acordo, além de benefícios advindos de outros acordos que possam ser aplicáveis ou de benefícios decorrentes do próprio acordo (i.e., métodos destinados a eliminar ou mitigar a dupla tributação). Uma vez aplicada a cláusula, nega-se esse benefício, o que não impede a eventual aplicação de outra regra do acordo que mais se adéque à realidade requalificada.

O exame continua com o teste subjetivo em consonância com *um dos objetivos principais* da transação controlada, no sentido de averiguar se esse objetivo se refere à obtenção do benefício fiscal referido. Ainda que se avalie o “grau de sustentabilidade” do negócio jurídico com base nas razões econômicas utilizadas para justificar as opções comerciais realizadas, não se pode deixar de pontuar que a questão fiscal é sempre um fundamento econômico relevante para tais decisões – um empresário diligente constantemente considera as repercussões fiscais de suas ações e omissões para traçar a sua estratégia de negócio. Por assim dizer, salvo em situações de absoluta irracionalidade econômica para a prática de uma transação – que, muitas vezes, inclusive, são hipóteses de fraude ou simulação –, o teste subjetivo não se mostra suficiente para filtrar situações abusivas, caso contrário uma ampla maioria de casos poderia aprioristicamente ser categorizada como tal, o que não se assemelha verdadeiro nem viável.

O teste seguinte é o teste objetivo, por meio do que se confrontam as condutas individuais e a transação com o “objeto e propósito” das disposições pertinentes do acordo. Examina-se, nesse teste, a teleologia de tais normas. Apesar de eventualmente se poder fazer alusão às transações concretas pretendidas de serem capturadas por cada norma, há um cenário em que, ao final, procura-se por uma substância (jurídico-econômica) da transação – conceito indeterminado, sobretudo em sua dimensão global, mesmo com os exemplos constantes nos comentários da OCDE e na experiência concreta que se constrói. Essa condição revela a inequívoca insegurança ao redor do teste do objetivo principal¹⁵.

Importa admitir que as balizas propostas por esse exame se aproximam, em grande medida, dos critérios indicados por Vogel como informadores do princípio antiabuso. Ainda assim, deve-se considerar que essa cláusula depende de fundamento positivo nos acordos e se limita ao âmbito de eficácia destes. Em uma hipótese da sua incorporação em número substancial de acordos, poder-se-ia questionar não se tratar de uma fonte para a identificação do princípio. É interessante perceber que essa condição permitiria estender a cláusula a contextos alheios aos acordos ou inclusive àqueles que não gozam de cláusula similar – o que não nos parece possível, considerando a natureza negocial da cláusula e a sua prescrição expressa. Ainda assim, deve-se agregar à análise a crítica anteriormente formulada no sentido de que essa cláusula goza, em certa medida, da insolúvel contradição das cláusulas gerais, na medida em que os critérios admitidos para o controle escapam a parâmetros minimamente objetivos para franquear ao intérprete guias efetivos sobre o modo da sua aplicação. Essa condição dificulta o desenho

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antônio Ferreira (coord.). *Direitos fundamentais e Estado Fiscal: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 763-783.

sugerido por Schoueri para a verificação do princípio antiabuso, considerando a predefinição da substância globalmente reconhecida, se esta constitui o referencial aceito para tanto.

4. O princípio geral antiabuso europeu e a ATAD

Nesse ponto, sem necessidade de maiores digressões, impõe-se observar que, ao menos em um conjunto de sistemas jurídicos mais amplo, notadamente no âmbito da União Europeia, a proibição de abuso na esfera tributária alcançou efetivo reconhecimento legal, seja como princípio geral aplicável à legislação do bloco, seja em casos envolvendo disputas, quanto ao direito interno, dos Estados-membros e dos contribuintes¹⁶. Com efeito, é reconhecido que o abuso de direito é um conceito onipresente no âmbito fiscal e no direito europeu, notadamente a partir dos numerosos casos submetidos ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em que as autoridades tributárias negaram determinado benefício aos contribuintes em razão de considerarem a sua conduta abusiva¹⁷. Trata-se de uma extensão do princípio geral no sentido de que as condutas abusivas são proibidas e o direito europeu não pode ser empregado para fins abusivos ou fraudulentos¹⁸. Nesse contexto, de acordo com a jurisprudência do TJUE, os Estados-membros não estariam apenas autorizados a combater o comportamento abusivo dos contribuintes, sendo em verdade obrigados a fazê-lo¹⁹.

Inclusive, é interessante notar que, possivelmente, a própria existência de discrepâncias entre os diversos ordenamentos abarcados pelo bloco ou as suas diferenças em relação a terceiros Estados é o que permitiu o desenvolvimento, pelo TJUE, de uma caracterização autônoma do conceito de abuso para fins fiscais²⁰. Vale dizer, a ausência de uniformidade entre os ordenamentos – um dos fundamentos apontados por Schoueri como impedimento à caracterização de um princípio antiabuso – pode ter sido justamente um dos catalisadores para a sua criação e o seu desenvolvimento. Não se desconhece, porém, uma perspectiva crítica em que se poderia conceber esse princípio como o resultado de uma política interna do bloco, ou seja, uma construção jurisprudencial visando à preservação das bases tributárias dos Estados-membros, sobretudo nas transações com terceiros países.

¹⁶ PIANTAVIGNA, Paolo. Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: how EU Law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies. *World Tax Journal* vol. 9, n. 01. Amsterdam, 2017, p. 58.

¹⁷ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 1-2.

¹⁸ NOGUEIRA, João Félix Pinto. Proportionality and the burden of proof in CJEU's case law on direct taxation. *Taxes crossing borders (and tax professors too): liber amicorum Prof. Dr R.G. (Rainer) Prokisch*, (2022), p. 18.

¹⁹ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 03.

²⁰ PISTONE, Pasquale. The meaning of tax avoidance and aggressive tax planning in European Union tax law: some thoughts in connection with the reaction to such practices by the European Union. In: DURADO, A. P. (ed.). *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 78.

Por certo, trata-se de um conceito de abuso confinado àquele sistema jurídico muito particular, o que não se estende a outras jurisdições que dele não façam parte. Não obstante, isso não torna menos relevante o fato de que esse conceito acabou, por fim, a ser desenvolvido e aplicado em matéria tributária, independentemente de uma cláusula escrita, adquirindo o status de princípio geral compartilhado pelos Estados do bloco europeu. Dada a relevância que o desenvolvimento desse princípio antiabuso adquiriu, vamos nos utilizar dele como exemplo para o desenvolvimento deste estudo.

Uma relevante questão que se coloca é quanto à função normativa exercida por tal princípio antiabuso: teria uma função interpretativa para identificar o significado e a extensão de outras normas? Ou teria um conteúdo normativo próprio, capaz de conferir aos Estados a prerrogativa de negar determinados direitos aos contribuintes? A ambiguidade desse tema é apontada por Wolfgang Schön, a partir de precedentes do TJUE, em especial aqueles que tratam das liberdades fundamentais no âmbito da União Europeia. Nesse ponto, é importante rememorar que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, base normativa fundante do bloco, garante uma série de liberdades aos cidadãos, a livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais, a liberdade de estabelecimento, entre outras. Ao mesmo tempo, assegura a competência dos Estados-membros de tomarem medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, mormente em matéria tributária. Em diversos casos julgados pelo TJUE, o princípio antiabuso já foi empregado tanto para orientar a interpretação e a aplicação da liberdade postulada frente à respectiva restrição estatal, como também já foi utilizado como justificativa para medidas limitativas impostas pelos Estados²¹.

Todavia, essa diferenciação se torna relevante na medida em que impõe exames e resultados diversos para os casos sob análise: em se tratando de um postulado interpretativo, o princípio antiabuso busca aferir a extensão do direito de liberdade tal como posto no Tratado, a fim de definir se a restrição imposta pelo ente estatal se compatibiliza com o sentido normativo daquela liberdade; por outro lado, em se tratando de uma justificativa para a restrição imposta pelo ente estatal, fica claro que há um embate entre o exercício da liberdade pelo contribuinte e a prerrogativa estatal de combater condutas abusivas, exigindo a aplicação do teste de proporcionalidade, de modo a examinar se a medida estatal é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, a fim de contrabalancear os interesses conflitantes²².

A eventual falta de rigor quanto à função normativa desse princípio e, consequentemente, à sua forma de aplicação não afeta o seu reconhecimento como norma aplicável no âmbito do direito europeu.

Prosseguindo, assim como fez Schoueri em sua tese, é oportuno questionar acerca da fundamentação de um tal princípio naquele âmbito, sobretudo no que diz respeito ao seu status hierárquico. Isso, porque, há princípios gerais que foram dessumidos da

²¹ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 08-09.

²² SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 10.

legislação primária da União Europeia, ou seja, dos tratados e da tradição constitucional dos Estados-membros, o que não exclui outros princípios gerais presentes no contexto da legislação secundária, isto é, de diretivas e regulamentações. Conforme Schön, esses princípios de segundo escalão não teriam força normativa para invalidar a legislação europeia, servindo como ferramenta interpretativa das próprias diretivas das quais decorrem e auxiliando no preenchimento de lacunas normativas em áreas como o direito privado. Estes não são necessariamente promovidos ao mesmo nível hierárquico da legislação primária²³.

Determinar o nível hierárquico do princípio antiabuso é de extrema relevância, principalmente diante dos desenvolvimentos mais recentes em nível global na seara tributária, com a concentração de esforços dos Estados e organismos internacionais no combate às práticas dos contribuintes consideradas abusivas. Admita-se que, em razão da complexidade desse tema, a abordagem internacional exige, de forma cada vez mais específica e mediante a criação de mecanismos igualmente adequados, a introdução de normativas a serem internalizadas pelos Estados em seus respectivos ordenamentos.

A questão é mais sensível no âmbito da tributação direta, na medida em que a tributação sobre a renda, por excelência, pode ser vista como uma manifestação da própria soberania dos Estados, cabendo a cada um estabelecer as regras que melhor atendam aos seus interesses, inclusive para fins de atração de investimento externo. Ocorre que o baixo nível de integração e coordenação dos Estados nesse ponto acabou por criar divergências e complexidades que não apenas criaram fricções indesejadas (principalmente a dupla tributação), mas também lacunas não previstas, gerando o que se chama de dupla não tributação ou tributação negativa. Esse vácuo normativo permitiu aos contribuintes explorar arranjos tributários que, por vezes, são considerados abusivos. Este, como visto, é o pano de fundo para as ações como o *base erosion and profit shifting* (BEPS) da OCDE²⁴, assim como medidas mais recentes como a Diretiva (UE) 2016/1164 (a seguir denominada de ATAD – *Anti Tax Avoidance Directive*), que busca introduzir estratégias comuns e ações coordenadas para combater o *planejamento fiscal agressivo*, dentre estas a previsão de uma regra geral antiabuso a ser adotada pelos Estados como nível mínimo de proteção em casos de operações ou estruturas desprovidas de razões comerciais válidas e baseadas essencialmente na finalidade de obtenção de uma vantagem fiscal.

Ainda nos limitando ao âmbito da União Europeia, é imperioso notar que as diretivas não são autoaplicáveis, exigindo dos Estados-membros a internalização das suas disposições²⁵. Nesse sentido, poderia ser questionável a existência de um tal princípio

²³ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 07-08.

²⁴ PIANTAVIGNA, Paolo. Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: how EU law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies. *World Tax Journal* vol. 9, n. 01. Amsterdam, 2017, p. 50-52.

²⁵ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European Taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 11.

antiabuso que não tem aplicação direta, senão por meio da dependência e intermediação de regras a serem posteriormente adotadas pelos Estados. Ademais, uma vez introduzido por meio de uma legislação secundária, esse conceito antiabuso somente teria aplicação nesse âmbito mais restrito da própria diretiva, notadamente para fins interpretativos. No entanto, Schön anota que, ao menos para o TJUE, essa questão parece não impor maiores impedimentos ao entendimento de que um princípio geral antiabuso apresentaria autonomia, não sendo mera ferramenta interpretativa e não dependendo do conteúdo da legislação secundária do bloco, tampouco da adoção de medias específicas pelas legislações estatais. O Professor, contudo, critica essa posição, pois entende que a aplicação de um princípio geral antiabuso, concebido e aplicado no nível das liberdades fundamentais, deve se restringir aos casos que tenham como pano de fundo a discussão quanto à aplicação da legislação primária²⁶, sem contar que a aplicação da legislação secundária, mormente da regra geral antiabuso da ATAD dependeria da sua internalização pelos Estados-membros²⁷.

Para além da questão hierárquica, podemos retomar a mesma análise empreendida por Schoueri, buscando compreender um eventual princípio antiabuso a partir dos seus fundamentos e dos elementos que levaram ao seu desenvolvimento. De forma geral, a noção de abuso em âmbito tributário, inclusive conforme adotada e desenvolvida pelo TJUE, envolve (i) a obtenção de um benefício ou vantagem tributária por meio de uma conduta que revele um (ii) conflito entre a finalidade da legislação e o resultado obtido (teste objetivo), na qual (iii) inexistente um fundamento comercial válido, isto é, a conduta foi adotada puramente para fins tributários (teste subjetivo)²⁸. Ocorre que o termo “abuso” também vem sendo empregado de forma pouco rigorosa para denominar outras condutas. Inclusive, como sinaliza Pistone, o conceito de abuso vem sendo constantemente aproximado às práticas elisivas²⁹.

Nesse sentido, ainda que seja inegável a existência de um princípio antiabuso, ao menos no âmbito do direito europeu, é possível defender que, dada a sua concepção, a sua aplicação deve se limitar às situações nas quais se verifique uma conduta abusiva, ou seja, que subverta o fim legislativo, obtendo uma vantagem não prevista ou pretendida pelo legislador. Eventual conceituação de abuso de maior amplitude, como aquela que busca identificá-la ao que se chama de *planejamento tributário agressivo* não parece recair no campo de aplicação desse princípio. Ainda nessa linha de argumentação não se pode deixar de admitir que, a despeito de tais balizas normativas, o aludido princípio goza de

²⁶ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European Taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 13-14.

²⁷ SCHÖN, Wolfgang. The concept of abuse of law in European Taxation: a methodological and constitutional perspective. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* No. 2019-18, 2019, p. 20-21.

²⁸ PIANTAVIGNA, Paolo. Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: how EU law and the OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law, despite linguistic discrepancies. *World Tax Journal* vol. 9, n. 01. Amsterdam, 2017, p. 56-58.

²⁹ PISTONE, Pasquale. The meaning of tax avoidance and aggressive tax planning in European Union tax law: some thoughts in connection with the reaction to such practices by the European Union. In: DOU-RADO, A. P. (ed.). *Tax avoidance revisited in the EU BEPS context*. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 78.

substancial indeterminação, sobretudo quando se considera os casos da sua aplicação despidos de fundamento positivo subjacente, quando se poderia admitir que se trata, em verdade, da afirmação de uma política de proteção das bases de arrecadação do próprio bloco europeu, acima de tudo.

5. O Pillar Two e o imposto mínimo global

Mais recentemente, a busca coordenada por soluções globais contra o planeamento tributário culminou no desígnio de instituir um imposto mínimo global a ser suportado por grandes empresas multinacionais. A partir do *Inclusive Framework*, com o objetivo de permitir que Estados interessados, para além daqueles membros da OCDE, possam trabalhar de forma conjunta no desenvolvimento de medidas para solucionar os problemas tributários decorrentes da economia digital, da erosão das bases tributárias e da procura pela substância das entidades, surgiu o Pillar Two, medida tendente a garantir que essas empresas estejam sujeitas a um imposto mínimo efetivo sobre a renda de 15% (quinze) nas jurisdições em que operam.

Com efeito, a referida medida instituiu um modelo de regras globais chamado de “Global Anti-Base Erosion Model Rules” (GloBE), de modo a pretender assegurar que as grandes multinacionais paguem um nível mínimo de imposto incidente sobre a renda nos locais onde atuam, permitindo a competição global em termos de tributação e protegendo as bases tributáveis dos Estados. Sinteticamente, a medida impõe o recolhimento de um imposto complementar (*top up tax*) sobre os rendimentos que, em uma determinada jurisdição, não estejam sendo tributados à alíquota efetiva de, ao menos, 15% (quinze por cento). Há, portanto, o estabelecimento de um nível mínimo de tributação em escala global.

As regras propostas pelo GloBE se destinam a grupos multinacionais com receita anual igual ou superior a € 750 milhões – o valor poderá ser atualizado – em ao menos dois dos últimos quatro anos, considerada no nível das demonstrações consolidadas da entidade-mãe final (*ultimate parente entity*). A aplicação se dá apenas nos casos de grupos ou entidades com filiais ou subsidiárias no exterior, inclusive quando não auferam renda³⁰, mais especificamente quando detenham ao menos uma entidade ou estabelecimento permanente em jurisdição diversa da entidade-mãe final.

Quanto aos mecanismos propostos, preferencialmente aplicáveis no nível da entidade-mãe final, são estes: (i) a regra de inclusão de rendimentos (*Income Inclusion Rule* – IIR), determinando que a entidade pague um imposto complementar sobre a sua parcela de rendimentos de outras entidades do grupo que estão localizadas em jurisdições com baixa tributação (alíquota efetiva menor que 15%); e (ii) a regra dos lucros insuficientemente tributados (*Undertaxed Profit Rule* – UTPR), de caráter subsidiário à IIR, aplicável a pagamentos realizados por uma entidade do grupo a outra entidade deste localizada em jurisdição com baixa tributação, negando a dedutibilidade desse paga-

³⁰ OECD (2022). Tax challenges arising from the digitalisation of the economy – commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), First Edition: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, p. 17-18.

mento ou, se isso não for possível, determinando a realização de ajustes na base tributável do imposto, de modo a majorar a obrigação ou a despesa tributária em montante equivalente ao imposto complementar que seria exigível. Mais recentemente, introduziu-se (iii) o *Qualified Domestic Minimum Top-up Tax – QDMTT*, com precedência em relação às regras anteriores. Em linhas gerais, este permite uma tributação complementar pelo próprio Estado de baixa tributação, à condição que atendidos os parâmetros mínimos do GloBE.

As regras propostas pelo Pillar Two apresentam nível de complexidade bastante alto, não sendo o caso de analisá-las em maiores detalhes neste estudo. O que deve ficar registrado, no entanto, é que essa complexidade decorre do próprio contexto que ensejou a sua edição, uma vez que é um retrato da evolução do combate ao que se considera a conduta abusiva dos contribuintes, especialmente no que diz respeito, mais recentemente, a arranjos internacionais. É interessante notar que as medidas do Pillar Two dão um passo adiante e deixam de tratar de questões mais específicas e já identificadas como danosas às arrecadações nacionais, como as ações originalmente propostas no âmbito do BEPS (tais como os instrumentos híbridos, empresas controladas, limitação à dedutibilidade de juros, prevenção contra o abuso de tratados e regras de preço de transferência), preocupando-se, mais essencialmente, com a imposição de uma carga fiscal global efetiva equivalente a 15% da receita auferida pelo grupo multinacional. A ideia de um imposto mínimo global, a ser implementada por meio da exigência de um imposto complementar sobre aqueles rendimentos atribuídos a entidades em jurisdições com baixa tributação, sintetiza a noção de que a redução da carga tributária, seja qual for o arranjo adotado pelos contribuintes, não pode ser aceita. Daí a necessidade de instituir um *imposto global*, com todas as complexidades daí decorrentes e, ao fim, alcançar o objetivo de evitar que o lucro das entidades seja transferido para jurisdições nas quais, alegadamente, não há o exercício de atividades econômicas (aptas a gerar rendimentos) nem a criação de valor.

Nesse sentido, é até mesmo questionável se o conceito de abuso em âmbito global não teria evoluído para significar, simplesmente, a redução da carga tributária abaixo de um determinado patamar tido como razoável. Contudo, para não perder de vista o objetivo deste trabalho, o caso é de analisar se um tal conceito encontraria reconhecimento mundial atualmente.

Por certo que as regras decorrentes do Pillar Two foram chanceladas por mais de uma centena de Estados³¹, o que poderia sugerir que esse conceito encontraria ampla aceitação, podendo ser encarado como um princípio geral. Todavia, trata-se de um modelo sugerido que, invariavelmente, necessita ser implementado nos respectivos ordenamentos dos Estados e, inclusive, adaptado às particularidades de cada sistema jurídico. Da mesma forma, mesmo que introduzido o modelo na União Europeia por meio da Diretiva (UE) 2022/2523 do Conselho, este constitui um esforço de coordenação intrabloco, dependendo ainda de internalização pelos Estados-membros. Isso sem falar nos

³¹ As regras do Pillar Two foram aprovadas em outubro de 2021 por 137 países e jurisdições do G20 e da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/newsroom/oecd-releases-pillar-two-model-rules-for-domestic-implementation-of-15-percent-global-minimum-tax.htm>. Acesso em: 07 out. 2023.

diversos países que, mesmo que signatários da medida, não se encontram em condições de implementá-la.

Ademais, os próprios recortes decorrentes do modelo de imposto mínimo proposto carecem da generalidade que um princípio geral deve apresentar. O fato de somente ser aplicado a grupos multinacionais com faturamento acima de € 750 milhões e as respectivas exclusões já demonstram que se trata de regras específicas, com âmbito de aplicação mais restrito às situações nelas detalhadas. Portanto, sem negar que o Pillar Two possa, de alguma forma, ter avançado no conceito global de abuso em âmbito tributário, esse conceito deve ser confinado à própria aplicação do modelo, não se estendendo à generalidade das situações, como se exigiria de um princípio geral.

Essas constatações confirmam que também para a imposição de um imposto mínimo global, a opção foi pelo estabelecimento de regras específicas, até mesmo pela complexidade exigida para tanto. Isso impede, ao menos nesse momento, de se falar em um conceito ou princípio geral de abuso que engendre a ideia proposta de uma tributação mínima global dos lucros.

II. Conclusão: um princípio antiabuso global?

Um princípio antiabuso global? Ainda não, se é que um dia existirá.

Pelo menos todos os elementos contextuais analisados antes revelam que mesmo com todos os avanços perpetrados no tema não é possível identificar um denominador comum apto a inspirar um princípio antiabuso com a harmonização mundial e a substância que lhe são exigidas. Deve-se pontuar que, considerando o parâmetro subjacente de segurança jurídica sinalizado por Schoueri, a insolúvel contradição das cláusulas gerais remanesce como uma dificuldade intransponível para a enunciação de um comando objetivo apto a revelar os elementos necessários para a identificação das condutas abusivas. Eventualmente, poder-se-á associar essas cláusulas gerais a critérios objetivos outros trazidos por regras específicas ou ainda à experiência concreta dos Estados, que revele uma uniformidade de entendimento acerca do caráter indesejável de determinadas transações ou simplesmente de certas ações e omissões dos contribuintes. Espera-se que daqui a três décadas, quando o tema voltar a ser estudado, exista um pouco mais de clareza a seu respeito.

O Controle de Normas Tributárias Extrafiscais

Martha Leão

[“Faço, neste momento, o voto de ensinar o Direito, porque é nele que acredito, e somente pode bem ensinar aquele que crê no que ensina.

Faço, neste momento, o voto de ensinar o Direito, por acreditar que é da formação do jurista que depende a transformação da Justiça e esta é a aspiração maior da Sociedade.

Faço, nesse momento, o voto de ensinar o Direito, para suscitar nos alunos o espírito crítico, requisito para a evolução do conhecimento.

Faço, neste momento, o voto de ensinar o Direito, porque é o título de Professor destas Arcadas aquele que desejo carregar com orgulho, e este sentimento apenas faz sentido se, seguindo os passos de meus Mestres, souber que Professor não é aquele que ostenta um título, mas aquele que se sente em casa na sala de aula.

Faço, neste momento, o voto de ensinar o Direito, porque sei que ensinar é um dom de Deus e se Dele o recebi, é para exercê-lo com retidão e entusiasmo.

Faço, neste momento, o voto de ensinar o Direito, para que meus filhos, aqui presentes, saibam que seu pai, nestas Arcadas, estudou e ensinou; ensinando, aprendeu; e aprendeu que devia ensinar, para jamais deixar de aprender.”] (SCHOUERI, Luís Eduardo¹)

Considerações introdutórias

Este livro tem um *fim* claro: homenagear o Professor Titular da Universidade de São Paulo, Luís Eduardo Schoueri, pelos 20 anos de sua investidura neste honrado cargo. Diante desta finalidade, tomo a liberdade de começar este trabalho científico em primeira pessoa para atender a este fim. Começo pelo final: nestes 20 anos de exercício da docência no Largo São Francisco, o Professor Schoueri cumpriu, com louvor e competência, seus seis votos apresentados no momento da investidura do cargo. É o que passo a examinar de maneira mais detida.

Em primeiro lugar, o Professor Schoueri tem ensinado o Direito e demonstrado toda a sua crença em seu objeto de ensino, o fazendo não apenas para seus privilegiados alunos do Largo São Francisco e do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, como também para toda a comunidade acadêmica, seja por meio de seus numerosos artigos científicos, disponibilizados por ele próprio a todos², seja por meio de seus livros, em especial a obra *Direito tributário*, já em sua 12ª edição³. Em segundo lugar, o Professor Schoueri tem ensinado o Direito mantendo a sua preocupação na formação de juristas para transformação da sociedade em um lugar mais justo, sendo exemplo disso seu com-

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Discurso de agradecimento do Professor Luís Eduardo Schoueri por ocasião da Posse pela Titularidade em Legislação Tributária. *Revista da Faculdade de Direito* vol. 99. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 1037-1044 (1043).

² Vide: <https://schoueri.com.br/>.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

prometimento com temas inerentes às liberdades dos contribuintes⁴, à defesa da legalidade tributária⁵ e à adoção de reformas que caminhem para a promoção de uma sociedade mais justa do ponto de vista tributário⁶. Em terceiro lugar, o Professor Schoueri tem conseguido, com bastante êxito, suscitar em seus alunos o espírito crítico, que é fundamental para a evolução da Ciência do Direito, sendo um debatedor firme, mas sempre aberto ao diálogo, seja nas salas de aula, nas Mesas de Debate do Instituto Brasileiro de Direito Tributário ou, ainda, nos numerosos Congressos dos quais participa. Em quarto e quinto lugares, o Professor Schoueri tem ensinado o Direito não apenas demonstrando todo seu apreço e orgulho pelo Largo São Francisco, mas com retidão e entusiasmo contagiante, sendo conhecido de todos seu bom humor em sala de aula – ainda que às 7:30 da manhã! E, em sexto lugar, o Professor Schoueri tem cumprido com louvor sua promessa de ensinar, estudar e aprender, em um ciclo que se retroalimenta pelos seus numerosos alunos, orientandos e admiradores e, ao fazê-lo, não posso deixar de mencionar, certamente atinge o fim de orgulhar a Denise, sua esposa, e a Ana Carolina e o Luís Roberto, seus filhos.

Por fim, peço licença acadêmica para um testemunho pessoal. O Professor Luís Eduardo Schoueri abriu as portas do Largo São Francisco para mim, me dando a oportunidade de ingressar como aluna de Mestrado, ainda em 2012, no papel de sua orientanda para estudar o tema que havia sido objeto de sua tese de titularidade – a função indutora das normas tributárias. A partir de então, fez parte quase que diariamente da minha vida em São Paulo, seja por meio das leituras que cobrava para acompanhamento de suas aulas na Graduação e na Pós-Graduação, seja por meio da realização de atividades de pesquisa e extensão que eram atribuídas aos seus orientandos e, ainda, por meio do incentivo à presença e atuação no Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Desse modo, tive a oportunidade de vivenciar pessoalmente seu inigualável entusiasmo com a docência e o nível de seriedade da sua dedicação a tudo que está envolvido neste processo. Não se passa incólume por esta experiência.

O orientador Schoueri conjuga qualidades inestimáveis: sua dedicação à leitura crítica e ao debate do trabalho é constantemente demonstrada pela firmeza e especificidade de seus comentários. Suas exigências não superam de nenhum modo as oportunidades que ele provê a quem tem a honra de ser seu orientando. No meu caso, aceitou minha dissertação, mesmo que destacando suas críticas à parte das ideias ali defendidas, mas permitindo-me o diálogo científico inerente à academia e indicando o trabalho para publicação. Quando de minha banca de Doutorado, já em 2017, o Professor Schoueri me disse, e nunca esqueci, que as duras críticas que me dirigia naquela oportunidade eram críticas de um pai severo, mas que quer sempre o melhor para seus filhos por saber da sua capacidade. Me lembro de, naquele momento, ter respondido a ele com alegria

⁴ A título exemplificativo: SCHOUERI, Luís Eduardo. A suave perda da liberdade. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 18. São Paulo, 2004, p. 7-10.

⁵ A título exemplificativo: SCHOUERI, Luís Eduardo; FERREIRA, Diego Olm; LUZ, Victor Lyra Guimarães. *Legalidade tributária e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: IBDT, 2021.

⁶ A título exemplificativo: SCHOUERI, Luís Eduardo. A reforma tributária e a tributação dos dividendos. *JOTA*, 12.07.2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/a-reforma-tributaria-e-a-tributacao-dos-dividendos-12072021>.

pelo reconhecimento de que éramos, de fato, da mesma família academicamente, e que família era para sempre – “na saúde e na doença”, “nos elogios e nas críticas”. Logo, preciso encerrar essa homenagem afirmando que as marcas que o Professor Schoueri deixa em seus orientandos e alunos são eternas: marcas de um compromisso inafastável com a seriedade e a dedicação à pesquisa, com o entusiasmo e a retidão no exercício do Direito e do seu ensino, com o compromisso de dialogar, ensinar e aprender. Por isso, espero que ele saiba, que toda vez que entro em sala de aula, ele entra comigo também, e eu busco homenageá-lo todos os dias a partir dessa prática entusiasmada e comprometida.

Feitas essas considerações breves, mas essenciais para o fim a que esse trabalho se destina, passo a analisar o tema proposto: o controle de normas tributárias extrafiscais. Referido tema será examinado a partir de um caso recente, o programa de “desconto patrocinado” para compra de veículos automotores por meio de créditos tributários, criado pela Medida Provisória n. 1.175, de 5 de junho de 2023, com vigência até 7 de julho de 2023. Em apertada síntese, trata-se de medida adotada pelo Poder Executivo para concessão de benefícios fiscais para veículos automotores que custem até R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), com a finalidade propagada de “desonerar os carros populares”. Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a analisar a validade do referido programa, focando especialmente em seus efeitos produzidos, em mais uma tentativa de homenagem ao Professor Schoueri, que em seus escritos sobre o tema foca sua atenção exatamente nos efeitos indutores das normas tributárias. É o que se passa a fazer.

1. O programa de incentivo para compra de veículos enquanto norma tributária indutora

A Medida Provisória n. 1.175 foi editada em 5 de junho de 2023 para estabelecer “mecanismo de desconto patrocinado na aquisição de veículos sustentáveis por pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no País” (art. 1º, *caput*). A medida envolve a concessão de créditos presumidos da Contribuição ao PIS e da Cofins para as montadoras, com o intuito de que se conceda desconto ao consumidor final para a aquisição de veículo automotor. A intenção expressa e declarada é servir de fomento ao mercado interno de veículos automotores, aumentando o consumo para fins de estímulo à economia; sendo evidente, portanto, seu caráter de norma tributária extrafiscal. A Exposição de Motivos é inequívoca nesse sentido:

“[...] 3. A proposta ora encaminhada tem como objetivo promover o acesso da população a veículos novos, estimular a indústria automotiva nacional, impulsionando o crescimento econômico, e promover a descarbonização da matriz de transportes e a economia circular.

4. Nos últimos anos, o setor automotivo brasileiro vem passando por um período de redução nas vendas de veículos novos. Desde 2019, quando se atingiu a marca de mais de 2,7 milhões de veículos emplacados, as vendas se mantiveram abaixo de 2,2 milhões, se distanciando do recorde de vendas ocorrido no ano de 2014, quando foram emplacados aproximadamente 3,5 milhões de veículos, com consequente envelhecimento da frota veicular do País.

[...] A urgência e a relevância da medida decorrem da necessidade de favorecer o acesso da população a veículos novos ambientalmente sustentáveis, de impactar po-

sitivamente a economia nacional com o aumento da produção de veículos no País, de aumentar a geração de empregos, bem como, sobretudo, da necessidade de edição de medida normativa com vigência imediata para evitar represamento das vendas em razão da espera pelo consumidor final da redução de preço.”⁷

Destaca-se ainda que a medida é justificada pelo Poder Executivo por dois outros objetivos: auxiliar pessoas de baixa renda na aquisição de veículos e promover proteção ambiental a partir da substituição de veículos automotores mais poluentes por outros “ambientalmente sustentáveis”. Embora tenha sido criado com a previsão de duração por meses (item 1 da Exposição de Motivos), o programa foi finalizado 30 dias depois da sua edição. Segundo os dados apresentados pelo Ministro do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços, Geraldo Alckmin, no anúncio da finalização do programa, em um mês houve a liberação de todos os recursos disponibilizados pelo governo para uso das montadoras, na forma de créditos tributários convertidos em descontos ao consumidor: 125 mil veículos teriam sido comercializados com descontos, tendo sido liberados R\$ 650 milhões para esta finalidade, além de mais R\$ 150 milhões para compensação das perdas de receitas. Nesta ocasião, o Programa foi avaliado de maneira positiva: “O programa facilitou o acesso da população ao carro zero e deu novo fôlego à cadeia automotiva, que emprega 1,2 milhão de pessoas”, avaliou Geraldo Alckmin⁸.

Pois bem, nesse contexto, verifica-se ser inequívoca a natureza de norma tributária indutora do programa. Para Schoueri, a identificação das normas tributárias indutoras ocorre exatamente a partir da existência de efeitos: “por normas tributárias indutoras se entende um aspecto das normas tributárias, identificado a partir de uma de suas funções, a indutora”⁹. Isso significa o reconhecimento de que há um efeito existente, em maior ou menor grau, em toda norma tributária. A identificação das normas tributárias indutoras, portanto, para o autor, decorre da existência de efeitos indutores e independente de uma finalidade neste sentido. Segundo Schoueri, as normas indutoras seriam uma espécie do gênero extrafiscalidade, que incluiria todos os casos não vinculados nem à distribuição equitativa da carga tributária, nem à simplificação do sistema tributário. A extrafiscalidade em sentido amplo incluiria não apenas normas indutoras, mas também outras normas que se movem por razões não fiscais, porém desvinculadas da busca do impulsionamento econômico por parte do Estado¹⁰. Extrafiscalidade em sentido estrito, por sua vez, seriam as normas com consciente estímulo ao comportamento das pessoas,

⁷ BRASIL. Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 1.175, de 5 de junho de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1175-23.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.

⁸ Sobre o tema, vide: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/alckmin-descarta-renovacao-de-programa-de-descontos-para-carros-populares-125-mil-veiculos-foram-vendidos/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30; SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139-164 (150).

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

sem revelar como fundamento precípua arrecadar recursos pecuniários¹¹.

Embora não se concorde com a abstração da finalidade para a identificação das normas tributárias extrafiscais¹², essa diferenciação é irrelevante para a caracterização do programa aqui analisado como uma medida de natureza extrafiscal, tendo em vista o reconhecimento de que a norma produziu parte dos efeitos extrafiscais pretendidos, a saber, o incentivo da população para compra de veículos automotores. Sendo assim, ainda que se parta de critério diferente para a identificação das normas tributárias indutoras, reconhecendo-se neste trabalho que é a existência de uma finalidade precípua de influenciar os comportamentos que caracteriza esta norma, mesmo assim se alcançaria a mesma conclusão a partir do prisma dos seus efeitos, tendo em vista a eficácia apresentada no incentivo à compra de veículos.

Desse modo, independentemente das divergências sobre a definição dessa categoria de normas (pela sua finalidade, pelo seu efeito ou por ambos), no presente caso verifica-se a inequívocidade dessa classificação para o programa de desconto patrocinado para aquisição de veículos automotores, tendo em vista que esse fim não apenas foi objetivado na lei, especificado na sua exposição de motivos, como ainda foi efetivamente produzido no período de sua vigência. Estabelecida esta premissa, passa-se ao ponto mais relevante do presente trabalho, que é se debruçar sobre o controle de validade e de efeitos desse programa.

2. O controle de validade e de efeitos das normas tributárias indutoras

Em sua tese de titularidade, Schoueri explica que o confronto das normas tributárias indutoras com o princípio da igualdade e a capacidade contributiva permite que o intérprete adote uma de três posições: (i) considerar espúria qualquer norma tributária indutora por ferir o princípio da igualdade; (ii) afirmar a aplicação do princípio da igualdade às normas tributárias indutoras, mas negar a aplicação do princípio da capacidade contributiva; ou (iii) defender a aplicação dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva e buscar sua compatibilidade com as normas tributárias indutoras¹³. O posicionamento do autor é pela última corrente, afirmando que as normas tributárias indutoras não perdem sua natureza tributária e, por isso, continuam sujeitas aos cânones tributários, cabendo ao jurista estudar sua compatibilidade tanto com o Direito Tri-

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

¹² Sobre a controvérsia na identificação de normas tributárias extrafiscais, vide: LEÃO, Martha. *Controle da extrafiscalidade*. São Paulo: IBDT, 2015, p. 42 e ss.; LEÃO, Martha. Contributo para o estudo da extrafiscalidade: a importância da finalidade na identificação das normas tributárias extrafiscais. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 34. São Paulo: IBDT, 2015, p. 303-325. Pelo reconhecimento de que seria possível distinguir um grupo de normas tributárias que não possuem a finalidade precípua de arrecadar os recursos necessários ao custeio da despesa pública, mas, sim a finalidade de promoção pelo Estado de outros fins da política social (inclusive a redistribuição de renda), econômica, cultural, sanitária, ambiental, etc., vide também: ROTHMANN, Gerd Willi. Natureza, finalidade, interpretação e aplicação das normas tributárias extrafiscais – conceitos de lucro da operação e de resultado operacional – classificação dos aluguéis como receita operacional. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 23. São Paulo: IBDT, 2009, p. 192-206 (195).

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 277-278.

butário quanto com o Direito Econômico. A capacidade contributiva, nesse caso, atuará ao lado de outros princípios, em uma relação de integração, já que ambos servem para atingir a uma mesma finalidade preconizada pela Constituição¹⁴.

Assim, é fundamental reconhecer a exigência de que o uso de normas tributárias extrafiscais seja objeto de efetivo controle por parte do Poder Judiciário. Entende-se, ainda que esse posicionamento se sujeite às bem fundamentadas críticas de Schoueri¹⁵, que este controle deveria ser *duplo*: tanto no plano da validade quanto no plano dos efeitos. De um lado, no plano da validade, pelo reconhecimento de que a tributação extrafiscal cria desigualdades entre os contribuintes com relação ao critério da capacidade econômica, distinções estas justificadas pela finalidade pública vinculada à criação do tributo indutor. Diante dessa constatação, a primeira questão que se coloca é como analisar se essas desigualdades são justificadas perante a Constituição de 1988. A aplicação do princípio da igualdade mantém estreita vinculação com as finalidades estatais, já que elas podem funcionar como fundamentos justificadores de um tratamento diferenciado entre os contribuintes. Nesse caso, o princípio da igualdade não seria violado, porque somente é vedado o tratamento diferenciado injustificado entre os contribuintes¹⁶. Nesse sentido, Schoueri afirma que a questão não é, pois, se ocorre uma distinção, e sim se o parâmetro que a criou se legitima constitucionalmente¹⁷. Os critérios de diferenciação e as finalidades almejadas não são sempre os mesmos. Conforme referido, as normas tributárias extrafiscais têm como justificativa uma finalidade de intervenção sobre a ordem econômica e social vigente¹⁸. Com isso, elas se afastam de certa forma dos critérios estabelecidos pelo constituinte para as normas tributárias precipuamente arrecadatórias.

Como destaca Ávila, o princípio da igualdade exige que a medida de comparação seja pertinente à finalidade que justifica sua utilização. E isso só pode ser descoberto se for desvendada a finalidade da norma de tributação, porque a medida de comparação não surge antes (logicamente) da finalidade, ela surge depois¹⁹. Isso porque para saber como comparar dois sujeitos é preciso, antes, saber a finalidade da comparação e a medida de comparação utilizada pelo Poder Legislativo só pode ser aquela que mantenha uma relação de pertinência com a finalidade buscada pela diferenciação. Uma medida

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 290-291; SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139-164 (155-156).

¹⁵ Nesse sentido, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio. In: LEÃO, Martha. *Controle da extrafiscalidade*. São Paulo: IBDT, 2015, p. 11-17.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 410.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 277.

¹⁸ Nas palavras de DEODATO, “as finalidades extrafiscais só podem ser compreendidas pela sua justificação econômica e social” (DEODATO, Alberto. *As funções extra-fiscais do imposto*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais para o concurso de Professor Catedrático de Ciência das Finanças. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949, p. 13).

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 198, p. 48.

é pertinente quando ela se vale de elementos que, presentes, provocam efeitos que contribuem para a promoção da finalidade; uma medida é impertinente quando sua existência nada diz quanto à promoção da finalidade normativa²⁰. Assim, uma medida de comparação relevante é aquela cuja verificação contribui substancialmente para a promoção da finalidade que justifica sua utilização. Afastar a finalidade, portanto, também significa afastar o controle da medida de comparação, porque esta tem uma relação necessária com a finalidade da norma. Estas considerações reiteram a importância da análise da finalidade da tributação. É que, sendo diferente a justificativa da distinção, serão diversos os bens jurídicos que serão restringidos e, por implicação, também serão diferentes as regras e os princípios que os irão resguardar²¹.

Dessa forma, a medida de comparação eleita pela norma tributária extrafiscal deverá ser compatível com a realização da finalidade que justifica a própria existência da norma, havendo um afastamento do critério da capacidade contributiva, ainda que parcial. Quando a finalidade for principalmente extrafiscal, portanto, e com isso visar atingir um fim concreto, econômico ou social, o critério da repartição não mais será a capacidade de contribuir, mas sim a adequação, a necessidade e a correspondência do meio relativamente àquela finalidade²².

Mas o controle de validade não se encerra na questão da igualdade e da capacidade contributiva. O principal controle a que se submete a norma tributária extrafiscal está vinculado ao postulado da proporcionalidade. Aqui se retoma a importância da finalidade: a própria definição da proporcionalidade como “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”²³ já demonstra por que razão a finalidade da norma tributária extrafiscal não é somente importante, como fundamental para seu controle. Com efeito, a proporcionalidade é considerada o critério de controle por excelência destas normas exatamente porque diante de normas tributárias extrafiscais se imbricam não apenas uma finalidade política, social ou econômica, como também a finalidade de proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes que são naturalmente restringidos a partir da opção pela via tributária para a promoção daquela finalidade. A proporcionalidade concorre, com outras normas, para definir a validade da tributação extrafiscal: a tributação extrafiscal será válida se, além de outros requisitos, resistir ao teste da proporcionalidade²⁴.

²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 198, p. 50.

²¹ ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *Anais das XX Jornadas do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario – ILADT*. Salvador: ABDF, 2000, p. 575-605 (582). Vide também: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Breves considerações sobre a capacidade contributiva e a isonomia. In: SCHOUE-RI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. vol. I, p. 457-523 (485).

²² ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. *Anais das XX Jornadas do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario – ILADT*. Salvador: ABDF, 2000, p. 575-605 (583).

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

²⁴ FOLLONI, André. Isonomia na tributação extrafiscal. *Revista direito GV* vol. 10, jun. 2014, p. 201-220. No mesmo sentido: PAPADOPOL, Marcel. Um passo adiante: contributo para a compreensão do controle de medidas tributárias extrafiscais e do papel desempenhado pela capacidade contributiva neste contexto. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 273-299

É este exame que vai apurar se a finalidade extrafiscal e o critério que ela traz consigo leva a uma medida proporcional e não excessiva²⁵. Nessa linha, Schoueri defende que a compatibilização entre a capacidade contributiva e outros valores constitucionalmente prestigiados impõe que diferentes tratamentos tributários devam ter por base uma proporcionalidade²⁶. É necessária, neste caso, a ponderação de valores e bens jurídicos, por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade²⁷. O exame da proporcionalidade exige tanto uma racionalidade entre meio e fim²⁸ quanto um exame do nível de restrição aceito para os direitos fundamentais restringidos²⁹. O objetivo da aplicação do postulado da proporcionalidade é exatamente legitimar uma restrição *proporcional* dos direitos fundamentais, tendo em vista uma racionalidade entre um determinado meio e sua finalidade. Sua aplicação envolve a análise de três aspectos distintos: adequação (a medida deve ser capaz de promover a finalidade almejada), necessidade (dentre todas as medidas adequadas, deve ser escolhida aquela que menos restrinja o princípio da igualdade) e proporcionalidade em sentido estrito (a medida deve trazer mais benefícios do que malefícios no que tange à promoção dos direitos fundamentais)³⁰.

Mas o exame da finalidade e o controle da norma tributária extrafiscal no plano da validade não são suficientes isoladamente, porque os efeitos indutores fazem parte da própria caracterização dessas normas. Em outras palavras, não se pode falar em norma tributária extrafiscal se, em que pese a existência de uma finalidade extrafiscal por parte do legislador, a norma se mostrar inapta para gerar os efeitos pretendidos. Nesse sentido, Tipke aponta a necessidade de igualdade da execução das leis tributárias, destacando a exigência de que as Cortes controlem também a própria aplicação das normas tributárias, tendo em vista as possíveis restrições que podem ocorrer no plano fático³¹. Por isso, a eficácia da finalidade extrafiscal é fundamental para que se justifique a sua própria existência, sob pena de que esse tipo de justificativa sirva como uma autorização irrestrita para a adoção de medidas tributárias que se afastem da capacidade contributiva, sem, contudo, cumprirem seus objetivos de alterar o quadro social ou econômico vigente, o que pode transformá-las em medidas meramente arrecadatórias.

(280).

²⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 658.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. vol. 11, p. 241-271 (252).

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; RUBINSTEIN, Flávio. O fato gerador da CPMF e as operações alheias ao sistema financeiro. In: CÔELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Contribuições para a seguridade social*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 623-633 (629).

²⁸ Lang destaca que este princípio exige uma racionalidade na relação entre meio e fim (*Rationalität der Zweck-Mittel-Relation*): TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Steuerrecht*, 20. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2010, p. 127-128, § 4/209.

²⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitation*. Translated from the Hebrew by KALIR, Doron. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 131-132.

³⁰ MAURER, Hartmut. *Staatsrecht*. München: Beck, 1999, p. 234-236; BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitation*. Translated from the Hebrew by KALIR, Doron. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 303-370; TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Steuerrecht*, 20. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2010, p. 127-128, § 4/209-212.

³¹ TIPKE, Klaus. A necessidade de igualdade na execução das leis tributárias. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. vol. I, p. 362-373 (369).

As diferenciações, dessa forma, só são permitidas na medida em que promovam a igualdade. Deve haver, por isso, um controle permanente de eficácia da norma tributária extrafiscal. É nessa linha o exame feito por Ferraz, para quem a criação de incentivos diferentes no nível regional só seria justificada se estes atuassem, de fato, para a promoção da igualdade de desenvolvimento dessas regiões³². Nesse contexto, também adverte Fichera, que mesmo que o princípio da igualdade permita o tratamento diferenciado quando ligado a um critério afirmado por outra finalidade constitucionalmente prevista, ela não permite tratamentos diferenciados se este mecanismo não altera a desigualdade. A constatação da existência de desigualdades, ainda que justificadas, e o consequente tratamento diferenciado deve – necessariamente – levar à remoção dos obstáculos que se opõem à busca pela igualdade. Em outras palavras, a norma tributária indutora precisa trabalhar – de forma eficaz – na remoção dos obstáculos que determinam as situações de desigualdade³³. Por essa razão, os efeitos decorrentes das normas tributárias, especialmente das indutoras, não podem ser desconsiderados, sob o risco de que se editem normas com efeitos econômicos contrários à finalidade a que se propõe o Estado³⁴. Portanto, reconhecido na norma tributária seu efeito indutor sobre a ordem econômica e social, deve-se avaliá-la também sob esse prisma, já que essa escolha pode desrespeitar os demais princípios envolvidos, como a igualdade³⁵.

Considerando o objetivo delimitado deste trabalho e a concordância dos autores, dentre eles Schoueri, de ser o controle de proporcionalidade o critério mais relevante para o controle da norma tributária indutora (seja para controle de validade, seja para controle de eficácia), passa-se a analisar se o programa de incentivo para compra de veículos passa pelos testes inerentes à proporcionalidade.

3. A desproporcionalidade do programa de incentivo para compra de veículos

A utilização de mecanismo tributário para a indução do consumidor à aquisição de veículos automotores é medida adotada com frequência pelo Governo Federal para estímulo da economia. A título exemplificativo, em 2012, a partir da edição do Decreto n. 7.725/2012, reduziram-se as alíquotas de IPI incidentes sobre os automóveis exatamente para atingir essa mesma finalidade. Conforme aquele decreto, os automóveis de até 1.000 cilindradas teriam a alíquota do IPI reduzida de 37% para 30%. Para os carros de 1.000 a 2.000 cilindradas, a alíquota passou da variação de 41% até 43% para 35,5% até 36,5%. Já os utilitários comerciais tiveram a redução de 34% para 31%. Como anunciado pelo próprio governo à época, estas medidas “fazem parte de um conjunto de medidas

³² FERRAZ, Roberto. O princípio da capacidade contributiva na tributação ambientalmente orientada. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 517-562 (525).

³³ FICHERA, Franco. *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*. [s.l.]: Edizione Scientifiche Italiane, [s.d.], p. 110-111 e 130.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89.

³⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 139-164 (157).

de estímulo à economia brasileira, voltadas ao setor automotivo e à indústria de bens de capital³⁶. Trata-se, portanto, de prática normalizada em períodos de retração econômica, o que não significa necessariamente sua validade.

A aplicação do controle de proporcionalidade pressupõe a aplicação de três testes. O primeiro deles diz respeito à adequação da medida para a promoção dos fins visados. Aqui é preciso destacar que, de acordo com o texto aprovado na Medida Provisória e a sua própria exposição de motivos, seriam três os objetivos perseguidos pela norma tributária extrafiscal: (i) o aquecimento da economia por meio do aumento da venda de veículos automotores (“impactar positivamente a economia nacional com o aumento da produção de veículos no País”); (ii) o auxílio para a população de baixa renda para ter acesso à aquisição de veículos (“migração de consumidores de veículos usados, notadamente a população de renda mais baixa, que poderá optar pela aquisição de um veículo novo”); e (iii) o incentivo à diminuição dos impactos ambientais do uso de veículos, tendo em vista a substituição por veículos mais novos, menos poluentes (“favorecer o acesso da população a veículos novos ambientalmente sustentáveis”). Tal qual já mencionado, a apresentação dos resultados da medida depois de 30 dias de vigência demonstrou sua eficácia para a promoção da primeira dessas três finalidades, a saber, o incremento da venda de veículos no país, que se encontrava em um período de baixa demanda. Segundo os dados apresentados, “Em um único dia, em 30 de junho, foram 27 mil unidades. Nunca antes na história houve venda tão grande em um único dia”, disse Alckmin³⁷.

Assim, relativamente ao teste de adequação da medida, verificou-se a sua capacidade de incentivar o aumento no número de vendas de automóveis, fomentando, desta forma, a economia interna brasileira. Mas e as outras duas finalidades? O controle de proporcionalidade do programa dependeria ainda da sua capacidade de promover, de um lado, um auxílio à população de baixa renda, e uma melhora em indicadores ambientais pela substituição de veículos usados por veículos novos. Ainda que em tese, tendo em vista a falta de dados empíricos específicos sobre esses pontos, seria possível apontar a adequação da medida para atingir a esses propagados objetivos, utilizados para a sua justificação? A resposta parece negativa.

Primeiro, é forçada a afirmação de que a compra incentivada de veículos automotores de até R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) seja um benefício fiscal dirigido à população de baixa renda. Segundo dados do IBGE de 2019, 90% (noventa por cento) dos brasileiros têm renda inferior a R\$ 3,5 mil por mês (R\$ 3.422,00) e 70% ganham até R\$ 1.871,00³⁸. Evidente, portanto, que um benefício dirigido à compra de um bem de valor entre sessenta e cento e vinte mil reais não se dirige à população mais carente do país. E, segundo, relativamente à capacidade do programa de criar benefícios ambien-

³⁶ Notícia divulgada em 23 de maio de 2012 pelo “Portal do Planalto”, intitulada “Decretos anunciam redução do IPI sobre automóveis e utilitários e queda do IOF no crédito para pessoa física”. O tema foi enfrentado em: LEÃO, Martha. *Controle da extrafiscalidade*. São Paulo: IBDT, 2015, p. 191 e ss.

³⁷ Sobre o tema, vide: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/alckmin-descarta-renovacao-de-programa-de-descontos-para-carros-populares-125-mil-veiculos-foram-vendidos/>. Acesso em: 21 jul. 2023.

³⁸ IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf. Acesso em: 24 jul. 2023.

tais pela substituição por veículos novos ambientalmente sustentáveis, é preciso destacar que a medida exige o sucateamento apenas dos veículos de transporte de carga e de passageiros objetos do benefício: “art. 5º. Na aquisição de veículo novo para transporte de cargas ou de passageiros que cumpra o disposto nesta Medida Provisória, o consumidor fará jus a desconto patrocinado mediante a entrega à concessionária de veículo de mesma categoria [...] com data de emplacamento original superior a vinte anos”, sem que um requisito similar seja exigido na aquisição de veículos leves: “art. 3º. Na aquisição de automóvel ou veículo comercial leve sustentável novo que cumpra o disposto nesta Medida Provisória, o consumidor fará jus a desconto patrocinado, observado o limite de disponibilidade de recursos de que trata o art. 14”. Isso significa dizer que não é verdadeira a afirmação de que a medida necessariamente levaria à inutilização de veículos usados, mais potencialmente danosos ao meio ambiente, porquanto a aquisição de carros leves novos apenas leva à nova inclusão de um veículo no mercado, sem o descarte necessário do anterior.

Nesse contexto, é preciso considerar ser bastante questionável a capacidade de que um benefício fiscal direcionado à compra de veículos particulares, ainda que movidos também por etanol, seja considerada como uma medida adequada para a promoção de finalidades ambientais. Trata-se de medida de incentivo à compra de automóveis em um país já fortemente marcado pelos problemas de esgotamento das vias de tráfego e de necessidade iminente de investimento em meios de transporte públicos, esses sim, capazes de atenuar as questões ambientais inerentes ao uso excessivo de veículos particulares. Nesse sentido, ao contrário de se mostrar uma medida *adequada* para a promoção de um fim ambiental, a medida anda em direção diametralmente oposta, contrariando o uso de mecanismos tributários para alcançar medidas de maior proteção ambiental no que se convencionou chamar de “ecologização” do Direito Tributário, marcada atualmente por uma política ambiental que clama pela oneração das atividades que poluem ou trazem prejuízos ambientais – e não mais pela mera premiação daqueles que contribuem para a sua proteção. Reconhece-se assim a existência de um custo, conhecido como fator ambiental, que deve ser custeado por quem faz uso desse bem público³⁹. A proteção ao meio ambiente é, de fato, um campo fértil para o emprego das normas tributárias indutoras, já que se permite essa internalização dos custos ambientais⁴⁰. Isso seria feito por meio do princípio do poluidor-pagador, que se resume na ideia de que aquele que causa danos ao meio ambiente deve suportar economicamente tanto os custos para a recuperação ambiental quanto as perdas sofridas pela coletividade. Noutro dizer, a função dos tributos ecologicamente orientados é precisamente internalizar os custos ambientais, acrescentando ao valor de cada bem ou mercadoria o custo que seu consumo representa em termos ambientais⁴¹. O incentivo fiscal para aquisição de veícu-

³⁹ ADAMY, Pedro. Instrumentalização do direito tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do direito tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 301-329 (321).

⁴⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 97.

⁴¹ FERRAZ, Roberto. O princípio da capacidade contributiva na tributação ambientalmente orientada. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 517-562 (546-547); OLIVEIRA, José Marcos Domingues de.

los particulares contraria diametralmente esta política, mostrando-se, nesse sentido, inadequado para atingir este fim específico.

Logo, do ponto de vista do critério da adequação, pode-se afirmar que o programa de incentivo à aquisição de veículos é uma medida adequada para a promoção do fim de aquecimento da economia por meio do aumento da venda de veículos automotores, porém inadequada para a promoção dos fins de auxílio à população de baixa renda e de incentivo à diminuição dos impactos ambientais do uso de veículos, tendo em vista a substituição por veículos mais novos, menos poluentes. Vale dizer que, mesmo considerando apenas seus efeitos, seria possível asseverar que a medida se mostrou eficaz para o aumento do número de aquisições de veículos durante a sua vigência, ainda que não fosse possível fazer considerações sobre os outros efeitos extrafiscais perseguidos.

Com relação ao critério da necessidade, seria preciso examinar se não haveria outras medidas adequadas para alcançar os fins almejados pelo programa que restringiriam em menor medida os direitos fundamentais envolvidos. Do ponto de vista do objetivo de aumento das vendas de veículos para aquecimento da economia, pode-se dizer que ela é necessária, porque é medida benéfica, que reduz a carga tributária, sem agravar com isso a condição dos contribuintes diretamente envolvidos. Mesmo assim, deve-se destacar que a compensação financeira para a criação desse benefício fiscal envolve a “recomposição parcial das alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes em operações no mercado interno e nas importações de óleo diesel e de biodiesel” (item 13 da Exposição de Motivos), o que poderia ensejar a discussão se não haveria outros meios adequados de impulsionar o mercado automotivo que não envolvesse o aumento de carga tributária para o óleo diesel e o biodiesel, em prejuízo desse segmento econômico. Além disso, tal qual no critério anterior, de adequação, a aplicação deste critério aos outros dois fins visados encontra maiores dificuldades. Não parece difícil encontrar outras medidas efetivamente adequadas para a promoção do fim de beneficiar a parcela mais carente da população e de promover o meio ambiente, que não envolvam a concessão de um tratamento tributário privilegiado para a compra de veículos automotores (também individuais) entre sessenta e cento e vinte mil reais.

O maior problema, porém, encontra-se quando se examina a medida de concessão de descontos para aquisição de veículos automotores a partir do critério da proporcionalidade em sentido estrito. Tal exame pressupõe a análise conjuntural da medida, para que se verifique se ela não produz mais malefícios do que benefícios quando considerados os princípios envolvidos em sua edição. Logo, a análise conjunta da medida a partir da perspectiva não apenas econômica para fins de impulsionamento da indústria automotiva, mas também político-social (de benefícios fiscais dirigidos à população com capacidade econômica para compra desse tipo de bem de alto valor) e ambiental (de receitas tributárias sendo dirigidas à finalidade diametralmente oposta de desestímulo ao uso de veículos individuais), revela a sua desproporcionalidade em sentido estrito.

Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita. 2. ed. revista e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 20-21. Sobre o tema, vide também: MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. Rumo à extrafiscalidade socioambiental: tributação diante do desafio social e ambiental contemporâneo. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst., 2011, p. 170-199.

Veja-se que sua eficácia em fomentar o mercado interno brasileiro, manter os empregos vinculados à indústria automobilística e permitir o acesso maior de brasileiros a estes bens certamente não pode ser ignorada. Ao mesmo tempo, porém, não se pode desconsiderar os problemas de tráfego e de meio ambiente envolvidos em medidas como esta, que são contrárias à necessidade de se incentivar o uso de meios de transporte coletivos, em detrimento dos veículos individuais, havendo inclusive medidas específicas para coibir este uso, como o regime de rodízio de veículos no Município de São Paulo. Sob este ponto de vista, talvez incentivos para a indústria vinculados tão somente aos automóveis coletivos, com a exigência de sucateamento dos veículos substituídos, assim como para a infraestrutura de tráfego no Brasil, ainda que trouxessem benefícios menos expressivos em números imediatos para a economia brasileira, seriam mais proporcionais com relação aos benefícios de longo prazo e aos malefícios produzidos. Diante dessas questões, não nos parece que o caminho simplista da desoneração sobre a compra de automóveis seja a melhor opção, ainda que se mostre capaz de gerar uma resposta rápida com relação aos números da economia – tal qual efetivamente verificado no caso aqui examinado.

Conclusões

As considerações anteriores permitem afirmar que o tributo é um mecanismo eficaz de intervenção social para atingir finalidades econômicas, sociais e ambientais, o que não significa dizer que a existência de fins legítimos e de eficácia indutora em normas tributárias seja suficiente para a sua validação enquanto medida governamental. Apesar de ser instrumento estatal para a realização das finalidades públicas, o tributo não é o único mecanismo de intervenção econômica, social e ambiental e não pode ser visto como a solução ideal em todos os casos.

Nesse contexto, o presente trabalho teve a intenção de contribuir para esse debate do ponto de vista jurídico, por meio do exame da proporcionalidade da medida adotada pelo Poder Executivo para aquisição de veículos por meio da concessão de benefícios fiscais. Nada obstante não se trate de medida inovadora, a falta de controle sobre esse tipo de programa ratifica a necessidade de retorno à matéria, reconhecendo-se que não se pode implicar da liberdade de concessão de benefícios fiscais a autorização para que isso seja feito de qualquer forma.

Fundamentos Constitucionais do Dever de Observância das Decisões do Poder Judiciário pelos Tribunais Administrativos

Pedro Adamy

“A liberdade, pois, já não é ‘para’ o indivíduo ou ‘para’ o Estado. Os fins do Estado se concretizam pela realização do indivíduo. Este assume seu papel na Sociedade e espera do Estado que se ofereçam condições para que sejam atingidos os fins públicos. [...]”

Eis o desafio que se impõe ao jurista que ‘leva, sempre no peito, a chama da liberdade’: é a ele que fica reservado o papel de, visando a atingir as aspirações do texto constitucional de 1988, conciliar o alto custo da carga tributária, inclusive do atendimento às exigências formais, com a reivindicação, pela sociedade civil, de maior espaço para o exercício coletivo da liberdade. O tributo justifica-se como instrumento para a expansão da liberdade, não para sua restrição. Uma urgente reflexão acerca do adequado preço da liberdade aparecerá, mandatoriamente, na ordem do dia.⁴²

Sobre esta merecida homenagem

Lembro como se fosse hoje. O nervosismo. A noite mal dormida por conta da antecipação. A ansiedade. Uma mistura de sentimentos que antecedem um momento que não se vivenciou antes. Minha banca de mestrado iniciaria às 08:30 da manhã. O primeiro arguidor seria o Professor Luís Eduardo Schoueri, seguido do Professor Ingo Sarlet, e do saudoso Professor Almiro do Couto e Silva. Após as formalidades de praxe, meu orientador, Professor Humberto Ávila, passou a palavra ao Professor Schoueri para que iniciasse a sua já temida arguição.

Mantenho as anotações até hoje. Ao todo, foram 24 intervenções com perguntas, objeções e críticas em sua arguição. Fora os comentários sobre os erros de digitação, de formatação, e outros equívocos formais presentes em todo e qualquer trabalho acadêmico. Este episódio demonstra a seriedade acadêmica do nosso homenageado, que – ao contrário de muitos – lê os trabalhos que examina com atenção e denodo.

Outro episódio que demonstra o comprometimento e a dedicação do Professor Schoueri ocorreu durante meu doutorado na Alemanha. Em uma das minhas vindas ao Brasil, escrevi ao Professor Schoueri que estaria em São Paulo por alguns dias. Ele prontamente respondeu, e, na semana seguinte, me recebeu em seu escritório, onde ficamos conversando e debatendo o tema de minha tese por uma manhã inteira. Mesmo sem ser meu orientador, o Professor Schoueri dedicou horas de sua atribulada agenda para aten-

⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFACIO, Artur Cortez (org.). *Novas tendências do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 495 e 499.

der aquele estudante gaúcho que enfrentava as dificuldades impostas pelas universidades alemãs que ele também conhecia.

Por isso, e por muito mais, depois de tantos anos de convívio, de admiração e embates na tradicional Mesa de Debates do IBDT, é para mim uma enorme alegria e profunda honra poder homenagear o Professor Luís Eduardo Schoueri.

I. Introdução

Muito se tem discutido sobre a aplicação das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria tributária por Tribunais Administrativos. O tema se torna ainda mais relevante diante da quantidade de decisões que o Supremo Tribunal Federal vem tomando que alteram substancialmente o panorama jurisprudencial fixado tanto pelo próprio Supremo quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. Da mesma forma, a atuação dos Tribunais Administrativos vem sendo objeto de escrutínio doutrinário pela importância que a jurisdição ganhou nos últimos anos.

Tais decisões, pela sua importância e inovação na ordem jurídica, portanto, afetam, direta e indiretamente, a jurisdição administrativa em matéria tributária. Em virtude disso, cresce em relevância a relação de subordinação ou de autonomia da jurisdição administrativa com relação às decisões definitivas tomadas pelo Poder Judiciário. Com efeito, a relação entre a jurisprudência judicial e a administrativa já foi objeto de muitos artigos e debates ao longo dos anos. Não se trata, como é sabido, de um problema de fácil resolução.

O objeto do presente artigo é determinar os fundamentos constitucionais que embasam o dever de os Tribunais Administrativos observarem a jurisprudência fixada pelo STF e pelo STJ. É o que se passa a demonstrar, da maneira mais objetiva possível.

II. Segurança jurídica

“O contribuinte que seguisse critérios apontados em decisões administrativas logo se via surpreendido por novas exigências e pelo abandono dos elementos que antes se apontavam como fundamentais.”⁴³

A Constituição Federal determinou a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ao primeiro, compete a guarda da Constituição e a interpretação do texto constitucional por meio das ações constitucionais e dos recursos extraordinários. Ao segundo compete a interpretação da legislação federal, bem como o controle por meio de recurso especial. Ambos possuem, em diferentes medidas, a competência para a decisão final em suas respectivas competências, conferindo unidade e coerência ao ordenamento jurídico por meio de suas decisões.

Como tribunais que detêm a competência para as decisões finais sobre os casos colocados sob sua jurisdição, e pela sistemática constitucional de atribuir, a determinados casos efeitos diferenciados – como, por exemplo, a repercussão geral, da súmula

⁴³ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo. As vicissitudes do tratamento do ágio na jurisprudência administrativa. *Direito tributário – os 30 anos do sistema tributário nacional na Constituição – estudos em homenagem a Ricardo Lobo Torres*. Recife: Ed. dos Organizadores, 2018, p. 341.

vinculante, dos precedentes qualificados – as decisões tanto do STF quanto do STJ têm caráter vinculante, tornando-se jurisprudência dominante e de observância obrigatória em todo o território nacional.

A harmonização entre as decisões desses tribunais e as proferidas pelos Tribunais Administrativos é essencial para evitar contradições, instabilidade e insegurança jurídica. Quando os Tribunais Administrativos não observam a jurisprudência dos tribunais superiores, podem surgir disputas e litígios prolongados, onerando o administrado, a Administração, o que acaba por prejudicar tanto o indivíduo quanto o Estado.

A harmonização entre as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e as proferidas pelos julgadores na jurisdição administrativa é fundamental para garantir a estabilidade e a previsibilidade no âmbito jurídico, especialmente em questões tributárias. Quando estes últimos não levam em consideração a jurisprudência dos tribunais superiores, isso pode resultar em situações em que o contribuinte se encontra diante de interpretações conflitantes da lei, levando a uma incerteza considerável sobre a conduta a ser tomada.

Tais disputas prolongadas e a insegurança jurídica que delas decorre são prejudiciais tanto para os contribuintes quanto para a administração fiscal. Os contribuintes podem se ver envolvidos em litígios dispendiosos e demorados, impactando suas operações comerciais e financeiras. Por outro lado, a administração fiscal também sofre as consequências, já que recursos valiosos são alocados para a resolução de disputas que poderiam ser evitadas se houvesse uma maior harmonização entre as decisões dos Tribunais Administrativos e dos tribunais superiores.

Além disso, a falta de uniformidade na interpretação das leis tributárias pode minar a confiança no sistema jurídico, desencorajando investimentos e prejudicando o ambiente de negócios. Empresas e investidores buscam ambientes jurídicos estáveis e previsíveis para conduzir suas atividades econômicas, e a inconsistência nas decisões prejudica a imagem do Brasil como um destino confiável para investimentos.

Portanto, é fundamental que os Tribunais Administrativos estejam alinhados com as decisões dos tribunais superiores, garantindo que a jurisprudência dominante seja observada e que as disputas tributárias sejam resolvidas de maneira eficaz e justa. Isso promoverá a segurança jurídica, reduzirá litígios desnecessários e contribuirá para um ambiente de negócios mais favorável ao crescimento econômico e ao desenvolvimento do país.

III. Legalidade

“Importa, daí, exigir o imediato retorno às raias da legalidade, afastando favores que não tenham base em lei com a mesma veemência com que se repudiaram tentativas de se instituírem tributos sem lei. Somente desse modo se assegurará a preservação do próprio Estado de Direito.”⁴⁴

⁴⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296. (utiliza-se a 1ª edição, e não a 12ª edição, mais atual, para demonstrar que as ideias do autor já estavam sedimentadas desde a primeira redação de seu *Curso de Direito Tributário*).

“A legalidade, traço fundamental de um Estado de Direito, não é menos relevante em matéria tributária, por revelar, enquanto valor, a necessidade de que aqueles que suportarão a carga tributária sejam consultados a seu respeito.”⁴⁵

“Isso porque, quando ausentes balizas legais que norteiem a atuação da Administração, seus atos passam a basear-se, exclusivamente, em juízos de discricionariedade os quais, seguramente, não são aceitos pela legalidade tributária.”⁴⁶

A relação entre a legalidade, aplicável à Administração Pública, e o dever de observar as decisões do Poder Judiciário nos Tribunais Administrativos é fundamental para garantir o Estado de Direito e a harmonia entre os poderes. O princípio da legalidade é um dos pilares do ordenamento jurídico, que exige que a Administração Pública atue de acordo com a lei em todas as suas ações, incluindo e de forma muito especial, na jurisdição exercida pela Administração Pública. Isso significa que a atuação do Estado deve ser estritamente regulada pela legislação vigente, garantindo-se a previsibilidade e a segurança jurídica nas relações entre a administração e os cidadãos.

Os Tribunais Administrativos desempenham um papel crucial na aplicação desse princípio, pois são responsáveis por revisar as ações da Administração Pública à luz da legislação vigente. No entanto, essa revisão não ocorre em um vácuo legal. Com efeito, os Tribunais Administrativos estão vinculados à lei e à interpretação da lei conferida pelos tribunais do Poder Judiciário.

A afirmação anterior pode parecer um truísmo, mas carrega em sua simplicidade um conteúdo de extrema relevância. Assim é que, tanto a interpretação da Constituição quanto a interpretação da lei, em última instância, compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Por isso, uma vez fixada a interpretação pelos tribunais competentes para tanto, a jurisdição administrativa deve obediência àquela interpretação fixada. Descumprir esse mandamento é, a um só tempo, descumprir a forma de organização determinada pela Constituição e a legalidade, princípio informador de toda a atuação administrativa. E isso por diferentes razões.

Em primeiro lugar, a vinculação à lei assegura que as decisões dos Tribunais Administrativos sejam consistentes com a legislação em vigor, evitando arbitrariedades e excessos por parte da Administração Pública. Isso contribui para a proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, bem como para a manutenção da ordem jurídica. Como afirma o homenageado, a legalidade em matéria tributária determina o fato de que “as autoridades administrativas estejam vinculadas, em sua atuação, à legislação tributária, bem como a obrigatoriedade, implicando o dever de a administração cobrar o tributo nascido com a lei.”⁴⁷

⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. A legalidade e o poder regulamentar do Estado: atos da administração como condição para aplicação da lei tributária. In: PARISI, Fernanda; TÔRRES, Heleno; MELO, José Eduardo Soares de. *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 214.

⁴⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; LAVEZ, Rafael. Planos de Opções de Ações (*Stock Option Plans*) na jurisprudência do Carf: uma típica questão de legalidade em matéria tributária. In: GOMES, Marcus Livio; ROCHA, Sergio André. *Planejamento tributário sob a ótica do Carf: análise de casos concretos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 256.

⁴⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

Em segundo lugar, a vinculação à interpretação da lei conferida pelos tribunais do Poder Judiciário é necessária para garantir a uniformidade na aplicação da lei em todo o sistema jurídico. Os tribunais do Poder Judiciário têm a autoridade e a expertise para interpretar a lei de maneira consistente e coerente, e essa interpretação deve ser seguida pelos Tribunais Administrativos para evitar discrepâncias e contradições na jurisprudência.

Em terceiro lugar, a vinculação à interpretação judicial da lei é a preservação da independência e separação dos poderes. Os Tribunais Administrativos fazem parte do Poder Executivo e, portanto, devem se submeter à autoridade dos tribunais do Poder Judiciário, que têm a função de interpretar e aplicar a lei de forma imparcial e independente.

Em quarto lugar, a vinculação à interpretação dos tribunais do Poder Judiciário contribui para a estabilidade das decisões judiciais. Quando os Tribunais Administrativos seguem a interpretação da lei conferida pelo Poder Judiciário, isso evita conflitos e disputas desnecessárias sobre a legalidade das ações da Administração Pública.

Em suma, a relação entre a legalidade, o princípio da legalidade e o dever de observar as decisões do Poder Judiciário nos Tribunais Administrativos é essencial para a manutenção do Estado de Direito, a proteção dos direitos dos cidadãos e a garantia da uniformidade e estabilidade na aplicação da lei. Essa relação assegura que a Administração Pública atue dentro dos limites legais e que os cidadãos tenham confiança na imparcialidade e na justiça do sistema jurídico.

IV. Igualdade

“Não convive com a ideia de justiça que se discriminem situações equivalentes sem que haja razão que justifique o tratamento diferenciado. Esse preceito encontra-se no Princípio da Igualdade, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos modernos, positivado, no Brasil, no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.”⁴⁸

A observância das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais Administrativos contribui significativamente para promover a igualdade entre os cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário e aqueles que recorrem aos julgamentos perante a jurisdição administrativa. A concretização da igualdade é, em grande medida, uma das principais consequências da observância da jurisprudência do Poder Judiciário pelos Tribunais Administrativos. Quanto mais alinhados, quanto mais uníssonas as jurisprudências judicial e administrativa, maiores as chances de haver tratamento equivalente entre os administrados e contribuintes que optam por levarem seus casos para as diferentes instâncias de julgamento. Em sentido oposto, quanto maiores as divergências entre a jurisdição administrativa com relação aos julgamentos terminativos do Poder Judiciário, maiores as chances de haver casos semelhantes com decisões contraditórias, causando desigualdade entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. E isso em virtude de diferentes fundamentos.

Em primeiro lugar, quando os Tribunais Administrativos observam as decisões do STF e do STJ, evitam-se discrepâncias e contradições na interpretação da lei e na aplica-

⁴⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

ção do direito pela Administração Pública. Isso significa que os cidadãos terão um tratamento uniforme, independentemente de recorrerem aos Tribunais Administrativos ou ao Poder Judiciário, reduzindo a incerteza e a insegurança jurídica.

Em segundo lugar, a coesão entre as jurisprudências judicial e administrativa contribui para a estabilidade do sistema jurídico, o que é crucial para a previsibilidade das decisões judiciais. Quando há conflitos entre a jurisprudência dos Tribunais Administrativos e a dos tribunais superiores, os administrados podem enfrentar resultados diferentes para casos semelhantes, o que mina a confiança no sistema de justiça e gera desigualdades entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.

Dessa forma, a harmonização, a coerência e a consistência das decisões dos Tribunais Administrativos com as dos tribunais superiores é essencial para promover a igualdade, a estabilidade e a eficácia do sistema jurídico e administrativo. Essa prática contribui para garantir que todos os cidadãos sejam tratados de forma justa e consistente perante a lei, fortalecendo assim a confiança na justiça e na Administração Pública.

Em terceiro lugar, a observância da jurisprudência judicial pelos Tribunais Administrativos também impede que certos grupos de cidadãos sejam beneficiados ou prejudicados de forma indevida. Quando a jurisprudência judicial é seguida de maneira consistente, evita-se que decisões arbitrárias ou tendenciosas afetem desproporcionalmente determinadas classes de contribuintes. Com efeito, não é desconhecida a forma de atuação de grupos de pressão de forma que, sempre que houver espaço para que não se observe a jurisprudência judicial em julgamentos na jurisdição administrativa, corre-se o risco de haver prejuízo às parcelas menos favorecidas da sociedade, que, como se sabe, não possuem poder de influenciar como atores com mais recursos.

Em quarto lugar, a aplicação não uniforme da jurisprudência judicial pelos Tribunais Administrativos apenas afeta os cidadãos, mas também pode prejudicar a eficiência da Administração Pública. A uniformidade na aplicação da lei simplifica o trabalho dos órgãos de julgamento administrativos e reduz a possibilidade de litígios desnecessários, beneficiando a eficiência e a economicidade da administração e da jurisdição administrativa.

Com base nas considerações anteriores, resta evidente que os Tribunais Administrativos devem, por força do mandamento da igualdade, e com vistas à sua observância e concretização, reconhecer e respeitar as decisões tomadas pelos tribunais competentes para a interpretação da Constituição e da legislação, respectivamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

V. Eficiência

A observância das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais Administrativos revela ser uma fonte potencial de (in)eficiência para a jurisdição administrativa. Com efeito, a eficiência é princípio constitucional expresso, que vincula e determina a atuação da Administração Pública em todas as suas facetas, incluindo a jurisdição administrativa em matéria tributária.

Em primeiro lugar, ocorre incremento da eficiência administrativa pela redução da judicialização das demandas solucionadas em âmbito administrativo. Quando os Tribunais Administrativos decidem seguir a jurisprudência do STF e do STJ, eles estão

aplicando a interpretação mais aceita e consolidada para os casos que estão sob seu cuidado. Como consequência, há uma diminuição de que os administrados busquem a via judicial para obter uma decisão favorável, uma vez que podem confiar na consistência e coerência das decisões administrativas com relação às decisões dos Tribunais Superiores. Como se sabe, a judicialização excessiva é um problema que sobrecarrega os tribunais e atrasa a resolução de litígios⁴⁹.

Em segundo lugar, ocorre um aumento na confiança e na autoridade das decisões administrativas. Quando os Tribunais Administrativos observam as decisões dos tribunais superiores, as partes envolvidas têm mais confiança nas decisões administrativas. Isso ocorre porque a jurisprudência dos tribunais superiores é considerada de alto valor jurídico e tem um peso considerável em qualquer disputa, especialmente as disputas tributárias. A aceitação das decisões administrativas como definitivas promove a estabilidade e a previsibilidade no sistema tributário. Caso as decisões dos Tribunais Administrativos sejam constantemente reformadas e alteradas por decisões judiciais, a consequência direta é que os administrados passam a considerar as decisões dos Tribunais Administrativos como meras etapas formais que deverão ser necessariamente levadas ao Poder Judiciário.

Em terceiro lugar, a observância das decisões do STF e do STJ pelos Tribunais Administrativos tende a acelerar a resolução de conflitos tributários. Como as partes estão mais inclinadas a aceitar as decisões administrativas alinhadas com a jurisprudência consolidada, os processos na jurisdição administrativa podem ser resolvidos de maneira mais eficiente. Isso é benéfico tanto para os contribuintes quanto para a administração tributária, uma vez que permite que as questões sejam resolvidas de forma mais célere e com maior autoridade das decisões administrativas.

Em quarto lugar, a redução da judicialização de questões tributárias alivia a sobrecarga do Poder Judiciário. O sistema judiciário já enfrenta uma carga de processos significativa e, ao evitar que disputas tributárias cheguem aos tribunais, ele pode se concentrar em casos de maior complexidade ou casos em matérias que não possuem uma jurisdição administrativa tão desenvolvida ou com qualidade tão elevada quanto a jurisdição administrativa em matéria tributária. Isso contribui para a eficiência do sistema judiciário como um todo.

Em quinto lugar, ao seguir a jurisprudência dos tribunais superiores, os Tribunais Administrativos contribuem para a consistência e a uniformidade na aplicação da legislação tributária em todo o país. Como é sabido, os administrados costumam orientar suas condutas levando em consideração as decisões tomadas pela Administração Pública. Dessa forma, sempre que os tribunais da jurisdição administrativa tomam decisões consentâneas com as decisões definitivas do Poder Judiciário, aumenta-se a autoridade dos Tribunais Administrativos, que podem ser usados como guia confiável da forma de atuação futura da Administração.

⁴⁹ Sobre o tema, é indispensável mencionar o artigo do homenageado sobre a desjudicialização do planejamento tributário provocado pela instituição excessiva de programas de parcelamento tributário. O insight do Professor Schoueri demonstra que, em alguns casos, o apelo ao Poder Judiciário é um importante instrumento de desenvolvimento do direito tributário. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Refis e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 232. São Paulo: Dialética, 2015, p. 103-115.

As considerações acima demonstram que a harmonização das decisões dos Tribunais Administrativos com a jurisprudência dos tribunais superiores traz benefícios que vão desde a redução da sobrecarga do sistema judiciário até a promoção da previsibilidade e eficiência no sistema tributário brasileiro. Isso ajuda a construir um ambiente mais favorável para os contribuintes e para a administração tributária, além de fortalecer o Estado de Direito no país.

VI. Um exemplo concreto: o Decreto n. 2.346/1997

Não bastassem os fundamentos constitucionais analisados nos itens anteriores, o próprio ordenamento jurídico indica a solução para o problema na esfera federal. Com efeito, o Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, ainda em vigor e, portanto, vinculante para a Administração Pública federal, determina que as decisões fixem “de forma inequívoca e definitiva” a interpretação do texto constitucional. Veja-se:

“Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.”

Note-se que o Decreto, que “consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais”, não exige o trânsito em julgado para a vinculação da Administração Pública às decisões do STF. Assim, o Decreto não faz qualquer menção ao trânsito em julgado como requisito essencial para a observância das decisões pela Administração Pública, que, por razões óbvias, compreende também a faceta julgadora do Poder Executivo.

Tem-se, portanto, que, pelo menos na esfera federal, existe vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem de forma inequívoca e definitiva, a interpretação de determinada disposição legal com base na Constituição. Devem-se rechaçar todas as tentativas de criar requisitos não previstos no Decreto acima transcrito, e que exigem trânsito em julgado como requisito para a aplicação das decisões do Supremo Tribunal Federal aos processos administrativos.

Em virtude da inafastabilidade da apreciação judicial, decisões que não aplicam interpretação terminativa do STF sob o argumento de que ainda não ocorreu o trânsito em julgado incentivam e estimulam a judicialização, empurrando ainda mais contribuintes para o Poder Judiciário, em questões para as quais a resposta do Supremo Tribunal Federal não pode ser mais, em seu mérito, alterada. Dessa forma, em casos nos quais ainda houver recurso cabível – em grande medida, embargos de declaração – mas que não tem o condão de alterar o julgamento de mérito da questão, devem os Tribunais Administrativos federais se curvarem à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de descumprimento dos mandamentos constitucionais acima analisados, bem assim do Decreto n. 2.346/1997.

VII. Conclusão

“Duas são as formas de se tolher a liberdade. A primeira, mais primitiva, dá-se por vias escancaradas, tomando-a abertamente e garantindo, pelo emprego da força,

que os oprimidos continuem inaptos a contestar. A segunda, não menos danosa, vale-se de doses imperceptíveis de pequenos abusos – furtos de liberdade, por assim dizer – que, apesar de ocorrerem sucessivamente, devido a sua sutileza, ou passam despercebidos, ou são desprezados. [...]

A suave perda da liberdade vai, assim, se concretizando, sem que a sociedade diga algo. O risco é que, no momento em que se notar o que se perdeu, justamente por não ter dito nada, já não se possa dizer mais nada.”⁵⁰

Como acima demonstrado, a Constituição determinou um dever de a Administração Pública observar as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

A coerência e a harmonia na aplicação da lei pelos Tribunais Administrativos contribuem para a construção de um sistema jurídico seguro e confiável. A confiança na Administração Pública é um elemento-chave para atrair investimentos e fomentar o desenvolvimento econômico. Quando os Tribunais Administrativos seguem a jurisprudência dos tribunais superiores, isso fortalece a reputação do sistema judicial brasileiro, tornando-o mais atraente para investidores nacionais e estrangeiros.

Importante destacar que a observância da jurisprudência não impede a evolução do direito. Os tribunais superiores têm a prerrogativa de revisar suas próprias decisões, adaptando-se às mudanças na sociedade e nas necessidades jurídicas. No entanto, essa evolução deve ocorrer de maneira ordenada e controlada, evitando rupturas abruptas que possam gerar confusão e insegurança. Nesse sentido, os Tribunais Administrativos desempenham um papel crucial ao acompanhar e aplicar as mudanças na jurisprudência dos tribunais superiores, garantindo a continuidade e a coerência do sistema jurídico.

Aprofundando a análise da relação entre a observância da jurisprudência judicial pelos Tribunais Administrativos e o tratamento igualitário aos cidadãos, é fundamental destacar que essa prática também promove a segurança jurídica. Quando os Tribunais Administrativos observam as decisões dos tribunais superiores, estabelece-se um ambiente no qual as pessoas têm maior clareza sobre seus direitos e obrigações perante a legislação tributária. Isso é crucial para que os cidadãos possam planejar suas ações e tomar decisões informadas.

Outro aspecto relevante é a redução do custo para os cidadãos. Quando há divergências entre as jurisprudências, os litigantes podem ser forçados a recorrer a múltiplas instâncias judiciais, o que gera custos significativos. Portanto, a uniformidade na interpretação da lei pelos Tribunais Administrativos e pelo Poder Judiciário contribui para minimizar impactos negativos que afetam de maneira substancial os administrados e pode, em última análise, afetar negativamente sua tomada de decisão.

Por fim, a observância da jurisprudência pelos Tribunais Administrativos desempenha um papel fundamental na promoção da igualdade, da segurança jurídica, da eficiência e da confiança no sistema de justiça e na Administração Pública. Essa prática é essencial para garantir que todos os cidadãos sejam tratados de forma justa e igualitária perante a lei, independentemente de onde recorram em busca de justiça.

⁵⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. A suave perda da liberdade. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 18. São Paulo, 2004, p. 7 e 10.

Encerra-se este breve escrito de homenagem com as palavras do próprio homenageado, analisando a jurisprudência do Carf, mas aplicável à integralidade dos tribunais da jurisdição administrativa em matéria tributária:

“O atual estágio da jurisprudência do Carf, repleta de conceitos, critérios e parâmetros contraditórios entre si, com a modificação das premissas de autuações em diferentes períodos com relação ao mesmo contribuinte, também serve de firme indicativo de que a tributação desprovida de bases legais acaba por infirmar a própria segurança jurídica, na medida em que afastam a confiabilidade e a previsibilidade do próprio ordenamento jurídico. Ora, ausentes as balizas na lei ordinária, a Administração se vê livre para aplicar os critérios que bem lhe aprouverem, não sendo demasiado constatar que, a cada autuação sofrida com base em planos de opções de ações, pode-se ter uma nova surpresa por parte do contribuinte: novos argumentos, fundamentos, critérios e parâmetros. Perde-se, assim, a estabilidade do próprio direito e, mais importante, a possibilidade de que os administrados possam antever e calcular os efeitos (tributários) decorrentes dos atos praticados no exercício de sua autonomia privada.”⁵¹

Nada mais precisa ser dito.

⁵¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; LAVEZ, Rafael. Planos de Opções de Ações (*Stock Option Plans*) na jurisprudência do Carf: uma típica questão de legalidade em matéria tributária. In: GOMES, Marcus Livio; ROCHA, Sergio André. *Planejamento tributário sob a ótica do Carf: análise de casos concretos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 257.

A Distribuição de Lucro *in Natura* entre Fundos de Investimento Imobiliário

Ricardo Lacaz Martins

Patricia Martinuzzo

1. Introdução

Imagine que um primeiro Fundo de Investimento Imobiliário (“FII-Superior”) detém cotas de um segundo FII (“FII-Intermediário”), que por sua vez detém cotas de um terceiro FII (“FII-Inferior”). O FII-Intermediário pretende distribuir lucro *in natura* por meio da entrega de cotas do FII-Inferior para o FII-Superior. O presente artigo buscará demonstrar a possibilidade e os efeitos de o FII-Intermediário entregar as cotas do FII-Inferior como lucro *in natura* para o FII-Superior, assim como a necessidade de o FII-Superior computar as cotas do FII-Inferior na apuração do seu lucro sujeito à distribuição semestral obrigatória.

Para isso, serão feitas referências à Receita Federal do Brasil (“RFB”), à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”), ao Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), à Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), à Superintendência de Relações com Investidores Institucionais (“SIN”), à Superintendência de Normas Contábeis e de Auditoria (“SNC”), ao Comitê de Pronunciamentos Contábeis (“CPC”), à Demonstração de Resultados do Exercício (“DRE”), à Demonstração de Fluxo de Caixa (“DFC”), ao Balanço Patrimonial (“BP”), ao Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”) e às bolsas de valores ou mercado de balcão organizado (“B3”).

2. O pagamento de lucro *in natura* por FII

É possível ao FII-Intermediário distribuir lucro *in natura*? Não incide IRRF sobre o lucro *in natura* distribuído pelo FII-Intermediário ao FII-Superior, se o FII-Intermediário tiver suas cotas admitidas à negociação exclusivamente na B3? Há algum precedente sobre este tema? Esta primeira seção do presente artigo será dedicada a justificar a resposta afirmativa para essas três perguntas.

2.1. A possibilidade de distribuição de lucro *in natura* em geral

A distribuição de lucro *in natura* é temática que já foi analisada pela CVM em relação às companhias abertas em pelo menos três oportunidades: o caso do Banco Mercantil em 1983, o caso do Banco Boavista em 1987 e o caso da General Shopping em 2019.

Em 1983, a CVM analisou o caso do Banco Mercantil, cujo Conselho de Administração havia deliberado a distribuição de dividendos extraordinários em ações da subsidiária integral de capital fechado denominada Pevê Prédios¹⁻². Prevaleceu o entendi-

¹ Parecer/CVM/SJU n. 3, de 11 de janeiro de 1983, do Memo/SEP n. 131/1982.

² Parecer/CVM/SJU n. 74, de 26 de julho de 1983, do Memo/SEP n. 42/1983.

mento de que o pagamento de dividendos em bens não pecuniários deveria ser objeto de cláusula estatutária específica e minuciosa, dispondo inclusive quanto ao órgão societário competente para deliberar sobre a matéria em cada exercício, bem como quanto aos bens do ativo passíveis de distribuição e aos parâmetros a serem observados nas deliberações, a fim de evitar o arbítrio da maioria ou dos administradores. Na ausência de disposição do estatuto, o pagamento de dividendos em bens não pecuniários dependeria da concordância expressa dos acionistas individualmente, observado o tratamento equitativo a todos os acionistas.

No entanto, embora esse entendimento tenha prevalecido, houve divergência de manifestações. Para a parecerista Luíza Rangel de Moraes do Rêgo Monteiro, se de um lado o pagamento dos dividendos *em dinheiro* decorreria da análise sistemática entre dispositivos legais (art. 205 da Lei n. 6.404/1976), parte da doutrina (Modesto Carvalhosa, Cunha Peixoto, Wilson de Souza Campos Batalha e Trajano de Miranda Valverde) e o costume (elemento de hermenêutica que auxilia a exegese e complementa o direito escrito), de outro lado o pagamento dos dividendos *in natura* não seria vedado pela lei e seria admitido por parte da doutrina (Fábio Konder Comparato, José Luiz Bulhões Pedreira, Alfredo Lamy Filho e Arnoldo Wald).

Para a Gerente de Legislação e Pesquisa Norma Jonssen Parente, não seria possível o pagamento *in natura* de dividendos obrigatórios ou preferenciais, mas apenas de dividendos extraordinários. Para o Superintendente Nelson Diz, não seria possível o pagamento *in natura* de dividendos obrigatórios, preferenciais ou extraordinários. Para o Superintendente Jurídico Luiz Tavares Pereira Filho, não haveria exigência legal de previsão estatutária para a distribuição de dividendos *in natura*, e o costume de distribuição de dividendos em dinheiro não teria força normativa porque, se tivesse força normativa, seria inadmissível sua derrogação por previsão estatutária.

Em 1987, a CVM analisou o caso do Banco Boavista, cujo estatuto social foi reformado para que fosse introduzida a faculdade de a assembleia geral deliberar pelo pagamento de dividendos suplementares em ações de subsidiárias ou coligadas ou, ainda, em outros bens³. Prevaleceu o entendimento de que o pagamento de dividendos suplementares *in natura* só poderia ser admitido quando a previsão estatutária fosse precisa e minuciosa, estabelecendo a forma de avaliação e os critérios a serem empregados.

Entretanto, em que pese esse tenha sido o entendimento prevalecente, aqui também houve divergência de manifestações. Para o parecerista Carlos Amorim, a falta de previsão estatutária não seria sanada pela deliberação da assembleia geral, pois, embora a assembleia geral fosse o órgão máximo da companhia que tudo pode deliberar, no mais das vezes a assembleia seria definida pelo próprio controlador. Já para a parecerista Carmen Parkinson, independentemente de prévia e minuciosa previsão estatutária, a assembleia geral poderia deliberar pela distribuição de dividendos extraordinários *in natura*, pois não haveria como exigir previsão estatutária que não decorresse da lei, bastando que a decisão fosse precisa e minuciosa quanto aos bens e critérios de avaliação, de modo a assegurar o tratamento igualitário dos acionistas e, assim, evitar o arbítrio dos administradores e controladores.

³ ementa do Parecer/CVM/SJU n. 1, de 9 de janeiro de 1987, do Processo n. 86/2221.

Em 2019, a CVM analisou o caso da General Shopping, cujo Conselho de Administração deliberou a distribuição de dividendos *in natura*, em parcela excedente ao dividendo mínimo obrigatório, na forma de cotas do FII Top Center, as quais seriam admitidas à negociação na B3 e dotadas de potencial liquidez; ou, alternativamente, para os acionistas que não pudessem ou não desejassem receber as cotas do FII, por meio de debêntures perpétuas, não conversíveis em ações, sem garantias, remuneradas pela participação nos lucros sociais e resgatáveis a qualquer tempo⁴⁻⁵.

A CVM decidiu que as cotas do FII e as debêntures eram meios legítimos para a companhia cumprir a obrigação de pagamento de dividendos, porque se tratavam de valores mobiliários registrados na CVM e, portanto, submetidos ao regime de *full disclosure*, além de terem potencial liquidez. Além disso, esses bens haviam sido entregues em condições paritárias entre os acionistas, que receberam os mesmos ativos, na proporção de suas respectivas participações no capital da companhia, não se estabelecendo qualquer tratamento diferenciado entre os acionistas controladores e minoritários. Por fim, a parcela *in natura* seria composta exclusivamente de dividendos extraordinários, e a distribuição seria submetida à aprovação dos acionistas, razão por que não representaria ilegalidade flagrante a dispositivos legais ou regulamentares. Essa deliberação foi unânime.

Diante do exposto, é possível extrair conclusões preliminares sobre a distribuição de dividendos *in natura* em geral. Todos os casos analisados trataram de dividendos extraordinários ou suplementares, mas isso não significa que seja vedada a distribuição *in natura* de dividendos obrigatórios, conforme se depreende do parecer da Luíza Rangel de Moraes do Rêgo Monteiro no caso do Banco Mercantil, que expressamente admitiu em tese a distribuição *in natura* de dividendo obrigatório, preferencialmente por previsão estatutária, mas subsidiariamente por concordância expressa dos acionistas, desde que garantido o direito de recesso aos dissidentes. Embora os dois primeiros casos analisados tratem da entrega de ações de subsidiária integral de capital fechado ou de coligada, o último caso analisado trata da entrega de cotas de FII admitidas à negociação na B3 com potencial liquidez e de debêntures resgatáveis a qualquer tempo, sendo correto inferir que a admissibilidade da distribuição de dividendos *in natura* tende a ser maior se os bens tiverem maior liquidez. Por fim, o primeiro caso e o último caso são claros no sentido de que a previsão estatutária não é essencial, mas é fortemente recomendada, de forma específica e minuciosa, inclusive dispondo quanto ao órgão societário competente para deliberar sobre a matéria em cada exercício, os bens do ativo passíveis de distribuição, e os parâmetros a serem observados nas deliberações.

Esses casos em que a CVM enfrentou o tema da distribuição de dividendos *in natura* por companhia aberta fornecem elementos importantes para a análise acerca da distribuição de dividendos *in natura* por FII, conforme segue demonstrado.

⁴ Cf. itens 95-99 do Relatório n. 9, de 6 de fevereiro de 2019, da CVM/SEP/GEA-3 do Processo n. 19957.000716/2019-54.

⁵ Ata da Reunião Extraordinária do Colegiado de 21 de fevereiro de 2019 do Processo n. 19957.000716/2019-54.

2.2. A possibilidade de distribuição de lucro *in natura* por FII

O parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 prevê que o FII deve distribuir a seus cotistas, no mínimo, 95% dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano. Entre 1999 e 2014, esse enunciado legal suscitou uma série de dúvidas, tendo sido objeto de algumas manifestações da CVM.

O Ofício-Circular CVM/SIN/SNC n. 1/2014 esclareceu que essa base de distribuição deveria ser obtida por meio da identificação das receitas e despesas contabilizadas no período de apuração e efetivamente recebidas e pagas no mesmo período. O administrador deveria partir do resultado contábil apurado pelo regime de competência em um determinado período (lucro ou prejuízo) e implementar ajustes pelo regime de caixa (neutralizar receitas e despesas contabilizadas no período corrente, mas que só seriam recebidas e pagas em um período futuro; neutralizar receitas recebidas e despesas pagas no período corrente, caso ainda não tivessem transitado pelo resultado contábil; e adicionar receitas e deduzir despesas contabilizadas em um período anterior, se fossem recebidas ou pagas no período corrente)⁶.

O Memorando CVM/SIN/SNC n. 1/2015 e o Ofício-Circular CVM/SIN/SNC n. 1/2015 confirmaram a orientação anterior acerca de um regime misto entre caixa e competência, e, para evitar situações de iliquidez ou restrição à continuidade das operações do FII, deixaram expressa a possibilidade de a maioria das cotas presentes em assembleia deliberar pelo não recebimento dos lucros distribuídos automaticamente, o que preveniria a necessidade de chamada de capital para fazer frente a despesas orçadas, litígios, contingências, cessão de recebíveis e benfeitorias⁷.

De acordo com essas manifestações da CVM, a base de distribuição prevista pelo parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 é o resultado contábil apurado pelo regime de competência (lucro ou prejuízo da DRE) e ajustado para o regime de caixa (ajustes fiscais para neutralizar itens que não tenham transitado pelo resultado e/ou que não tenham sido efetivamente recebidos ou incorridos no período corrente), o que não se confunde com o dinheiro disponível em caixa (saldo da DFC). Não obstante, a lei não definiu a *forma* como o FII deverá distribuir os lucros aos seus cotistas: se em dinheiro ou outros bens, inclusive cotas de outro FII.

A lei poderia ter definido a *forma* como o FII deveria distribuir lucros ou amortizar custo aos seus cotistas. Uma emenda apresentada pelo Deputado Manoel Castro ao Projeto de Lei n. 2.204-A/1991 propunha que a lei previsse a isenção de IRRF em caso de conversão das cotas do FII em imóvel, o que equivaleria à permuta de cotas por imóvel, que permitiria diferir a tributação do ganho para o momento em que o cotista alienasse o imóvel adquirido, mas não foi incluída no projeto substitutivo⁸. Analogamente, uma emenda apresentada pelo Deputado Francisco Dornelles ao Projeto de Lei n. 2.204-A/1991 exigia que o regulamento dispusesse sobre a possibilidade, ou não, de o cotista

⁶ Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0114.html>.

⁷ Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0115.html>.

⁸ Cf. páginas. 71-74 do dossiê digitalizado do Projeto de Lei n. 2.204-A/1991.

converter as cotas em imóvel integrante do patrimônio do FII, mas não foi incluída no projeto substitutivo⁹. Contudo, ambas essas emendas foram rejeitadas.

Tal como a lei, as normas regulamentares não definem a *forma* como o FII deve realizar pagamentos aos seus cotistas. O inciso XI do *caput* do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 prevê que o regulamento do FII deve conter os critérios relativos à distribuição de rendimentos e ganhos de capital. Em sentido similar, o inciso XI do art. 15 da Instrução CVM n. 472/2008 prevê que o regulamento do FII deve dispor sobre a política de distribuição de rendimentos e resultados. Dessa feita, levando em consideração a legislação e os casos analisados pela CVM, é de bom tom que o regulamento do FII contenha essa previsão específica e minuciosa, inclusive dispondo quanto ao órgão competente para deliberar sobre a matéria em cada exercício, os bens do ativo passíveis de distribuição, assim como os parâmetros a serem observados nas deliberações.

A falta de previsão no regulamento do FII equivaleria à ausência de cláusula no estatuto da companhia, ou seja, poderia ser sanada por concordância expressa individual e tratamento equitativo global, ensejando aos cotistas dissidentes o direito de resgate das cotas do FII tal qual aos acionistas dissidentes o direito de recesso da companhia, por analogia ao § 1º do art. 136 e o art. 137 da Lei n. 6.404/1976. Além disso, de duas uma: os cotistas poderiam consentir em receber prestação diversa da que lhes é devida, em virtude da dação em pagamento prevista no art. 356 da Lei n. 10.406/2002; ou poderiam se negar ao recebimento de outro bem que não moeda, alegando que não são obrigados a receber prestação diversa da que lhes é devida, ainda que mais valiosa, nos termos do art. 313 da Lei n. 10.406/2002. Esses preceitos próprios do Direito Obrigacional seriam aplicáveis porque os lucros distribuídos constituiriam dívida do FII e crédito dos cotistas.

Outros argumentos fortalecem a defesa de que o FII pode distribuir lucros *in natura*. O inciso VIII do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 prevê que o regulamento do FII deve conter os critérios para subscrição de cotas por um mesmo investidor. Nessa linha, o art. 11 da Instrução CVM n. 472/2008 estabelece que a integralização das cotas do FII será efetuada em moeda corrente nacional, admitindo-se, desde que prevista no regulamento do fundo, a integralização em imóveis, bem como direitos relativos a imóveis. Ora, os lucros são os frutos civis das cotas do FII. Portanto, se as cotas do FII podem ser integralizadas em outros bens além de moeda, os lucros devem poder ser distribuídos em outros bens além de moeda, pois os lucros são acessórios que devem seguir a natureza do principal¹⁰.

Quando analisou a distribuição de dividendos *in natura* por companhias abertas, a CVM buscou extrair a *mens legislatoris* dos dispositivos legais, do costume e da doutrina. Sua conclusão foi de que a distribuição de dividendos deveria ser pautada em três diretrizes: a proteção do direito essencial dos acionistas ao recebimento dos dividendos verdadeiros; a preservação da integridade do capital social em benefício dos credores contra a distribuição de dividendos fictícios; e a liberdade de contratar segundo a qual é lícito tudo o que não é proibido por lei nem incompatível com o sistema. Nessa toada, a

⁹ Cf. páginas. 51-52 do dossiê digitalizado do Projeto de Lei n. 2.204-A/1991.

¹⁰ Cf. raciocínio similar no Parecer CVM/SJU n. 3, de 11 de janeiro de 1983.

distribuição de lucros *in natura* pelo FII só seria inadmissível se prejudicasse os não controladores, seja por tratamento não equitativo, seja por iliquidez do bem recebido.

O tratamento não equitativo pode ser compreendido por meio de um exemplo. O inciso IV do § 1º do art. 33 da Instrução CVM n. 472/2008 prevê que o administrador viola seu dever de lealdade se tratar de forma não equitativa os cotistas do fundo, a não ser quando os direitos atribuídos a diferentes classes de cotas justifiquem tratamento desigual. Por exemplo, o tratamento não equitativo ocorreria se, mesmo sendo titulares de igual classe de cotas, alguns cotistas recebessem cotas de outro FII e outros cotistas recebessem dinheiro.

É verdade que o FII-Superior pode ser impedido de manter as cotas do FII-Inferior que receber do FII-Intermediário. Todavia, o administrador deve acompanhar o enquadramento aos limites de concentração por emissor e por modalidade de ativo financeiro com no máximo um dia útil de defasagem, nos termos do § 1º do art. 104 da Instrução CVM n. 555/2014. Quando o descumprimento for causado por desenquadramento passivo, decorrente de fatos exógenos e alheios à sua vontade, que causem alterações imprevisíveis e significativas no patrimônio líquido do fundo ou nas condições gerais do mercado de capitais, tal desenquadramento não pode ultrapassar o prazo máximo de 15 dias consecutivos, conforme o art. 105 da Instrução CVM n. 555/2014. Dessa feita, o FII-Intermediário não pode diferenciar a forma de distribuição de seus lucros conforme o cotista, especialmente se todos os cotistas forem titulares da mesma classe de cotas. Se o FII-Superior não puder manter as cotas do FII-Inferior, caberá ao seu administrador sanar o desenquadramento passivo dentro de 15 dias consecutivos do recebimento das cotas do FII-Inferior.

A iliquidez do bem recebido também pode ser compreendida a partir de um exemplo. Quando o cotista, assim que receber o bem, puder vendê-lo e transformá-lo em dinheiro, o pagamento do dividendo *in natura* não fará diferença que importe. Do contrário, a insuficiente liquidez dos bens dados em pagamento pode ensejar a prova de que havia, *in concreto*, abuso do poder de controle.

No caso do Banco Mercantil, os acionistas haviam sido consultados e expressamente negaram o exercício do direito de subscrever as ações da companhia fechada Pevê Prédios. Mesmo assim, o Conselho de Administração deliberou e compulsoriamente obrigou os acionistas a adquirirem essas ações como dividendos distribuídos *in natura*. Além disso, essas ações foram distribuídas com base no seu valor patrimonial, que não tinha liquidez. Em outras palavras, a companhia não atendeu à recomendação da CVM, no sentido de que, quando se trata de ações de companhia fechada, como não há cotação, devem ser conjugados o valor patrimonial e as perspectivas de rentabilidade, nos termos do art. 170 da Lei n. 6.404/1976, sob pena de superavaliação do valor unitário da ação e potencial lesão aos direitos dos não controladores.

Usualmente, o FII-Intermediário reconhece as cotas do FII-Inferior pelo valor justo, pois as cotas de FII são classificadas como ativos financeiros para negociação, sendo inicialmente registradas pelo custo de aquisição, mas tendo seu valor ajustado mensalmente pela variação no valor das cotas no último dia útil de cada mês conforme a divulgação da B3. Sendo assim, não se vislumbra discussão sobre o valor a ser atribuído a esse bem, na medida em que a distribuição de lucro do FII-Intermediário na forma de cotas do FII-Inferior deve ser feita com base no valor justo, assim entendida a cotação na B3.

Diante do exposto, conclui-se que a lei e as normas infralegais não definiram a *forma* como o FII deve distribuir lucros aos cotistas. Como no Direito Privado é lícito tudo o que não é proibido por lei nem incompatível com o sistema, a distribuição de lucros *in natura* pelo FII só seria inadmissível se prejudicasse os não controladores, seja por tratamento não equitativo, seja por iliquidez do bem recebido. Para que todos os cotistas sejam tratados de forma equitativa, os cotistas titulares da mesma classe de cotas devem receber os mesmos ativos na proporção de suas respectivas participações, não se estabelecendo qualquer tratamento diferenciado. Para que seja líquido o bem recebido, os cotistas devem poder vender o bem tão logo seja recebido, como se dá no caso de FII cujas cotas sejam admitidas à negociação na B3. Por fim, sempre que possível, é recomendável considerar o valor de cotação do bem no mercado, a fim de evitar superavaliações e prejuízos aos não controladores.

Uma vez fixada a possibilidade regulatória de um FII distribuir lucro *in natura* mediante a entrega de cotas de outro FII, cumpre investigar o tratamento tributário aplicável pela fonte ao cotista que recebe o lucro *in natura*. A legislação estabelece três tratamentos tributários alternativos: a incidência de 20% de IRRF sobre o lucro distribuído por FII para qualquer beneficiário; a não incidência de IRRF sobre o lucro distribuído por FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente na B3 para um beneficiário que seja FII; e a isenção de IRRF sobre o lucro distribuído por FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente na B3 e que tenha no mínimo 50 cotistas para um beneficiário que seja pessoa física com menos de 10% das cotas emitidas e até 10% dos rendimentos auferidos pelo FII. Senão vejamos.

O art. 17 da Lei n. 8.668/1993 prevê que os rendimentos e ganhos de capital auferidos, apurados segundo o regime de caixa, quando distribuídos pelo FII a qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, sujeitam-se à incidência do IRRF à alíquota de 20%. Trata-se da regra geral da incidência de 20% de IRRF sobre o lucro distribuído pelo FII para qualquer beneficiário.

O § 1º do art. 16-A da Lei n. 8.668/1993 estabelece que não estão sujeitas à incidência do IRRF as aplicações efetuadas por um FII em outro FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente na B3. Aqui, encontra-se a excepcional não incidência de IRRF sobre o lucro distribuído por um FII negociado só na B3 para um beneficiário que seja FII.

O parágrafo único do art. 3º da Lei n. 11.033/2004 isenta de IRRF os rendimentos distribuídos pelo FII cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente na B3, se o FII possuir no mínimo 50 cotistas e, cumulativamente, se o cotista for pessoa física titular de cotas que representem menos de 10% da totalidade das cotas emitidas pelo FII e, ainda, cujas cotas lhe deem direito ao recebimento de rendimentos de até 10% do total dos rendimentos auferidos pelo FII. Está-se diante da excepcional isenção de IRRF sobre o lucro distribuído por um FII negociado só na B3 e detido por no mínimo 50 cotistas para uma pessoa física com menos de 10% das cotas e até 10% dos rendimentos do FII.

Diante desses três dispositivos legais, conclui-se que não incide IRRF sobre o lucro *in natura* distribuído pelo FII-Intermediário ao FII-Superior, desde que o FII-Intermediário tenha suas cotas admitidas à negociação exclusivamente na B3; caso contrário, incide 20% de IRRF.

Da mesma forma que a lei não define a *forma* de distribuição dos lucros do FII tampouco veda o pagamento *in natura*, a lei não prevê tratamentos tributários variados conforme a distribuição de lucros se faça em dinheiro ou outro bem. O parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 nada infere sobre a forma como o FII vai pagar os lucros devidos aos seus cotistas, pois somente exige que o administrador do FII apure a base de distribuição pelo regime misto de competência e caixa.

Por fim, já existe um precedente de distribuição de lucro *in natura* entre FII. Trata-se do caso de liquidação do Fundo de Investimento Imobiliário Vila Olímpia Corporate mediante a entrega de cotas do Fundo de Investimento Imobiliário VBI Prime Properties¹¹.

Em números aproximados, o valor da liquidação foi de R\$ 109, dos quais R\$ 100 foram pagos a título de amortização do custo histórico (R\$ 16 em dinheiro e R\$ 84 em cotas) e R\$ 9 foram pagos a título de distribuição de resultado (R\$ 1,8 em dinheiro e R\$ 7,2 em cotas).

O Comunicado ao Mercado esclarece que houve retenção de IRRF sobre a amortização só quando o custo médio informado pelo cotista foi inferior aos R\$ 100 que foram pagos a título de amortização do custo histórico. Não há esclarecimento sobre o tratamento tributário do IRRF sobre a distribuição de resultado, mas, se para cada R\$ 9 pagos a título de distribuição de resultado R\$ 1,8 foi pago em dinheiro e R\$ 7,2 foram pagos em cotas, é de se assumir que o fundo estava atento à necessidade de reter IRRF sobre a distribuição de resultado para todos os cotistas que não fossem isentos de IRRF, daí a necessidade de dar liquidez para parte do pagamento a ser retido e recolhido como IRRF.

Portanto, não será inovadora a distribuição de dividendos *in natura* por um FII por meio da entrega de cotas de outro FII.

3. O recebimento de lucro *in natura* por FII

O FII-Superior, na apuração do seu lucro sujeito à distribuição semestral obrigatória, deverá computar as cotas do FII-Inferior recebidas do FII-Intermediário? Esta segunda seção do presente artigo será dedicada a justificar a resposta afirmativa para essa pergunta.

3.1. O regime de caixa em geral

A legislação tributária prevê a utilização do regime de caixa em uma série de operações, tais como: a tributação dos rendimentos e ganhos de capital percebidos por pessoas físicas; a tributação do resultado da exploração da atividade rural pela pessoa física; o reconhecimento das receitas e despesas na venda de bens e direitos e na prestação de serviços pela pessoa jurídica optante pelo lucro presumido; o reconhecimento da variação cambial de créditos e obrigações pela pessoa jurídica tributada pelo lucro real; a dedução da remuneração de empregados ou similares com pagamento baseado em ações pela pessoa jurídica tributada pelo lucro real; e a tributação das receitas de atividades imobiliárias exploradas por pessoa jurídica.

¹¹ Disponível em: <https://fnet.bmfbovespa.com.br/fnet/publico/visualizarDocumento?id=471441&cvm=true>.

Evidentemente, essas operações não se confundem com a obrigatoriedade de distribuição mínima de lucros pelo FII, que é o objeto do presente artigo. Contudo, essas operações ilustram como a própria legislação tributária se refere ao regime de caixa, o que, como será demonstrado, não destoa do regime de caixa previsto no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 e regulamentado nos Ofícios-Circulares CVM/SIN/SNC n. 1/2014 e n. 1/2015. Isso porque o regime de caixa é incremental em relação ao regime de competência, já que para serem reconhecidas as receitas e as despesas devem ser tanto auferidas e incorridas (elemento da competência) quanto recebidas e pagas em dinheiro ou outro ativo (elemento do caixa). Por isso, preliminarmente será analisado o regime de caixa para essas outras operações e, depois, para os lucros mínimos distribuíveis pelo FII.

Os arts. 1º, 2º, 3º, 6º, 19 e 20 da Lei n. 7.713/1988 preveem a incidência do imposto de renda das pessoas físicas “à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos”; ressalva-se que “a tributação *independe da forma de percepção* das rendas ou proventos, bastando o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título”; tributam-se os rendimentos *in natura*, salvo quando expressamente isentos, tais como “alimentação”, transporte” e “uniformes ou vestimentas especiais de trabalho”; arbitra-se o valor de mercado “nas operações em que o valor não se expressar em dinheiro”; nas alienações a prazo, o ganho de capital será tributado “na proporção das parcelas recebidas em cada mês”. Esses trechos da lei revelam que o regime de caixa aplicável às pessoas físicas oferece à tributação os rendimentos e ganhos de capital percebidos, ou seja, efetivamente recebidos, a despeito de serem expressos em dinheiro ou outro bem.

Os arts. 18 a 21 da Lei n. 9.250/1995 orientam a utilização da “escrituração do Livro Caixa” para que a pessoa física apure o resultado da exploração da atividade rural. Os arts. 4º e 8º da Lei n. 8.023/1990 prescrevem que o resultado da atividade rural é “a diferença entre os valores das receitas recebidas e das despesas pagas no ano-base”, de sorte que “os investimentos são considerados despesas no mês do efetivo pagamento”, sendo os valores convertidos em BTN pelo valor do “mês do efetivo recebimento ou pagamento”. Esses dispositivos legais comprovam que o regime de caixa que rege a tributação do resultado da atividade rural explorada pela pessoa física considera apenas os valores de receitas e despesas efetivamente recebidas e pagas, sem distinção quanto à forma do recebimento ou pagamento.

O art. 13 da Lei n. 9.718/1988 possibilita que a pessoa jurídica optante pelo lucro presumido utilize o regime de caixa. Adicionalmente, o art. 223 da Instrução Normativa RFB n. 1.700/2017 estabelece que a pessoa jurídica optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido pelo regime de caixa sujeita-se ao “reconhecimento de suas receitas na medida do recebimento”. O mesmo dispositivo prevê que as receitas da venda de bens e direitos e da prestação de serviços serão reconhecidas conforme se dê, cumulativamente, o “recebimento do preço” e “o faturamento, a entrega do bem/direito ou a conclusão dos serviços”. Assim, para as pessoas jurídicas optantes pelo lucro presumido, o regime de caixa vai além do regime de competência, pois reconhece as receitas que sejam tanto auferidas quanto recebidas, sendo indiferente a forma do recebimento.

O art. 30 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e o art. 152 da Instrução Normativa RFB n. 1.700/2017 prescrevem que as variações monetárias dos direitos de crédito e

das obrigações do contribuinte em função da taxa de câmbio produzirão efeitos tributários “quando da liquidação da correspondente operação, segundo o regime de caixa”. Dessa feita, quando se trata de variação cambial de direitos e obrigações, o regime de caixa permite que a pessoa jurídica difira o efeito tributário para a efetiva liquidação da operação.

O art. 33 da Lei n. 12.973/2014 trata da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares por meio de acordo com pagamento baseado em ações, a ser adicionada ao lucro líquido na apuração do lucro real no período de apropriação do custo ou da despesa, e a ser excluída do lucro líquido na apuração do lucro real “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”. Trocando em miúdos, a despesa relativa ao pagamento baseado em ações só é dedutível no lucro real quando efetivamente liquidada, o que se dá com a transferência da propriedade definitiva das ações, nisso se assemelhando ao regime de caixa. Escrito de outro modo, embora não sejam dinheiro, as ações, as opções e os instrumentos patrimoniais produzem efeitos tributários quando efetivamente pagos pela empresa ao empregado, o que reforça a tese de que o regime de caixa considera efetivos pagamentos e recebimentos, seja em dinheiro, seja em outro ativo.

O art. 30 da Lei n. 8.981/1995 não deixa dúvida de que as pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda ou, ainda, a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda “deverão considerar como receita bruta o *montante efetivamente recebido*”. Essa obrigação aplica-se inclusive na construção por empreitada ou no fornecimento de bens e serviços a preço determinado, se o prazo de execução for superior a um ano, e desde que o contratante seja entidade governamental, quando então “o contribuinte poderá diferir a tributação do lucro *até sua realização*”, havendo o cômputo no “exercício social em que a *receita for recebida*”, de acordo com o § 3º do art. 10 do Decreto-lei n. 1.598/1977. Logo, o regime de caixa aplicado à atividade imobiliária busca tributar a receita efetivamente recebida, sem diferenciar a forma do recebimento.

Diante do exposto, conclui-se que a legislação tributária aplica o regime de caixa a várias operações, mas em todo caso é um expediente incremental ao regime de competência, uma vez que só reconhece as receitas que sejam cumulativamente auferidas e recebidas (“percepção” e “recebimento”), assim como as despesas que sejam a um só tempo incorridas e pagas (“pagamento” e “liquidação”), sendo indiferente a forma do recebimento ou pagamento (“valores”, “montantes”, “preço”, “dinheiro”, “caixa”, “ações ou opções”, “instrumentos patrimoniais” ou “outro ativo”). Isso significa que o regime de caixa referido pela legislação tributária não se confunde com o dinheiro em caixa, mas se afeiçoa ao efetivo recebimento ou pagamento de um ativo, que pode ou não ser dinheiro. De igual modo, conforme será demonstrado, o lucro caixa mínimo distribuível pelo FII-Superior não é restrito ao lucro expresso por dinheiro em caixa, mas engloba o lucro *in natura* composto por cotas do FII-Inferior recebidas do FII-Intermediário.

Ainda antes de tratar do objeto deste artigo, o regime de caixa do lucro mínimo distribuível pelo FII deve ser diferenciado de duas situações: o caixa e os equivalentes de caixa de que tratam as normas contábeis; e a permuta de bens de igual natureza e valor de que tratam as normas tributárias.

O regime de caixa não se confunde com o caixa e os equivalentes de caixa referidos pelas normas contábeis. O Pronunciamento CPC n. 03 (R2) relativo à DFC contém definições para caixa e equivalentes de caixa. Caixa compreende “numerário em espécie e depósitos bancários disponíveis”, servindo para que a entidade leve a efeito suas operações, pague suas obrigações e proporcione um retorno para seus investidores. Equivalentes de caixa são “aplicações financeiras de curto prazo, de alta liquidez, que são prontamente conversíveis em montante conhecido de caixa e que estão sujeitos a um insignificante risco de mudança de valor”, servindo para que a entidade atenda a compromissos de caixa de curto prazo, não para investimento ou outros propósitos. A própria norma contábil reconhece que muitas transações de investimento e financiamento, embora afetem a estrutura de capital e de ativos da entidade, não têm impacto direto em caixa ou equivalentes de caixa, motivo pelo qual devem ser excluídas da DFC e divulgadas nas notas explicativas, tais como no caso de aquisição de entidade por meio da emissão de instrumentos patrimoniais ou, ainda, no caso de conversão de dívida em instrumentos patrimoniais¹². Logo, as cotas do FII-Inferior não são caixa ou equivalentes de caixa, uma vez que não são numerário em espécie, nem depósito bancário disponível, nem aplicação financeira de curto prazo, alta liquidez e baixo risco. Contudo, o recebimento de cotas do FII-Inferior a título de distribuição de lucros *in natura* pelo FII-Intermediário, ainda que não tenha impacto direto em caixa ou equivalentes de caixa da DFC, afeta a estrutura de ativos do FII-Superior, sendo divulgável em notas explicativas.

O regime de caixa tampouco se confunde com a permuta. Conforme o Despacho PGFN n. 167/2022, que reconheceu a jurisprudência pacífica do STJ, o contrato de troca ou permuta não deve ser equiparado ao contrato de compra e venda na esfera tributária, porque “não havendo comprovação documental em sentido contrário, nem parcela complementar, o valor do imóvel recebido nas operações de permuta com outro imóvel não deve ser considerado receita, faturamento, renda ou lucro pelas empresas optantes pelo lucro presumido”. Em sentido análogo, a Orientação OCPC n. 01 (R1) relativa às entidades de incorporação imobiliária estabelece que a permuta ou troca de unidades imobiliárias de mesma natureza e valor não gera ganho ou perda (por exemplo, apartamento por apartamento, terreno por terreno, dentre outros)¹³. Ora, a permuta ou troca de bens iguais em natureza e valor sequer gera receita e, por isso, não se confunde com o regime de caixa de reconhecimento da receita auferida e recebida. Daí, não ser possível ao FII-Superior, na apuração da receita e do lucro, desconsiderar as cotas do FII-Inferior recebidas em distribuição de lucros *in natura* do FII-Intermediário, afinal, o FII-Superior não recebe as cotas do FII-Inferior em permuta ou troca de outro ativo, mas esse recebimento se dá a título de rendimento, que por ser auferido e recebido deve ser computado no regime de caixa de apuração do lucro mínimo distribuível pelo FII-Superior, ainda que não seja expresso em dinheiro.

Portanto, a legislação tributária prevê a utilização do regime de caixa numa série de operações, tais como a tributação das receitas da atividade imobiliária explorada por pessoas jurídicas. Em todo caso, o regime de caixa contém um elemento incremental em

¹² Itens 3, 6, 7, 34-A e 44 do Pronunciamento CPC n. 03 (R2) sobre DFC.

¹³ Itens 20 a 23 da Orientação OCPC n. 01 (R1) relativa a entidades de incorporação imobiliária.

relação ao regime de competência, pois equivale ao reconhecimento de receitas auferidas e recebidas, assim como ao cômputo de despesas incorridas e pagas. Escrito de outro modo, o regime de caixa não está restrito a transações efetivadas em dinheiro, mas engloba outros ativos, contanto que efetivamente recebidos ou pagos. O regime de caixa não se restringe aos conceitos contábeis de caixa e equivalentes de caixa, assim entendidos o numerário em espécie, os depósitos bancários disponíveis, assim como as aplicações financeiras de curto prazo, alta liquidez e baixo risco. O regime de caixa tampouco se confunde com a permuta de bens de iguais naturezas e valores, pois no primeiro há receita a reconhecer conforme o recebimento, enquanto no último não há sequer receita.

Essas conclusões gerais já sugerem que o FII-Superior deve computar na apuração do seu lucro mínimo distribuível as cotas do FII-Inferior que receber em distribuição de lucros *in natura* do FII-Intermediário – afinal, o regime de caixa referido pela legislação tributária considera quaisquer efetivos recebimentos, seja em dinheiro, seja em outros ativos, conforme segue detalhado.

3.2. O regime de caixa de apuração do lucro mínimo distribuível por um FII

O parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 prevê que o FII “deverá distribuir a seus cotistas, no mínimo, 95% dos *lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete* semestral encerrado em 30 de junho e 31 de dezembro de cada ano”. Esse dispositivo legal não constava na redação original da Lei n. 8.668/1993, mas nela foi inserido pela Medida Provisória n. 1.788/1998, mantido pela Lei n. 9.779/1999 e inalterado há mais de duas décadas. Assim, durante os cinco anos compreendidos entre 1993 e 1998, o FII não estava sujeito à obrigatoriedade de distribuição de lucros, embora já fosse exigida a sua constituição como um fundo fechado, assim entendido o fundo que não admite o resgate de cotas¹⁴.

O objetivo do parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 está expresso na Exposição de Motivos n. 834-A/MF, que acompanhou a Medida Provisória n. 1.788/1998, nos seguintes termos: “incluir a obrigatoriedade de distribuição de, no mínimo, 95% dos lucros apurados em cada semestre, e as respectivas normas de tributação”, a fim de “evitar a postergação do pagamento do imposto sobre os ganhos e rendimentos auferidos pelos referidos fundos, tendo em vista a previsão de distribuição de lucros e a consequente incidência do imposto de renda na fonte”, ressalvado que “esse procedimento em nada comprometerá a liquidez dos fundos, uma vez que *o regime adotado é o de caixa*, ou seja, só serão alcançados pela nova norma os *valores recebidos* em cada período”¹⁵.

Apesar da clareza do objetivo, durante cerca de 15 anos houve dúvidas sobre a forma de cálculo dos lucros sujeitos à distribuição obrigatória. Muitos administradores de fundos entendiam que não precisariam distribuir os lucros auferidos durante o semestre se zerassem o caixa e os equivalentes de caixa até o fim do período, pois assim não haveria sobra de caixa na DFC e não existiriam lucros em caixa para distribuir¹⁶. Alguns

¹⁴ Cf. art. 2º da Lei n. 8.668/1993; § 1º do art. 2º da Instrução CVM n. 472/2008.

¹⁵ Cf. página 780 do Diário do Congresso Nacional de 14 de novembro de 1999.

¹⁶ MARTINS, Ricardo Lacaz. *Tributação da renda imobiliária*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 267.

administradores distribuíam como lucros apenas a diferença entre o valor de mercado e o valor do patrimônio líquido no BP. Outros administradores deduziam reservas que não representavam saídas de caixa, reduzindo os lucros a serem distribuídos. Contudo, entre 2014 e 2015, a CVM publicou três atos que revelaram outra forma de cálculo dos lucros sujeitos à distribuição obrigatória, desvinculada da DFC e do BP, mas baseada na DRE ajustada.

O Ofício-Circular CVM/SIN/SNC n. 1/2014 orientou que “a base de distribuição é obtida da identificação das *receitas/despesas reconhecidas contabilmente* no período de apuração e que foram *efetivamente recebidas/pagas* no mesmo período”. Em outras palavras, “o administrador deverá partir do *resultado contábil* apurado pelo regime de competência em um determinado período (lucro ou prejuízo) e *ajustá-lo*”. Para esses fins, caberiam três ajustes: exclusão/adição de receitas/despesas contabilizadas, mas ainda não recebidas/pagas (com competência; sem caixa); exclusão/adição de receitas/despesas não contabilizadas, embora recebidas/pagas no período corrente (sem competência; com caixa); e adição/exclusão de receitas/despesas contabilizadas em períodos anteriores, mas só recebidas/pagas no período corrente (com competência; com caixa)¹⁷.

O Memorando CVM/SIN/SNC n. 1/2015 confirmou o ato anterior, mas foi além. Por meio dele, a CVM manifestou seu entendimento de que o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 teria um objetivo não apenas tributário, mas também regulatório, com vistas a garantir ao investidor o recebimento semestral da renda proveniente do investimento no fundo fechado. Inclusive, esse objetivo regulatório justificaria a obrigação de distribuir lucros ainda quando fossem cumpridas as condições legais para a isenção do IRRF, isto é, ainda que não houvesse recolhimento de tributo. Para proteger o cotista com a máxima distribuição possível, a CVM orientou “a utilização de um regime misto entre competência e caixa, uma vez que se deve apurar o lucro por competência e *expurgar os efeitos de despesas e receitas que não transitaram pelo caixa e seus equivalentes*”. Para subsidiar esse cálculo, a CVM forneceu modelos, tanto para a demonstração dos resultados contábil e financeiro quanto para a distribuição de resultado financeiro¹⁸.

O Ofício-Circular CVM/SIN/SNC n. 1/2015 confirmou ambos os atos anteriores. Em outras palavras, a forma mais adequada para o cálculo dos lucros sujeitos à distribuição obrigatória por força do parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 é aquela descrita no Ofício-Circular CVM/SIN/SNC n. 1/2014. Adicionalmente, o administrador deverá dar publicidade adequada à distribuição de rendimentos no âmbito do fundo conforme os modelos detalhados no Memorando CVM/SIN/SNC n. 1/2015¹⁹.

Meses depois da publicação desse terceiro ato, a CVM alterou as normas aplicáveis ao FII. A Instrução CVM n. 571/2015 incluiu o Anexo 39-II na Instrução CVM n. 472/2008, a fim de dar publicidade ao formulário eletrônico do informe trimestral de FII. Nele, devem constar as demonstrações trimestrais dos resultados contábil e finan-

¹⁷ <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/oc-sin-snc-0114.html>.

¹⁸ <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/anexos/oc-sin-snc-0115-2.pdf>.

¹⁹ <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin-snc/anexos/oc-sin-snc-0115.pdf>.

ceiro, notando-se que “o resultado financeiro representa o quanto do *resultado contábil foi efetivamente pago/recebido* no mês, ou o *montante recebido/pago* no mês que tenha sido objeto de apropriação em meses anteriores; em resumo, corresponde ao efeito caixa das receitas e despesas”²⁰. Nele, também deve constar a demonstração de distribuição do resultado acumulado no trimestre/semestre, notando-se que a linha G destina-se à distribuição de no mínimo 95% do resultado financeiro líquido acumulado no trimestre/semestre corrente, ao passo que a linha I destina-se ao lucro contábil passível de distribuição que excede ao total do resultado financeiro, o que “corresponde à *parcela do lucro contábil apropriado no período ainda não recebida*, a qual o administrador declara distribuir como excedente ao total do resultado financeiro”²¹.

Em 2 de outubro de 2023, a Instrução CVM n. 472/2008 será revogada pela Resolução CVM n. 175/2022, e as normas regulatórias aplicáveis ao FII serão consolidadas pela Resolução CVM n. 184/2023. Se esses novos diplomas entrarem em vigor tal como estão redigidos, serão mantidos inalterados vários enunciados relativos ao FII, tais como o modelo de demonstrações de resultados contábil e financeiro, bem como o modelo de demonstração de distribuição do resultado do período²². Assim, a princípio, a opinião expressa no presente artigo não será alterada pela revisão das normas regulatórias.

Vale registrar que não se tem notícia de nenhum precedente tratando do tema objeto deste artigo. Quando muito, o caso Maxi Renda discutiu a possibilidade de distribuição de lucro caixa excedente, assim entendido o lucro apurado após os ajustes de caixa apesar do prejuízo contábil²³. Logo, o caso Maxi Renda não discutiu a possibilidade de um FII computar na apuração do lucro mínimo distribuível os rendimentos recebidos na forma de ativos diversos de dinheiro.

Diante do exposto, conclui-se que o regime de caixa previsto para a apuração do lucro mínimo distribuível pelo FII conforme o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 é similar ao regime de caixa previsto para outras operações pela legislação tributária em geral. Em todo caso, o lucro caixa é a diferença positiva entre, de um lado, a receita auferida e recebida e, de outro lado, a despesa incorrida e paga, sem qualquer distinção sobre a forma de recebimento ou pagamento, se em dinheiro ou outro ativo. Os Ofícios-Circulares CVM/SIN/SNC n. 1/2014 e n. 1/2015, a Instrução CVM n. 472/2008 e a futura Instrução CVM n. 184/2023 corroboram essa interpretação. Por isso, entende-se que o FII-Superior deve considerar as cotas do FII-Inferior recebidas em distribuição de lucros *in natura* do FII-Intermediário no cálculo do seu próprio lucro mínimo distribuível.

Não se ignora uma passagem do Memorando CVM/SIN/SNC n. 1/2015 que parece equiparar o regime de caixa ao trânsito em caixa e equivalentes de caixa, o que no limite excluiria da apuração do lucro mínimo distribuível pelo FII quaisquer receitas recebidas em ativos diversos de dinheiro. Contudo, entende-se que esse trecho não deve ser tomado de forma isolada, mas no contexto dos demais atos regulatórios e da lei, segun-

²⁰ Cf. nota 4 do Anexo 39-II da Instrução CVM n. 472/2008.

²¹ Cf. nota 5 do Anexo 39-II da Instrução CVM n. 472/2008.

²² Cf. inciso XVIII do art. 141 da Resolução CVM n. 175/2022; Anexo L da Resolução CVM n. 184/2023.

²³ Cf. https://conteudo.cvm.gov.br/decisoes/2022/20220517_R1/20220517_D2388.html.

do as quais o regime de caixa não se limita às transações em dinheiro, mas contempla os efetivos recebimento e pagamentos em quaisquer ativos.

Se a DFC fornecesse o montante dos lucros distribuíveis pelo FII, então seria correto afirmar que qualquer recebimento sem reflexo em caixa ou equivalentes de caixa deveria ser desprezado no cálculo dos lucros distribuíveis pelo FII, afinal, o objetivo da DFC é a revelação dos eventos que impactam o caixa e os equivalentes de caixa, conforme os modelos mínimos dos métodos direto e indireto contidos no Anexo 23-IV da Instrução CVM n. 516/2011. No entanto, os lucros distribuíveis pelo FII devem ser apurados com base na DRE ajustada, cujo objetivo é a revelação do resultado contábil líquido com base em receitas auferidas e despesas incorridas ajustado para refletir apenas as receitas efetivamente recebidas e as despesas efetivamente pagas, conforme o Anexo 23-II da Instrução CVM n. 516/2011. Em outras palavras, no cálculo dos lucros a serem distribuíveis pelo FII, o ponto de partida é o lucro contábil apurado segundo o regime de competência, assim entendido o “lucro auferido com base em balanço ou balancete”, e o ponto de chegada é o lucro contábil ajustado pelo regime de caixa, assim entendido o lucro “apurado segundo o regime de caixa”, sendo esse o sentido dos termos contidos no parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993.

Subsidiariamente, ainda que se restringisse o regime de caixa às transações em dinheiro, nada vedaria que o FII-Superior distribuísse lucro acima do mínimo obrigatório. Conforme exposto, o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 cumpre dois objetivos: de um lado, o objetivo tributário do legislador de garantir o recolhimento do IRRF sobre a distribuição mínima obrigatória de lucros pelo FII, salvo se essa distribuição for isenta do IRRF, e em todo caso sem comprometer a liquidez do FII; de outro lado, o objetivo consumerista do regulador de garantir ao cotista o recebimento semestral obrigatório de lucros do FII. Para atingir esses intuitos de arrecadação e proteção, o FII deve distribuir, *no mínimo*, 95% dos lucros auferidos, apurados segundo o regime de caixa, com base em balanço ou balancete semestral. Entretanto, nada impede que o FII distribua mais lucro do que esse mínimo. Prova disso pode ser extraída da linha I do Anexo 39-II na Instrução CVM n. 472/2008, que se destina ao lucro contábil passível de distribuição que excede ao total do resultado financeiro. Por isso, parece-nos que uma eventual restrição do regime de caixa aos recebimentos e pagamentos em dinheiro reduziria o lucro sujeito à distribuição mínima obrigatória, mas não impediria o FII-Superior de distribuir as cotas do FII-Inferior a título de distribuição superior ao mínimo obrigatório.

4. Conclusão

A lei e as normas infralegais não definiram a forma como o FII deve distribuir seus lucros aos cotistas. Como no Direito Privado é lícito tudo o que não é proibido por lei nem incompatível com o sistema, a distribuição de lucros *in natura* pelo FII só seria inadmissível se prejudicasse os não controladores, seja por tratamento não equitativo, seja por iliquidez do bem recebido.

Para que todos os cotistas sejam tratados de forma equitativa, os cotistas titulares da mesma classe de cotas devem receber os mesmos ativos na proporção de suas respectivas participações, não se estabelecendo qualquer tratamento diferenciado. Para que

seja líquido o bem recebido, os cotistas devem poder vender o bem tão logo seja recebido, como se dá no caso de FII cujas cotas sejam admitidas à negociação na B3.

É recomendável considerar o valor de cotação do bem no mercado, a fim de evitar superavaliações e prejuízos aos não controladores. A previsão regulamentar não é essencial, mas é fortemente recomendada, de forma específica e minuciosa, inclusive dispondo quanto ao órgão competente para deliberar sobre a matéria em cada exercício, os bens do ativo passíveis de distribuição, e os parâmetros a serem observados nas deliberações.

A lei não prevê tratamentos tributários variados conforme a distribuição de lucros se faça em dinheiro ou com outro bem: incide 20% de IRRF em geral; não incide IRRF se o investidor for FII, desde que o investimento seja FII com cotas admitidas à negociação exclusivamente na B3; e há isenção de IRRF se o cotista for pessoa física com menos de 10% das cotas ou até 10% dos rendimentos do FII, desde que o investimento seja feito em FII com no mínimo 50 cotistas e cujas cotas sejam admitidas à negociação exclusivamente na B3.

O regime de caixa previsto para a apuração do lucro mínimo distribuível pelo FII conforme o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 8.668/1993 é similar ao regime de caixa previsto para outras operações pela legislação tributária em geral, tais como a tributação das receitas da atividade imobiliária explorada por pessoas jurídicas. Em todo caso, o lucro caixa é a diferença positiva entre, de um lado, a receita auferida e recebida e, de outro lado, a despesa incorrida e paga, sem qualquer distinção sobre a forma de recebimento ou pagamento, se em dinheiro ou outro ativo.

Escrito de outro modo, o regime de caixa não está restrito a transações efetivadas em dinheiro, mas engloba outros ativos, contanto que efetivamente recebidos ou pagos. O regime de caixa não se restringe aos conceitos contábeis de caixa e equivalentes de caixa, assim entendidos o numerário em espécie, os depósitos bancários disponíveis, assim como as aplicações financeiras de curto prazo, alta liquidez e baixo risco. O regime de caixa tampouco se confunde com a permuta de bens de iguais naturezas e valores, pois no primeiro há receita a reconhecer conforme o recebimento, enquanto no último não há sequer receita.

Os Ofícios-Circulares CVM/SIN/SNC n. 1/2014 e n. 1/2015, a Instrução CVM n. 472/2008 e a Instrução CVM n. 184/2023 corroboram essa interpretação. Um trecho do Memorando CVM/SIN/SNC n. 1/2015 não autoriza interpretação isolada e contrária aos demais atos regulatórios e à lei. Os lucros distribuíveis pelo FII devem ser apurados com base na DRE ajustada, que não se confunde com a DFC. Subsidiariamente, ainda que se restringisse o regime de caixa às transações em dinheiro, não haveria vedação à distribuição de lucro acima do mínimo obrigatório apurado pelo regime de caixa.

Portanto, entende-se que o FII-Intermediário pode entregar as cotas do FII-Inferior como lucro *in natura* para o FII-Superior e, além disso, o FII-Superior deve computar as cotas do FII-Inferior na apuração do seu lucro sujeito à distribuição semestral obrigatória.

Tributação de Operações envolvendo *Trusts* no Brasil: Análise Crítica do Posicionamento das Autoridades Fiscais

Rodrigo Maito da Silveira

I. Introdução

Apresentando um regime jurídico peculiar, o *trust* tem por objetivo primordial a proteção dos bens ou direitos que o integram, em proveito das partes envolvidas e de acordo com as diretrizes definidas no respectivo ato jurídico que formaliza a sua criação. Trata-se de um instituto extremamente versátil e um importante instrumento de autonomia privada, além de ser reconhecido internacionalmente¹ como tal.

O direito brasileiro não contempla expressamente a figura do *trust*, embora, analogicamente, se aproxime de outros institutos tais como, por exemplo, o usufruto, o fideicomisso e mesmo o patrimônio de afetação. Na verdade, o cotejo do *trust* e das suas características com os referidos institutos jurídicos do direito brasileiro permite concluir que, em maior ou menor grau, estas figuras são incapazes, sozinhas, de apresentar a abrangência de escopo e a flexibilidade encontradas nesse instrumento originado do direito anglo-saxão, o qual se mostra muito mais eficiente, econômica e juridicamente, aos fins a que se destina, em vista das necessidades da sociedade contemporânea².

O *trust* pode ser definido como o instituto jurídico por meio do qual um outorgante (*settlor*), em vida ou por ocasião do seu falecimento (por disposição testamentária, como ato de última vontade), transfere total ou parcialmente a propriedade de seus bens e direitos a um terceiro (*trustee*), que irá geri-los e administrá-los (de acordo com as instruções previamente definidas no documento fiduciário que formaliza a sua criação) em

¹ Vale dizer que, no bojo da “Convenção de Haia de Direito Internacional Privado”, da qual o Brasil é parte integrante, foi celebrada a “Convenção sobre a lei aplicável ao *Trust* e a seu reconhecimento”, concluída em 1º de julho de 1985, mas da qual o Brasil não é signatário. Seu inteiro teor pode ser verificado em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=59>. Acesso em: 21 ago. 2023. Para uma crítica construtiva acerca da conveniência de o Brasil ratificar a Convenção sobre *Trusts*, vide: DALLAZEM, Dalton Luiz. Brasil e a Convenção de Haia sobre o direito aplicável aos *trusts*. *Conjur* (on-line). Publicado em 27 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-27/dalton-dallazem-convencao-direito-aplicavel-aos-trusts>. Acesso em: 21 ago. 2023.

² Não à toa, vários foram, nos últimos anos, os projetos de lei voltados à criação do *trust* no Brasil, por meio da técnica da titularidade fiduciária. Conforme assevera Milena Donato Oliva, restaram frustradas as tentativas de instituição de figura equivalente ao *trust* por meio do “Projeto de Lei n. 3.362, de 1957, que buscava instituir o Fideicomisso *inter vivos*”; o Projeto de Código das Obrigações, de 1965, que tratava do Contrato de Fidúcia; o Anteprojeto de Código Civil, que previu a possibilidade de separação patrimonial, o que foi mantido pelo Anteprojeto revisto de 1964; o Projeto de Lei n. 4.809/1998, que também buscou introduzir o Contrato de Fidúcia; e, mais recentemente, o Projeto de Lei do Senado n. 487/2013, que cuida do Contrato Fiduciário” (OLIVA, Milena Donato. Deve o *trust* ser incorporado no direito brasileiro? *Jota* (on-line). Publicado em 7 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/deve-o-trust-ser-incorporado-no-direito-brasileiro-07012018>. Acesso em: 21 ago. 2023). Destaca-se, ainda, mais recentemente, o PL n. 4.758/2020, que ainda se encontra em tramitação.

favor de beneficiários, que podem ou não ter sido previamente definidos pelo *settlor*³. O conceito de *trust*, portanto, repousa na confiança depositada pelo *settlor* no *trustee*.

Por meio do *trust* é possível isolar determinados bens, constituindo assim um patrimônio autônomo, que não se comunica com o patrimônio do *settlor*, nem mesmo com o patrimônio do *trustee*. Trata-se, pois, de um patrimônio vinculado a uma finalidade predefinida, em conformidade com a teoria da afetação⁴. Neste contexto, o *trust* é caracterizado pelos seguintes elementos essenciais:

- 1) segregação da titularidade dos bens ou direitos, pela qual ao *trustee* é atribuída a propriedade legal, e aos beneficiários se confere a propriedade econômica⁵;
- 2) autonomia dos bens e direitos dados em *trust* em relação ao patrimônio geral do *trustee*, em vista da afetação desses bens e direito a determinados fins, o que significa que os bens e os direitos dados em *trust* não respondem por eventuais dívidas do *trustee*;
- 3) atribuição ao *trustee* de uma obrigação fiduciária, qual seja, gerir os bens transferidos pelo *settlor*, segundo as condições impostas no instrumento de criação do *trust* ou pela lei; e
- 4) direito obrigacional do beneficiário (o beneficiário seria essencialmente um credor do *trustee*, por obrigações de dar e/ou de fazer)⁶.

Para além dessas características principais, o *trust* pode ser: (i) revogável ou irrevogável, em função do direito que o *settlor* prevê ou não para si, no ato de constituição do *trust*, quanto à possibilidade de sua revogação (o que implicaria o retorno ao *settlor* dos bens transferidos ao *trustee*), (ii) discricionário ou não discricionário, conforme a natureza dos poderes atribuídos ao *trustee*, pelo *settlor*, na administração dos bens e direitos, e (iii) com beneficiários predefinidos ou não no ato de constituição.

Ainda que exista um amplo preconceito sobre a possibilidade de utilização do *trust* para frustrar direitos de credores, herdeiros, cônjuges ou mesmo do fisco⁷, já que o seu uso é no mais das vezes associado a objetivos de proteção patrimonial e planejamento sucessório e tributário, o direito brasileiro não proíbe a criação de um *trust* por *settlor* residente no país, desde que, naturalmente, não se incorra em fraudes ou ofensa a pre-

³ EASSON, Alexander; THURONYI, Victor. Fiscal transparency. In: THURONYI, Victor (ed.). *Tax law design and drafting*. Washington: International Monetary Fund, 1998, p. 949.

⁴ A teoria da afetação pressupõe a separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são destinados ao cumprimento de um fim determinado, ficando vinculados a essa finalidade, sejam gravados por encargos, sejam simplesmente sujeitos às restrições inerentes à afetação (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 1, p. 251).

⁵ Sobre essa divisão da propriedade no contexto dos *trusts*, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. Nova contabilidade e tributação: da propriedade à beneficial *ownership*. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2014. vol. 5, p. 211-217.

⁶ Os direitos do beneficiário são necessariamente de natureza patrimonial e, salvo estipulação em contrário do ato constitutivo, são livremente alienáveis, renunciáveis e penhoráveis.

⁷ Sobre o uso abusivo do *trust* no Brasil, para ocultação de bens e sonegação fiscal, vide o caso envolvendo o ex-deputado federal Eduardo Cunha (Carf, 2ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária; Acórdão n. 2401-010.022, j. 09.11.2021).

ceitos de ordem pública⁸. Igualmente, não seria vedado a um *trustee* residente no exterior receber e administrar bens situados no Brasil. O fato de inexistir tal instituto no Brasil não significa, porém, que não ocorram conflitos na sua aplicação e exequibilidade⁹.

Quando *settlor*, *trustee*, beneficiários e bens dados em *trust* guardem conexão com diferentes países (ficando sujeitos a normas de diferentes ordenamentos jurídicos nacionais), não é incomum a possibilidade de divergência quanto ao tratamento tributário aplicável às operações subjacentes à instituição do *trust*, sobretudo pela ausência de uniformidade quanto à compreensão desse instituto¹⁰.

Diante desse cenário, neste singelo estudo, dedicado a homenagear Luís Eduardo Schoueri, um dos maiores tributaristas contemporâneos e em quem o autor se inspira desde os primeiros passos no estudo do Direito Tributário, pretende-se explorar em que termos as autoridades brasileiras têm aplicado a legislação fiscal, em especial de imposto de renda e imposto sobre heranças e doações, na transferência de bens, direitos e rendimentos entre *settlor* e *trustee*, bem como entre *trustee* e beneficiários. Para tanto, serão analisadas de forma crítica recentes soluções de consulta que abordaram essa temática.

Esclareça-se que não serão abordados, nesta oportunidade, os diferentes aspectos que envolvem o *trust*, o seu funcionamento, as suas modalidades, assim como a sua natureza jurídica, já que vários autores pátrios já exploraram tais assuntos de forma competente¹¹.

II. Considerações gerais sobre os aspectos tributários relacionados às operações envolvendo trusts

Os tributos aplicáveis e a sujeição passiva (no que se inclui a determinação de quem deve ser reputado contribuinte, inclusive à luz de eventual atribuição de personalidade jurídica para fins fiscais ou aplicação de regime de transparência fiscal¹²), assim como o momento da ocorrência da tributação, podem variar em função do caráter revogável ou irrevogável do *trust*, ou dos poderes atribuídos ao *trustee* (*trust* discricionário ou não discricionário), conforme a legislação de cada país.

⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O instituto do “trust” na perspectiva do direito brasileiro. *Estudos em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 389 e ss. (tópico III).

⁹ Tanto no Brasil quanto em outros países da *civil law*, a tendência é dividir os aspectos jurídicos relevantes de um *trust* estrangeiro entre várias regras de conflito do Direito Internacional Privado, as quais podem indicar diferentes ordenamentos jurídicos para reger aspectos diversos desse mesmo *trust*.

¹⁰ Sobre o tema, vide o nosso: SILVEIRA, Rodrigo Maito da. O tratamento fiscal do *trust* em situações internacionais. *Revista de Direito Tributário Internacional* ano 1, n. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 151-202.

¹¹ Para aprofundamento, recomenda-se as seguintes obras: SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Trevisan, 2016, 224 p.; CHALHUB, Melhim Namem. *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos de garantia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 236 p.; ALMEIDA, Verônica Scriptore Freire e. *O direito dos trusts no Brasil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, 397 p.

¹² Enquanto em muitos países o tratamento fiscal de uma entidade é determinado em função da sua natureza jurídica de acordo com a lei civil, em outros países o tratamento fiscal não necessariamente decorre da condição a ela dada pela lei civil. Noutras palavras, a existência de personalidade jurídica não necessariamente garante que, para fins fiscais, uma entidade seja considerada contribuinte. Neste sentido, a personalidade jurídica é critério que define apenas a possibilidade de se obrigar perante terceiros, mas, do ponto de vista fiscal, não é um critério universal para determinar a condição de contribuinte.

No entanto, caso o ordenamento de determinado país não contemple o instituto do *trust* ou mesmo o tratamento tributário que lhe seja aplicável, é razoavelmente usual considerar que as transferências patrimoniais entre *settlor*, *trustee* e beneficiários teriam natureza de distribuição de rendimentos e/ou doação.

Mesmo assim, dúvidas também podem surgir quanto à qualificação de um pagamento feito pelo *trustee* ao beneficiário como mera doação (sujeita ao imposto sobre doação) ao invés de distribuição de rendimentos (sujeita ao imposto de renda)¹³. Note-se, neste contexto, que a depender da qualificação atribuída a um pagamento ou uma transferência de bens e direitos, em função do respectivo propósito, o tratamento fiscal poderá variar bastante.

Para os países que possuem normas tributárias específicas para os *trusts*, o tratamento fiscal varia significativamente em função das características desses *trusts*¹⁴. Por conta da diversidade de estruturas que podem ser criadas na constituição de um *trust*, a definição do regime tributário para as operações dele decorrentes deve levar em conta não apenas a situação subjetiva e patrimonial das partes envolvidas, como também o tipo de *trust* escolhido¹⁵.

Diferenças consideráveis na tributação podem ocorrer se um *trust* é discricionário ou não, ou mesmo se é revogável ou não. Para além dessas características, parece-nos pertinente investigar a causa (finalidade) subjacente à instituição do *trust* para, também a partir dela, identificar o tratamento tributário.

É imperioso entender, então, o que é a causa do negócio jurídico¹⁶, sendo necessário buscar no direito privado, em especial no direito dos contratos, subsídios teóricos para tanto. Assume-se, para esse propósito, que a natureza do *trust* seria contratual¹⁷, sem prejuízo de controvérsias existentes em torno do tema.

Entende-se por causa o *motivo típico* do contrato, ou seja, a finalidade que atua sobre a vontade das partes contratantes para lhes determinar a atuação no sentido de celebrar o contrato. Fala-se em *causa final*, que difere dos motivos (ou fins) individuais que determinam a conduta das partes ao contratar. A causa relaciona-se ao fim imediato do contrato, e não aos motivos pessoais das partes contratantes. Mesmo nos contratos complexos, a causa é sempre única.

Ressalvados casos de simulação, fraude ou abuso, a causa revela-se como critério para se compreender o negócio, sua qualificação jurídica, e os variados efeitos dele de-

¹³ JONES, John F. Avery *et al.* The treatment of trusts under the OECD Model Convention. *European Taxation*. December 1989, p. 386.

¹⁴ MAISTO, Guglielmo. The taxation of trusts in civil law countries: Italy – aspects of trust taxation. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, agosto 1998, p. 244.

¹⁵ TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2001, p. 107.

¹⁶ Heleno Tôrres enfatiza que a causa de um negócio jurídico assume papéis muito bem definidos, pois se presta a: (i) atribuir-lhe individualidade, como requisito de sua existência; (ii) servir como critério de interpretação (do negócio jurídico); (iii) constituir-se como critério de qualificação desse negócio; (iv) identificar a função social da avença; e (v) classificar os negócios jurídicos (TÔRRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo: RT, 2003, p. 143).

¹⁷ A natureza contratual do *trust* seria admissível ao menos no tocante à relação entre *settlor* e *trustee*. O beneficiário não manifesta qualquer aceitação para fins de instituição do *trust*, de modo que em relação a ele apenas se operaria um ato unilateral de vontade.

correntes, dentre os quais, os efeitos tributários. Em qualquer hipótese, a causa jamais poderá contemplar uma finalidade que contrarie a ordem jurídica vigente.

Se a causa de um negócio jurídico corresponde à sua finalidade, à sua razão de ser, deve então ser investigada qual seria a causa existente na instituição de um *trust*. Seria simplesmente preservar e proteger o patrimônio em relação a futuras investidas que herdeiros possam fazer no sentido de comprometê-lo? Seria destinar os frutos do patrimônio para uma ou mais pessoas em particular, ou aplicá-los para determinados fins (sociais, filantrópicos etc.)? Ou, então, seria tão somente permitir que a sucessão, em termos patrimoniais, ocorra conforme o desejo do detentor original do patrimônio?

A finalidade principal que parece ser comum a todas essas hipóteses seria a de isolar o patrimônio em primeiro lugar, para então destiná-lo conforme os interesses e as diretrizes estipulados pelo *settlor*.

Assim, por exemplo, poder-se-ia sustentar que o imposto sobre doações não deveria incidir na transferência de bens do *settlor* para o *trustee*, quando o *trust* for revogável, já que o potencial desfazimento do *trust* poderia anular a transmissão gratuita de bens ao *trustee*. Do mesmo modo, se o beneficiário de um *trust* for o próprio *settlor*, seria possível também concluir pela não incidência do imposto sobre doações. Nesses casos poder-se-ia cogitar da não concretização efetiva de uma doação¹⁸.

De outro lado, a revogabilidade do *trust* poderia ser entendida como mera condição resolutiva¹⁹, não impedindo a ocorrência e a verificação de todos os efeitos do fato gerador tributário, cujo principal deles é o surgimento da obrigação de pagar o tributo.

Já na hipótese de um *trust* irrevogável e discricionário, sem uma predefinição de quem são os beneficiários, a tributação pelo imposto sobre doações, na transferência de bens do *settlor* ao *trustee*, não ocorreria de forma conclusiva, na medida em que a definição do sujeito passivo ficaria sujeita a uma condição suspensiva. Surgiria a dúvida sobre se o sujeito passivo seria o *trustee*, ou se seriam os beneficiários, a partir da sua respectiva definição. A solução parece passar pela escolha do *trustee* na sua condição de administrador do patrimônio do *trust*, ou o próprio *trust*, na hipótese de possuir personalidade jurídica própria²⁰. Problemas dessa natureza são comuns em países que adotam o donatário como sujeito passivo do imposto sobre doações²¹.

Sob outra perspectiva, se a discricionariedade se der somente em relação à administração do patrimônio conferido ao *trustee*, estando predefinidos os beneficiários e sendo o *trust* irrevogável, parece ser difícil negar que haveria uma liberalidade que, seja como doação, seja como transferência *causa mortis* (no contexto de os beneficiários serem os herdeiros do *settlor*), ficaria sujeita à tributação pelo imposto correspondente.

Ou seja, não fosse a instituição do *trust*, a transferência do patrimônio ocorreria sob a forma de doação ou em razão da abertura da sucessão (falecimento do *settlor*), o

¹⁸ Conforme parece defender Guglielmo Maisto em: MAISTO, Guglielmo. The taxation of trusts in civil law countries: Italy – aspects of trust taxation. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, agosto 1998, p. 244.

¹⁹ A exemplo do que, no Brasil, encontra-se previsto no art. 116, inciso II, do CTN.

²⁰ MAISTO, Guglielmo. The taxation of trusts in civil law countries: Italy – aspects of trust taxation. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, agosto 1998, p. 245.

²¹ LYONS, Timothy. Double taxation of Estates, inheritances and gifts in the EU and the Anglo-American trust. *European Taxation*. IBFD, 1997, p. 77.

que ensejaria a respectiva tributação. Por isso mesmo, ainda que a causa (fim imediato) do *trust* seja isolar o patrimônio, haveria ainda o propósito de transferir este patrimônio graciosamente aos beneficiários, sendo razoável supor que os efeitos tributários deveriam ser equivalentes àqueles aplicáveis à doação ou à herança.

Não apenas o bem ou direito em si pode ficar sujeito a qualificações distintas, mas também a sua natureza pode, a partir da qualificação segundo a lei fiscal interna dos países, sofrer alteração à medida que mude de mãos, ou seja, por ocasião da sua respectiva transferência. Com relação a este ponto, normalmente em países da *common law*, o caráter da riqueza transferida não se altera ao passar pelo *trustee* com destino aos beneficiários, sendo apenas relevante a natureza da fonte desse patrimônio e a residência do beneficiário, as quais influenciam o tratamento fiscal aplicável²².

A flexibilidade dos *trusts* conduz a tratamentos fiscais diferenciados, os quais não apenas variam de país para país em razão das características do instituto à luz do ordenamento aplicável, mas sofrem também influência da sistemática adotada no tocante à definição do contribuinte. Em suma, o tratamento fiscal decorre das regras que contemplem a definição do sujeito passivo a partir das características do *trust*, mas deve ficar subjugado à identificação da causa subjacente à sua instituição.

II.1. Tributos potencialmente aplicáveis

Respeitadas as materialidades tributárias previstas na legislação de cada país, pode-se dizer que, como regra, as operações envolvendo os *trusts* encontram-se potencialmente sujeitas ao imposto sobre herança e doações e ao imposto de renda. Em outras palavras, a incidência de um ou outro tributo (ou de ambos) dependerá do que prevê a legislação tributária (assim como dos correspondentes limites interpretativos) de cada jurisdição.

A incidência do imposto sobre herança e doações poderia ocorrer na transferência de bens e direitos do *settlor* para o *trustee*, e deste para os beneficiários, em função da liberalidade que seria subjacente a tais atos jurídicos.

Quanto ao imposto de renda, a sua incidência pode se dar tanto a partir da eventual apuração de ganho de capital, na transferência de bens e direitos por parte do *trustee* aos beneficiários, como também sobre os rendimentos auferidos pelo *trustee* e derivados dos bens a ele transferidos em *trust* e, ainda, pelos rendimentos distribuídos aos beneficiários. Haveria, ainda, não isenta de críticas, também a hipótese teórica de os bens transferidos pelo *settlor* ao *trustee* serem considerados rendimentos para fins de tributação pelo imposto de renda.

A principal divergência que poderia surgir relaciona-se à impossibilidade de haver, de forma concomitante, a incidência dos dois tributos²³. Considerando que as transfe-

²² JONES, John F. Avery *et al.* The treatment of trusts under the OECD Model Convention. *European Taxation*, December 1989, p. 384. No mesmo sentido: EASSON, Alexander; THURONYI, Victor. Fiscal transparency. In: THURONYI, Victor (ed.). *Tax law design and drafting*. Washington: International Monetary Fund, 1998, p. 952-953.

²³ A esse respeito, Maisto ressalta que, no tocante à tributação de distribuições feitas pelos *trustees* aos beneficiários: "if the distribution does not constitute income to the beneficiary, then gift tax would apply be-

rências patrimoniais (independentemente de ocorrerem a título gratuito ou oneroso) não implicam acréscimo de riqueza nova, não deveriam ensejar a incidência de imposto de renda²⁴. Já as transferências patrimoniais a título oneroso, além de não ensejarem a caracterização de renda tributável, não podem ser reputadas como doações para fins da tributação correspondente.

II.2. Definição de quem é o contribuinte

Pode variar, ainda, a definição, pela lei fiscal interna dos países, acerca de quem é o sujeito passivo da obrigação tributária, seja para fins de imposto de renda, seja em relação ao imposto sobre herança e doações.

No que concerne ao imposto sobre doações, há sistemas jurídicos (normalmente os que seguem a *civil law*) que elegem como sujeito passivo o donatário (*donee based*), enquanto outros (*common law*) indicam como sujeito passivo o próprio doador (*donor based*)²⁵.

Em matéria de imposto de renda, a definição do contribuinte depende das características do *trust*, bem como do fato de possuir ou não personalidade jurídica própria. Nos países cuja legislação prevê o instituto do *trust*, este é normalmente considerado um contribuinte separado, embora sem personalidade jurídica, sendo tributado nos mesmos termos que pessoas físicas²⁶⁻²⁷. Mas, ainda assim, não existe um tratamento uniforme, no sentido de a tributação recair sobre o *trustee* ou sobre os beneficiários, principalmente quando se leva em conta a existência de regras híbridas aplicáveis aos *trusts*²⁸.

Em linhas gerais, independentemente das exações tributárias aplicáveis, poder-se-ia cogitar das seguintes hipóteses no tocante à sujeição passiva, sem prejuízo de variações que cada situação concreta apresente:

- o *settlor* seria o sujeito passível se reservar para si o direito de revogar o *trust*;
- o *trustee* seria apenas responsável tributário, já que, detendo a propriedade dos bens dados em *trust* em caráter fiduciário, não teria capacidade para ostentar a condição de contribuinte;
- o *trustee* seria contribuinte em relação apenas aos rendimentos correspondentes à sua remuneração por atuar na gestão dos bens do *trust*;
- o beneficiário seria reputado contribuinte em relação aos rendimentos e/ou bens que lhe forem transferidos pelo *trustee*.

cause the payment would be regarded as a gift by the trustee to the beneficiary or in any event an enrichment of the beneficiary under gratuitous title” (MAISTO, Guglielmo. The taxation of trusts in civil law countries: Italy – aspects of trust taxation. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, agosto 1998, p. 247).

²⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. vol. I, p. 107.

²⁵ LYONS, Timothy. Double taxation of estates, inheritances and gifts in the EU and the Anglo-American trust. *European Taxation*. IBFD, 1997, p. 77.

²⁶ ROHATGI, Roy. Basic international taxation. London, The Hague, New York: Kluwer Law International, 2002, p. 623.

²⁷ É possível encontrar, por outro lado, *trusts* com personalidade jurídica própria, especialmente na Austrália e nos Estados Unidos (EASSON, Alexander; THURONYI, Victor. Fiscal transparency. In: THURONYI, Victor (ed.). *Tax law design and drafting*. Washington: International Monetary Fund, 1998, p. 949).

²⁸ EASSON, Alexander; THURONYI, Victor. Fiscal transparency. In: THURONYI, Victor (ed.). *Tax law design and drafting*. Washington: International Monetary Fund, 1998, p. 954.

III. Possível aplicação de tributos brasileiros a operações relacionadas a trusts²⁹

Uma primeira situação seria aquela em que uma pessoa residente no Brasil, na condição de *settlor*, desejasse constituir um *trust* no exterior, segundo a legislação do respectivo país estrangeiro, transferindo a um *trustee* nele localizado determinados bens, para que este os administre em favor de beneficiários residentes no Brasil. Neste caso, em sendo não onerosa a transferência de bens do *settlor* ao *trustee*, tal operação poderia, em princípio, ser qualificada como doação, com a eventual incidência do imposto sobre doações brasileiro (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCMD)³⁰⁻³¹.

A grande dificuldade em se cancelar essa qualificação da transferência patrimonial do *settlor* para o *trustee* como uma doação repousa na constatação de que tal ato jurídico, realizado a partir de instituto de direito estrangeiro e, como tal, regido pelas normas do país de constituição do *trust*, em conformidade, inclusive, com o art. 9º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942, com redação dada pela Lei n. 12.376/2010)³², não se enquadraria perfeitamente nos moldes do contrato de doação previsto nos arts. 538 a 564 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002). E tal conclusão seria ainda mais difícil de ser superada no caso das transferências patrimoniais entre *trustee* e beneficiários, dada a ausência de manifestação volitiva desses beneficiários no momento da constituição do *trust*³³.

O contrato de doação pressupõe um caráter bilateral, dele fazendo parte doador e donatário, o que não se verifica na relação entre *settlor* e beneficiário, ou mesmo entre *trustee* e beneficiário. Além disso, é pressuposto do negócio jurídico “doação” que ocorra a diminuição do patrimônio (empobrecimento) do doador e aumento do patrimônio (enriquecimento) do donatário³⁴. E considerando que no *trust* o *settlor* transfere patrimônio ao *trustee* sob regime fiduciário, e por ficar afetado não se confunde com o patrimô-

²⁹ Deixa-se de analisar a incidência do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF, em especial nas operações de câmbio, dado que, na remessa para o exterior, ou no recebimento do exterior, de valores em moeda, não há controvérsias ou mesmo dúvidas de que haveria a respectiva incidência desse tributo.

³⁰ No Brasil, o ITCMD é de competência estadual, nos termos do art. 155, I, da Constituição Federal. Deste modo, a competência tributária é definida, em linhas gerais, a partir do domicílio do donatário, do local em que situam os bens corpóreos e do local em que se realiza o ato de transferência de bens incorpóreos.

³¹ Tomando-se como exemplo a legislação tributária que instituiu o ITCMD no Estado de São Paulo (Lei n. 10.705/2000, com alterações promovidas pela Lei n. 10.992/2001), o doador (*settlor*), por ser domiciliado no Brasil, seria, em caráter excepcional, o contribuinte do imposto (art. 7º, parágrafo único). Não obstante, a regra geral na legislação dos estados brasileiros é a de que o contribuinte é o donatário.

³² “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

³³ Conclusão diversa poderia existir na hipótese de extinção do *trust*, com a transferência de patrimônio pelo *trustee* em favor dos beneficiários, os quais aceitariam recebê-lo. Desenvolvendo melhor esse raciocínio, vide: ALBUQUERQUE, Tiago Luiz de Moura. A tributação da renda e na transferência de bens a beneficiários (domiciliados no Brasil) provenientes de *trust* constituído no exterior: o problema da qualificação jurídica. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* vol. 9. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021, p. 254-266.

³⁴ STANICIA, Sergio Tuthill. *Liberalidade e gratuidade no âmbito da doação*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, p. 142 e ss.

nio do próprio *trustee*, não estaria presente o pressuposto de incremento patrimonial do *trustee* enquanto suposto donatário.

Mesmo que se admita a qualificação da transmissão patrimonial como doação, ao se debruçar sobre a causa subjacente à instituição do *trust* irrevogável, e tendo em conta que o *trustee* apenas exerce um papel de agente fiduciário (ou seja, os bens transferidos pelo *settlor* ao *trustee* não se integram efetivamente ao patrimônio pessoal desse *trustee*³⁵), seria também defensável alegar que o imposto sobre doações somente poderia incidir uma única vez, isto é, se na instituição do *trust* já houve a incidência do imposto sobre doações, não caberia nova incidência quando os bens objeto do *trust* forem incorporados ao patrimônio dos beneficiários.

De toda forma, considerando que, no delineamento da competência tributária do ITCMD, o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal prevê a necessidade de lei complementar federal para regular a instituição e cobrança do imposto quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior ou se a pessoa falecida possuir bens, tiver sido residente ou domiciliada ou tiver seu inventário processado no exterior, e tendo em vista que essa lei complementar não foi editada até o momento, não poderiam os Estados e o Distrito Federal exigir o tributo nessas hipóteses, no que se enquadrariam as transferências patrimoniais efetuadas por *trustee* residente no exterior a beneficiários residentes no Brasil. Essa conclusão foi validada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário n. 851.108, com repercussão geral (Tema 825)³⁶⁻³⁷.

Por outro lado, na hipótese de um *trust* estrangeiro, com o *settlor*, o *trustee* e os beneficiários domiciliados no exterior, e os bens conferidos em *trust* estiverem situados no Brasil, poderia haver a incidência do ITCMD brasileiro na respectiva transferência de propriedade, já que a legislação normalmente contempla como elementos de conexão para justificar a tributação o local em que situam os bens corpóreos e o local em que se realiza o ato de transferência de bens incorpóreos³⁸.

³⁵ Na verdade, seria possível concluir que a transferência de bens do *settlor* ao *trustee* não caracterizaria uma doação, por não implicar aumento patrimonial do *trustee* (CALIL, Ricardo. A incidência do imposto de renda e do ITCMD em operações com *trusts*. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* vol. 4. São Paulo: IBDDT, 2019, p. 204-205).

³⁶ Os efeitos desse julgamento foram modulados para que a decisão tenha eficácia a partir da data da publicação do acórdão (20 de abril de 2021).

³⁷ O STF afastou, por inconstitucionalidade, várias normas estaduais que previam a incidência do ITCMD nas hipóteses previstas no art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, na esteira do que foi decidido no Tema 825, a saber: ADIns n. 6.817, n. 6.829, n. 6.832 e n. 6.837 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), ajuizadas contra leis dos Estados de Pernambuco, do Acre, do Espírito Santo e do Amapá; ADIns n. 6.821, n. 6.826 e n. 6.824 (Rel. Min. Alexandre de Moares), contra leis do Maranhão, Rio de Janeiro e Rondônia; ADIns n. 6.825, n. 6.834 e n. 6.835 (Rel. Min. Edson Fachin), contra leis do Rio Grande do Sul, do Ceará e da Bahia; ADIns n. 6.822, n. 6.827 e n. 6.831 (Rel. Min. Roberto Barroso), contra leis da Paraíba, do Piauí e de Goiás; ADIns n. 6.836 e n. 6.839 (Rel. Min. Cármen Lúcia), ajuizadas contra leis do Amazonas e de Minas Gerais; ADI n. 6.830 (Rel. Min. Gilmar Mendes), ajuizada contra lei do Estado de São Paulo; e ADI n. 6.828 (Rel. Min. André Mendonça), ajuizada contra lei do Estado de Alagoas. Vale dizer, ainda, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 67, o STF estabeleceu o prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional edite lei complementar com normas gerais definidoras do ITCMD nas doações e nas heranças instituídas no exterior, prazo esse já exaurido sem que a providência tenha sido cumprida.

³⁸ No Estado de São Paulo, vide arts. 3º, § 1º, 4º, incisos I, a e II, a, da Lei n. 10.705/2000, com alterações promovidas pela Lei n. 10.992/2001.

Cumpra ressaltar que, na transferência de moeda de *settlor* residente no Brasil para *trustee* residente no exterior, eventual qualificação desta operação, pelas autoridades fiscais brasileiras, como rendimento auferido por não residente, poderia ensejar a incidência do imposto de renda na fonte³⁹, ainda que tal operação mais se aproxime, por suas características, de uma doação.

Como já mencionado, a conferência de bens a um *trust*, mediante sua transferência para *trustee* residente no exterior, não poderia ser entendida como operação sujeita a imposto de renda, já que a materialidade desse tributo, tal como prevista no art. 43 do CTN, não contempla transferências patrimoniais⁴⁰. Aliás, o art. 6º, inciso XVI, da Lei n. 7.713/1988 isenta as doações da incidência de imposto de renda (sem especificar se doador e donatário devem ser residentes no país), do que decorre que não seria válida qualquer espécie de discriminação em relação a donatário não residente, sujeitando-o à tributação pelo imposto de renda na fonte⁴¹.

Em hipótese inversa, seria igualmente questionável a incidência de imposto de renda sobre transferências patrimoniais não onerosas feitas por *trustee* residente no exterior a beneficiários residentes no país, com base na mesma lógica de que a materialidade desse tributo não comportaria operações que não impliquem acréscimo patrimonial decorrente de riqueza nova, cujo fator de produção não tenha sido o próprio contribuinte ou capital a ele pertencente⁴²⁻⁴³.

Do mesmo modo, em caso de transferência de bens imóveis situados no Brasil, em patamar superior aos respectivos valores venais, poderia se cogitar da incidência do imposto de renda sobre ganho de capital, pelo fato de a fonte de produção situar-se no país⁴⁴. Da mesma forma, rendimentos gerados por investimentos realizados pelo *trustee* e que tenham fonte localizada no Brasil ficariam sujeitos à tributação pelo imposto de renda brasileiro.

Enfatize-se, uma vez mais, que, dada a diversidade de propósitos a que um *trust* pode se prestar, é essencial investigar a causa subjacente à sua instituição em cada caso concreto, para então concluir se haveria ou não incidência tributária, e em que termos.

³⁹ Neste particular, é digno de registro que o Regulamento do Imposto de Renda atualmente vigente (Decreto n. 9.580/2018 – RIR/2018) suprimiu uma previsão expressa quanto à não sujeição de doações a não residentes ao imposto de renda de fonte (IRRF) que constava da versão anterior desse Regulamento (art. 690, III, do Decreto n. 3.000/1999 – RIR/1999). A Receita Federal tinha posicionamento exposto quanto à não incidência de IRRF nas doações para não residentes (Soluções de Consulta n. 7.021/2015 e n. 503/2017) até o advento do RIR/2018, quando então passou a concluir em sentido diametralmente oposto (Soluções de Consulta n. 309/2018 e n. 104/2019).

⁴⁰ No mesmo sentido, vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O instituto do “trust” na perspectiva do direito brasileiro. *Estudos em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 389 e ss. (tópico IV).

⁴¹ FRIDMAN, Rosa Sakata. Não incidência de Imposto de Renda sobre doações para não residentes. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* vol. 11. São Paulo: IBDT, 2022, p. 80-97.

⁴² Nesse sentido, vide: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: Apec, 1969, p. 2-29.

⁴³ Em sentido contrário, defendendo existirem pressupostos para a incidência do imposto de renda no Brasil quando o *trustee* entrega produto da exploração do patrimônio do *trust* a beneficiário residente no país, confira-se: MALPIGHI, Caio Cezar Soares; TRONCOSO, Antonio Oliveira Ribeiro. A Solução de Consulta Cosit n. 41/2020 e o recebimento de valores por residente fiscal no Brasil na qualidade de beneficiário de *trust* firmado no exterior. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* vol. 7. São Paulo: IBDT, 2020, p. 131-137.

⁴⁴ Conforme art. 26 da Lei n. 10.833/2003.

Feitas tais digressões teóricas sobre os possíveis enquadramentos tributários das operações subjacentes à instituição de um *trust*, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, passa-se à análise crítica de recentes manifestações das autoridades fiscais brasileiras sobre o assunto.

IV. Solução de Consulta Cosit n. 41/2020

Instada a se manifestar sobre se haveria a incidência de imposto de renda sobre valores recebidos por pessoa física residente no Brasil de um *trust* constituído nas Bahamas pelo falecido marido da consultante, a Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) concluiu, na Solução de Consulta n. 41/2020, que o art. 8º da Lei n. 7.713/1998 daria respaldo para a tributação, em linha com o previsto no art. 43 do CTN, devendo a contribuinte efetuar o recolhimento do imposto com base na sistemática de carnê-leão (tabela progressiva).

De acordo com a singela fundamentação da referida Solução de Consulta, quaisquer rendimentos de fontes situadas no exterior e recebidos por pessoa física residente no Brasil seriam tributáveis pelo imposto de renda.

Ainda que se tenha procurado indicar as características básicas do *trust*, as autoridades fiscais federais não se aprofundaram na causa subjacente atrelada à instituição do *trust*. De outro lado, não fundamentaram de forma convincente sobre a razão de se reputar os valores pagos pelo *trustee* à consultante como rendimentos e não como doação.

Curiosamente, a Solução de Consulta n. 41/2020 deixa de investigar se o *trust* em questão teria funcionado como instrumento sucessório⁴⁵, respeitando a transferência de bens em razão da sucessão do *settlor*, ou mesmo se os bens conferidos ao *trustee* foram anteriormente declarados pelo *settlor* no Brasil, o que poderia eventualmente alterar a conclusão acerca da natureza dos valores pagos à consultante.

Registre-se que a Cosit julgou ineficaz parte da consulta formulada, no sentido de que, caso se repute que a natureza dos pagamentos efetuados pelo *trustee* à consultante seria de doação, se haveria a incidência apenas de ITCMD, e não do imposto de renda. Esquivando-se da análise quanto à possível qualificação dessa operação como doação, a Solução de Consulta n. 41/2020 deixou de cogitar acerca da aplicação do art. 6º da Lei n. 7.713/1998, que prevê a não incidência de imposto de renda em operações de doação, preferindo, sem justificativa plausível, reputar que os valores transferidos pelo *trustee* à consultante seriam rendimentos provenientes do exterior sujeitos à tributação pela sistemática de carnê-leão.

Nota-se, portanto, ser preocupante o entendimento consignado na Solução de Consulta n. 41/2020 que, por ser vinculante para a Receita Federal e outros contribuin-

⁴⁵ Essa observação também foi feita por outros autores, a saber: GALBINSKI, Diego; FLECK, Jacquelyne. Crítica à solução de consulta Cosit 41, de 31 de março de 2020: incidência do IRPF sobre valores recebidos de *trust* por residente no Brasil. Publicado em 2 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328063/critica-a-solucao-de-consulta-cosit-41-de-31-de-marco-de-2020--incidencia-do-irpf-sobre-valores-recebidos-de-trust-por-residente-no-brasil>. Acesso em: 27 set. 2023; CANESSO, Rafael Maldonado. Tributação do *trust* deve ser pelo ITCMD, não pelo imposto de renda. Publicado em 10 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-10/rafael-canesso-tributacao-trust2>. Acesso em: 27 set. 2023.

tes que se encontrem em situação equivalente, despreza as peculiaridades do instituto do *trust* e a causa subjacente à sua adoção, ensejando a tributação pelo imposto de renda de situação não abrangida pela sua materialidade.

V. Resposta a Consulta Sefaz/SP n. 2.543/2022

A Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo foi indagada sobre se as transferências patrimoniais de um *trust* irrevogável e discricionário constituído em 2017 no exterior em favor de beneficiário pessoa física domiciliado no Estado estariam sujeitas ao ITCMD.

Chama atenção o fato de que, para as autoridades fiscais paulistas, a mera circunstância de que o beneficiário tenha sido nomeado como tal para receber futuramente patrimônio oriundo do *trust*, de forma gratuita e por liberalidade, faria com que ele passasse a ser titular de direitos sobre o *trust*, o que caracterizaria uma doação. Ou seja, haveria o fato gerador tributário no momento da instituição do *trust* em razão da nomeação do beneficiário, independentemente do ato futuro de efetiva transferência patrimonial por parte do *trustee* em favor do beneficiário. Trata-se, pois, de interpretação curiosa, já que a expectativa de direito não se traduz em fato concretamente passível de submissão à hipótese de incidência.

O art. 116⁴⁶ do CTN determina que o fato gerador se considera ocorrido, produzindo os seus respectivos efeitos (nascimento da obrigação tributária), em razão de situação de fato, quando presentes as circunstâncias materiais contempladas na hipótese de incidência da norma tributária, ou em razão de situação jurídica (se prevista na hipótese de incidência), quando esta estiver definitivamente constituída.

Não cabe falar em incidência de ITCMD – devido pelo beneficiário – por conta da mera instituição do *trust*, já que a expectativa de direito não está contemplada na materialidade desse tributo. Fosse assim, o mero fato de uma pessoa natural existir já seria fato gerador do ITCMD em razão da futura sucessão dos respectivos genitores.

Outro ponto absolutamente incompreensível é a menção expressa ao julgamento do STF (Tema 825) quanto à impossibilidade de exigência de ITCMD na hipótese de doador domiciliado ou residente no exterior, até que lei complementar dispoza sobre a matéria seja editada, concluindo-se, diversamente, que a legislação paulista sobre a matéria ainda estaria em vigor, ignorando-se, inclusive, o que foi decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.830 (cujo acórdão foi publicado em 21 de novembro de 2022, anteriormente à edição da Resposta a Consulta Sefaz/SP n. 2.543/2022), em que

⁴⁶ “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)”

se declarou a inconstitucionalidade formal da expressão “no exterior”, constante do § 1º do art. 3º, e a integralidade do art. 4º da Lei n. 10.705/2000, atribuindo a este julgamento eficácia *ex nunc* a contar da publicação do acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário n. 851.108 (20 de abril de 2021).

Trata-se, portanto, de manifestação das autoridades fiscais paulistas que não apenas contraria decisão do STF sobre o assunto, como igualmente interpreta os fatos e conclui pela aplicação de normas (cuja eficácia foi afastada) de modo completamente dissociado da materialidade do ITCMD, ao se cogitar da sua incidência sobre mera expectativa de direito.

VI. Considerações finais

É necessário entender os fatos e as circunstâncias que revestem a instituição de um *trust*, no que se compreende a sua causa, para então se definir a sua natureza jurídica e, em sequência, as possíveis consequências tributárias, tarefas essas nem sempre alcançadas de forma harmônica ou incontroversa.

Mesmo que ausente uma roupagem específica para o *trust* na legislação pátria, assume-se que a sua instituição está respaldada na liberdade de contratar, podendo ganhar contornos livres desde que não encontre limitações legais, tampouco ultrapasse os limites da boa-fé e da função social do contrato.

Em qualquer hipótese, a interpretação e a qualificação das operações relacionadas à instituição de *trust* não podem – a pretexto de buscar um enquadramento fiscal aplicável – afrontar os princípios constitucionais tributários, em especial o princípio da legalidade, cujo conteúdo afasta a interpretação analógica da norma tributária com vistas a exigir tributo.

As autoridades fiscais brasileiras, contudo, parecem não perseguir um compromisso de analisar operações envolvendo *trusts* com o rigor técnico que essa tarefa exige. Tal constatação se dá em função do que foi consignado na Solução de Consulta Cosit n. 41/2020 e na Resposta a Consulta Sefaz/SP n. 2.543/2022.

Enquanto na Solução de Consulta Cosit n. 41/2020 concluiu-se que transferências patrimoniais a título gratuito realizadas por *trustee* não residente a uma pessoa física residente no país estariam sujeitas ao imposto de renda brasileiro, em total contrariedade com a materialidade desse tributo, tal como prevista no art. 43 do CTN, assim como em relação ao disposto no art. 6º, inciso XVI, da Lei n. 7.713/1998, na Resposta a Consulta Sefaz/SP n. 2.543/2022, por outro lado, reputou-se que estaria sujeito ao ITCMD o beneficiário domiciliado no Estado de São Paulo de *trust* instituído no exterior, não em razão de transferências patrimoniais efetivas efetuadas pelo *trustee*, mas em razão da mera expectativa desse direito, mesmo tendo o STF julgado inconstitucional a legislação paulista que prevê a incidência do tributo diante da falta de lei complementar endereçando o tema, conforme determina o art. 155, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Trata-se não apenas de manifestações equivocadas. Chama atenção o fato de que não houve um aprofundamento mínimo sobre as causas atreladas à instituição de *trust* nos casos analisados, bem como pela circunstância de que foram simplesmente ignoradas as materialidades tributárias e a inexistência de autorização normativa para sua exigência.

Para além da ofensa ao princípio da legalidade – ao se concluir pela exigência de tributos sem respaldo em lei –, os precedentes administrativos analisados são indicativos de que é imperioso que o instituto do *trust* seja desmistificado e suas características sejam efetivamente compreendidas. Seria ainda louvável que normas específicas relacionadas às operações envolvendo *trusts* fossem incluídas no ordenamento jurídico brasileiro, visando conferir maior segurança jurídica às partes envolvidas, sobretudo no campo tributário e especialmente de modo razoável, afastando pretensões meramente arrecadatórias.

PARTE IV

**TEORIA GERAL DO
DIREITO TRIBUTÁRIO**

Direito e Poder na Relação Jurídica Tributária

André Folloni

O presente texto, escrito na forma de ensaio, foi especialmente elaborado, a convite dos organizadores, para obra coletiva em homenagem ao professor Luís Eduardo Schoueri. Seria despidendo destacar, aqui, todos os méritos profissionais e acadêmicos do homenageado, pelo que vou me limitar a registrar a genuína felicidade pessoal que experimento em poder fazer parte dessa homenagem, dada a afeição que sinto pelo Professor Schoueri, com o qual mantenho uma relação acadêmica de muitos anos, sempre conduzida, pelo Professor Schoueri, com muita simpatia e cordialidade. Meu débito com os organizadores não será facilmente sanado.

Entre os muitos temas que são objeto de estudo do Professor Schoueri, quero destacar a liberdade, que o homenageado tem compreendido como “coletiva” naquilo que chama de “Estado do século XXI”. Não há espanto em que, de todos os temas já enfrentados por Schoueri, esse me chame mais a atenção: afinal, como ele costuma registrar quando estamos juntos, sou, além de um tributarista, um filósofo – ou, mais precisamente, graduado em Filosofia. Então, com atenção à liberdade que está sempre às voltas nas relações entre Estado e cidadãos, é que escrevo esse breve ensaio sobre a presença do poder na relação jurídica tributária.

Uma das noções fundamentais que surge já na fundação do Direito Tributário brasileiro enquanto uma disciplina especializada da Ciência do Direito é a caracterização da relação tributária, isto é, da relação entre Estado e cidadãos no que diz respeito à cobrança e à fiscalização de tributos, como uma relação *jurídica*. Caracterizar essa relação como jurídica implica um distanciamento da visão dessa mesma relação como uma relação de *poder*. Nesse sentido, o jurídico excluiria o poder: como a relação entre Estados e cidadãos é uma relação jurídica, isto é, regulada pelo Direito, exercida dentro de limites determinados sobre o que pode e o que não pode feito pelo Estado, então, o Estado não exerce, na cobrança e fiscalização de tributos, um poder, que por natureza seria algo ilimitado. Exerce, isso sim, uma *competência jurídica*, no ato de criação legislativa do tributo, e uma *capacidade jurídica* na sua cobrança.

A ideia de que o poder de tributar é, portanto, limitado, delimitado e controlado, é fundante do Direito Tributário. É limitado, porque nenhum órgão tributário pode tudo: o Poder Legislativo só pode instituir os tributos conforme as atribuições de competência estabelecidas na Constituição; o Poder Executivo só pode fiscalizar e cobrar os tributos conforme as regras gerais do Direito Administrativo e as regras específicas do Direito Tributário; o Poder Judiciário só pode impedir a cobrança dos tributos em caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade; e assim por diante. É delimitado porque os limites materiais e procedimentais estão preestabelecidos na Constituição: os Estados podem tributar vendas de mercadorias, mas, salvo em casos de transporte intermunicipal e comunicação, não podem tributar serviços; os Municípios podem tributar serviços, mas não podem tributar renda; a União pode tributar renda, lucro, receita, faturamen-

to, industrialização, importação e exportação, mas não pode instituir imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, apenas propriedade rural; e assim por diante. É controlado, porque, também no Direito Tributário, vige o sistema constitucional de freios e contrapesos, no qual os poderes são harmônicos, mas independentes entre si, e fazem o controle uns dos outros, nas formas previstas na Constituição. A Constituição é, então, o local privilegiado no qual o poder do Estado é domesticado e converte-se em competência. A competência estabelece aquilo que o Estado pode fazer e, simultaneamente, aquilo que não pode. Definida pelo Direito, na Constituição, a competência é a parcela de poder juridicamente atribuída ao Estado e, nessa atribuição, limitada, delimitada e controlada.

Nesse sentido, a doutrina costuma lecionar com destaque a oposição entre poder e direito, entre a relação tributária como uma relação de poder ou como uma relação jurídica. Por exemplo, Hugo de Brito Machado, usando os itálicos para sublinhar essa dualidade, ensina que “[...] a *relação de tributação* não é simples relação de *poder* como alguns têm pretendido que seja. É relação *jurídica*, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado”. Sendo jurídica, a relação é limitada, o que não ocorreria com uma relação meramente de poder: “[...] não é razoável admitir-se a relação tributária como relação de poder”. Essa limitação é estabelecida, de início, na Constituição: “Organizado juridicamente o Estado, com a elaboração de sua *Constituição*, o Poder Tributário, como o Poder Político em geral, fica delimitado e, em se tratando de confederações ou federações, dividido entre os diversos níveis de governo”¹. Como consequência, tem-se a existência de normas que regem o exercício dessa competência, como são os princípios constitucionais tributários: “Sendo, como é, a relação de tributação uma relação *jurídica* e não simplesmente de *poder*, tem-se como indubitosa a existência de princípios pelos quais se rege.”²

Note-se que essa distinção tem como objetivo ressaltar que a relação entre Estado e contribuinte está sujeita a regras e não é, portanto, uma relação arbitrária, como seria a relação de poder. Assim aparece a noção de competência tributária como sucedânea e substituta da noção de poder tributário: “Ao poder tributário juridicamente delimitado e, sendo o caso, dividido dá-se o nome de *competência tributária*.”³ O contraste aparece como se operando entre algo absoluto e incontido (o poder) e algo regulado e delimitado (a competência). Mais enfático, Roque Antonio Carrazza, também se valendo dos itálicos para destacar a oposição, rechaça o próprio uso da expressão “poder tributário”, exatamente porque esse seria ilimitado: “No Brasil, por força de uma série de disposições constitucionais, não há falar em *poder tributário* (incontrastável, absoluto), mas, tão somente, em *competência tributária* (regrada, disciplinada pelo Direito).”⁴

É interessante perceber que, em texto antigo, José Souto Maior Borges caracteriza essa oposição de modo diverso, em diferença importante, embora, talvez, sutil: o que

¹ *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

² *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45 – itálicos do original.

³ *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43 – itálicos do original.

⁴ *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 489.

esse mestre chama de “poder tributário” existe delimitado pela Constituição e se esgota na criação da lei tributária. Trata-se, portanto, de um poder jurídico, mas, ainda assim, de um poder: “O poder tributário [...] está rigidamente alicerçado em normas constitucionais disciplinadoras do seu exercício. É, assim, um poder jurídico, vale dizer, regulado e limitado pelo Direito.”⁵ Explica, em seguida: “No Estado constitucional moderno, o poder tributário deixa de ser um poder de fato, mera relação tributária de força (*Abgabegewaltverhältnis*) para converter-se num poder jurídico que se exerce através de normas.” Essa relação de poder, jurídico e não meramente de fato, dá lugar à relação jurídica obrigacional no momento em que a lei tributária é instituída: “Esgota-se a relação de poder a partir do momento em que o Estado exerce, no âmbito da Constituição, o seu poder tributário e o faz por meio do instrumento de lei formal e material, ato do poder legislativo.”⁶

No trabalho de Souto da década de 1960, portanto, o poder tributário existe e está previsto na Constituição, de modo que é um poder regulado pelo direito; mas se trata, ainda assim, de um poder: “[...] o poder de tributar – poder jurídico porque o seu exercício é subordinado a normas constitucionais rígidas – manifesta-se, como se está sustentando, em momento diverso: a instituição legal do tributo, que precede lógica e cronologicamente a fase de sua arrecadação, esta plenamente vinculada a critérios legais preestabelecidos”. O tributo, legislativamente criado e aplicável, surge do exercício do poder tributário: “O exercício do poder tributário dá origem, nesses termos, a uma *pretensão tributária* do ente público e, a sujeição tributária geral, a um *débito tributário* do contribuinte.”⁷ A competência tributária não sucede ou substitui o poder tributário, mas limita-o: “A competência tributária consiste, pois, numa autorização e limitação constitucional para o exercício do poder tributário.”⁸ Essa visão parece mais adequada ao texto da Constituição, que se refere às limitações ao poder de tributar estabelecidas, no art. 150, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte.

É semelhante a lição de Ruy Barbosa Nogueira:

“[...] exercício do poder de tributar, no Estado de Direito Constitucional, está submetido em primeiro lugar à disciplina da Constituição [...] o Direito Constitucional Tributário é o conjunto de princípios e normas que regulam o poder tributário do Estado; disciplina não só o poder tributário, mas também o seu exercício, ou manifestação da competência tributária das entidades públicas em relação à instituição, exigência e arrecadação das rendas tributárias, como das garantias ao devido processo legislativo, administrativo e jurisdicional do ‘cidadão-contribuinte’ e do fisco.”⁹

Entretanto, nessa passagem de Ruy Barbosa Nogueira, como se nota, o poder tributário não parece se “esgotar” – como dizia Souto – quando da elaboração da lei tributária: permanece e é exercido também nos momentos de exigência e arrecadação admi-

⁵ *Isonções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 20.

⁶ *Isonções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 21.

⁷ *Isonções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 23.

⁸ *Isonções tributárias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 27.

⁹ *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 117-118.

nistrativas do tributo e, inclusive, em eventuais intervenções judiciais na relação jurídica tributária¹⁰.

Temos, então, quatro entendimentos semelhantes, porém, diversos. Semelhantes, no sentido de que, sem exceção, todos sustentam que a cobrança de tributos e demais obrigações relacionadas são resultado do exercício de comportamentos estatais regulados pelo Direito e, por isso, limitados, contidos, regrados pelo direito positivo. Trata-se da conhecida – e correta – noção segundo a qual o Direito Público tem por objeto, precisamente, a disciplina ou a regulação do exercício do poder político ou do poder estatal, o que vale, sem dúvida, para o Direito Tributário¹¹.

Todavia, embora semelhantes, são entendimentos diferentes: desde o ponto de vista segundo o qual, uma vez promulgada a Constituição, não existe mais, propriamente, poder tributário (Carrazza); até o ponto de vista segundo o qual o poder tributário segue existindo, porém juridicamente regulado e limitado, em todo o percurso de nascimento e extinção das obrigações tributárias, desde a criação da Constituição até a eventual decisão judicial, passando pela lei e pelos atos administrativos de fiscalização e cobrança (Nogueira); incluindo a noção de que o poder tributário existe na Constituição mas se esgota na elaboração da lei (Souto) e pela noção de que o poder tributário permanece existindo, mas como um aspecto secundário das relações juridicamente reguladas entre Estado e contribuintes: a relação tributária não é “simplesmente” de poder, mas jurídica (Machado).

A primeira caracterização, segundo a qual, a partir da Constituição, não se deve mais propriamente falar de poder tributário, é claramente exagerada e, talvez, excessivamente otimista. Primeiro, porque o poder, antes da Constituição, não é propriamente ilimitado; segundo, porque, depois da Constituição, o poder não deixa de existir.

Não costumamos lidar com poderes ilimitados, ainda que abstraíamos as limitações jurídicas. O poder, mesmo aquele eventualmente não submetido ao Direito, enfrenta limitações de ordem prática e técnica, ou impostas por outro poder que o possa enfrentar. Abstraídas as restrições jurídicas, um pequeno grupo intolerante que se reúna em certa cidade não pode, mesmo que queira, eliminar, por exemplo, todos os adeptos de determinado comportamento que considera inadequado, ou de certos valores que considera inaceitáveis, se esses adeptos forem centenas de milhões espalhados por centenas de países no mundo. Seu poder não será suficiente para tanto por absoluta impossibilidade fática. Mesmo que esse grupo se organize, arme-se e cresça, corre o risco de se ver contrastado por outro ou outros grupos que se oponham às suas pretensões. Em rigor, um poder que pudesse tudo, de forma absolutamente ilimitada, seria onipotente. Na interpretação freudiana da infância temos a ilusão da onipotência¹². Na teologia, é

¹⁰ Embora, em seguida, Barbosa Nogueira sustente, igualmente valendo-se de itálicos, e usando o verbo “convolar”, que “[...] o *poder* de tributar se convola em *direito* de tributar, ou seja, no caso da federação, cada esfera de governo somente poderá instituir o tributo para o qual recebeu da Constituição a respectiva competência, competência esta que terá que ser exercida dentro das limitações do poder de tributar” (*Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 119-120).

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26.

¹² PUMPIAN-MINDLIN, Eugene. Vicissitudes of infantile omnipotence. *The Psychoanalytic Study of the Child* vol. 24, n. 1, 1969, p. 213-226.

um atributo divino¹³. Mas, na prática do complexo mundo contemporâneo, os poderes enfrentam limites de várias ordens. Assim, dizer que o poder tributário seria incontrastável ou absoluto antes de sua disciplina constitucional não é um proceder imune a crítica.

Esse aspecto, porém, é menos importante. O que parece mais grave é considerar que, a partir da Constitucionalização das competências tributárias, ou da edição das leis tributárias, não mais haveria poder tributário, mas apenas o exercício de atribuições jurídicas legislativas, administrativas ou judiciais. Se definimos “poder” como a capacidade que um sujeito tem de influenciar, de condicionar ou de determinar o comportamento de outro, como de forma bastante simples faz Norberto Bobbio, então, conclui o mesmo Bobbio, a relação entre governantes e governados é uma típica relação de poder¹⁴. Dentro ou fora da Constituição; com ou sem limites jurídicos; a relação tributária é uma relação de poder – não obstante, no Estado de Direito, seja, também, uma relação jurídica. Também não é exata a noção segundo a qual o poder tributário desaparece no momento da edição da lei: é verdade que, a partir da lei, o poder tributário está sujeito a novos condicionamentos jurídicos, mais complexos; mas segue sendo poder. E sequer independe de maiores esclarecimentos e deixa de estar suscetível de escrutínio a compreensão segundo a qual a relação deixa de ser “simplesmente” de poder como se, a partir de sua juridicização, o poder passasse a estar limitado e, antes, não estivesse.

É possível supor boas intenções subjacentes a essa consideração: de que o Direito é capaz de conter o poder ou, mais ainda, de superá-lo, transformando-o em algo totalmente controlado, absolutamente contido, insuperavelmente delimitado, perfeitamente regrado, disciplinado e regulado pelo próprio Direito.

No entanto, essa absoluta contenção dependeria de muitos condicionantes que não existem e, para uma parcela expressiva de estudiosos, não seriam sequer desejáveis. Por exemplo: para aceitarmos que, uma vez prevista na Constituição, a competência tributária superasse absolutamente qualquer aspecto de poder, para transformá-lo em algo completamente submetido ao Direito, seria preciso, em primeiro lugar, aceitarmos que não existe possibilidade, nem lógica, nem fática, de alternativas de interpretação do texto constitucional que possam ser defendidas, eventualmente com sucesso, por quem exerce o poder (o Estado), em detrimento de interpretações diversas de quem se submete ao poder (o contribuinte). Mesmo uma visão bastante otimista das normas de competência tributária, que entenda serem absolutamente precisas as atribuições materiais, de modo que qualquer divergência interpretativa só possa decorrer de erro, acaba por admitir a possibilidade lógica desse erro, o que produz, como consequência, a admissão da possibilidade de prevenção ou correção desses erros por meio de lei de normas gerais de direito tributário que disponha sobre os conflitos “aparentes” de competência tributária.

¹³ GATTO, Alfredo. *Quomodo sit omnipotens cum multa non possit*: Anselmo d'Aosta e Pier Damiani sull'onnipotenza divina. *Kriterion* n. 149. Belo Horizonte, ago. 2021, p. 387-408.

¹⁴ “Nella determinazione di ciò che è compreso nell'ambito della politica non si può prescindere dalla individuazione dei rapporti di potere che in ogni società si stabiliscono fra individui e fra gruppi, inteso il potere come la capacità di un soggetto di influenzare, condizionare, determinare il comportamento di un altro soggetto. Il rapporto fra governanti e governati in cui si risolve il rapporto politico principale è un tipico rapporto di potere.” (*Elementi di politica*: antologia. Torino: Giulio Einaudi, 2010, p. 6)

ria. Roque Antonio Carrazza, por exemplo, sustenta que a Constituição “traçou rigorosamente as competências tributárias” por meio de uma “rígida discriminação de competências tributárias”, de modo que “as competências tributárias das pessoas políticas foram perfeitamente desenhadas por grande messe de normas constitucionais”, de tal sorte que “o legislador de cada uma das pessoas políticas encontra, na Carta Suprema, perfeitamente iluminado e demarcado, o campo competencial tributário”. Admite, contudo, a possibilidade de “insuficiências intelectivas”, de “inexata compreensão”, de “equivocos exegéticos”, de modo que caberá à lei “iluminar pontos controvertidos” e “facilitar a boa compreensão das normas constitucionais pertinentes”¹⁵. Portanto, mesmo a compreensão – de resto, exagerada – de que as normas constitucionais de competência tributária desenharam “perfeitamente” as competências tributárias não prescinde de se admitir a possibilidade de que alguém deva, afinal, dizer qual é a interpretação correta e quais são as interpretações equivocadas desse desenho perfeito. Esse alguém exercerá o poder de impor, a todos os demais, a sua interpretação. É um poder regulado pelo direito, sem dúvida; ainda assim, é um poder, bastante importante, grave e que pode acabar por ser exercido de forma bastante intrusiva.

Outro condicionante necessário para se admitir que a juridicização da matéria tributária suprime o elemento de poder antes presente é que a lei tributária seja, também ela, absolutamente exata e incontroversa no estabelecimento das hipóteses de incidência e de não incidência, dos contribuintes, da base de cálculo, da alíquota e dos demais elementos eventualmente presentes nos diversos tributos – como os múltiplos regimes especiais, hipóteses de creditamento, incentivos fiscais e assim por diante. São as concepções segundo as quais as leis tributárias devem conter previsões capazes de excluir qualquer margem de interpretação dos órgãos de aplicação do Direito¹⁶. Como não são sempre possíveis previsões legais tão precisas que impeçam a dúvida – e, segundo alguns, não seriam sequer desejáveis –, também aqui a pretensão de que o poder se esvaíria com a edição da lei tributária é excessivamente otimista – ou, talvez, meramente ideal, mas não real. Sempre alguém precisará decidir o que determinada previsão legal significa; se está ou não adequada às normas superiores que a regulam; e se os fatos correspondem ou não às descrições legais objetos de interpretação. Esse alguém, sempre um agente estatal – no Poder Executivo ou no Poder Judiciário, conforme o caso –, exercerá uma competência jurídica e, simultaneamente, um poder: o poder de determinar a incidência ou não do tributo sobre determinado contribuinte e, sendo esse o caso, de impor, por força da sua interpretação, a obrigação de pagar o tributo, isto é, de que o comportamento do cidadão se adeque ao seu entendimento.

¹⁵ Impossibilidade de conflitos de competência no sistema tributário brasileiro. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/07/Roque-Antonio-Carrazza.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

¹⁶ Por exemplo: XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978, p. 36; CARRAZZA, Roque Antonio. O princípio da legalidade e a faculdade regulamentar no direito tributário. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 522; CARRAZZA, Roque Antonio. *Reflexões sobre a obrigação tributária*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 27; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429.

Em rigor, estabelecer, na Constituição e nas leis, os princípios e as regras que limitam, delimitam e condicionam a tributação, permitindo seu controle jurídico, embora seja condição necessária no Estado Constitucional de Direito, não é condição suficiente para garantir que o poder estará, então, contido pelo Direito. Afinal, o ato que determina qual é a interpretação que prevalecerá a respeito de cada uma dessas regras e princípios é sempre um ato de poder: é sempre, em qualquer hipótese, um ato do Estado – seja por meio do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário – que imporá ao cidadão um determinado comportamento. O fato de que a relação tributária está condicionada pela Constituição e pelas leis não exclui que siga submetida às interfaces de poder de várias ordens: político, econômico e ideológico, por exemplo, ou de poderes nos quais vários desses aspectos aparecem em combinações as mais diversas. Embutido nesse poder está, então, o poder de subverter a própria ordem jurídica que o deveria regular. Como ensina Norberto Bobbio, quando um agente, que está no topo do poder, atuar de modo diverso do que se entende estar previsto na norma, esse seu comportamento não é apenas a violação da norma precedente, mas, sobretudo, a alteração do próprio sentido da ordem jurídica, que fica corrompida¹⁷.

Naturalmente, o poder pode se valer, como estratégia, exatamente da impossibilidade de que, em toda e qualquer circunstância, haja precisão absoluta nos textos das normas constitucionais e legais, para afirmar o oposto, em uma falácia de falsa oposição: sua imprecisão absoluta em toda e qualquer circunstância. Esse tipo de afirmação elimina, na teoria e na prática, os limites jurídicos estabelecidos por aquelas normas. Sempre que a imprecisão, a indefinição de limites e a nebulosidade de contornos são afirmadas como verdade sem que seja acompanhada de algum esforço, seja para identificar quando essa afirmação é, de fato, verdadeira; seja para resgatar a precisão, os limites e os contornos; seja para oferecer alternativa de contenção do poder apesar da imprecisão; o que se entrega, propositada ou inadvertidamente, são justificativas para a possibilidade de exercício de poder ainda menos contido e, em última instância, o aniquilamento do Direito Público – e, no caso específico, do Direito Tributário – para que reste, apenas, desregulada e indisciplinada relação de poder que o Direito deveria ter sido capaz de disciplinar e regular.

O Direito é um conjunto de textos promulgados por autoridades – assembleias constituintes, legisladores, administradores, juízes etc. – mas é, talvez mesmo sobretudo, uma prática de exercício de poder com base nesses textos. E, muitas vezes, contra ou a despeito desses mesmos textos. Não são, apenas, textos promulgados por autoridades, prontos para serem aplicados em conformidade com suas previsões disciplinadoras do exercício do poder: são textos, também, sempre interpretados e aplicados por autoridades, cujo poder não se esvai com sua edição, mas permanece, se reafirma e se fortalece a cada vez que uma interpretação é sustentada com êxito e uma decisão qualquer se impõe como de cumprimento obrigatório – sobretudo quando o órgão decisor acaba por estabelecer, ele mesmo, a sua competência para decidir, como ocorre em tribunais de várias instâncias, sobretudo as superiores.

¹⁷ *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. Trad. Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2016, p. 94.

O Direito Constitucional contemporâneo impõe deveres ao Estado. No Brasil, tais deveres podem ser bem sintetizados a partir do texto do preâmbulo da Constituição: o Estado existe para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. E deverá fazê-lo com observância dos princípios e das regras estabelecidos ao longo da Constituição, procurando harmonizá-los, conforme as diferentes funções normativas que exercem no ordenamento, sem que a valorização de um implique a negação de outro. Para não parecer arbitrário, o poder comumente utiliza alguns desses termos para sustentar suas decisões. Por isso, mesmo que o objetivo da decisão seja a realização de um ou alguns desses deveres, o anúncio desse objetivo, verdadeiro ou falso, não pode autorizar o descumprimento de normas constitucionais, sob pena, precisamente, de perda da noção fundamental do Direito Público enquanto disciplina do exercício do poder político, que permanece sempre pronto para se expandir a cada vez que um limite constitucional é superado. E a cada vez que o poder se expande, a liberdade é apequenada, ainda que de moto sutil ou suave, como observa, agudamente, o nosso homenageado¹⁸.

Quando se admite que o Direito tem por objetivo disciplinar o exercício do poder, não se deve, a partir dessa disciplina, desconsiderar o sempre presente elemento de poder como se o elemento jurídico o afastasse ou, pior, o substituísse. Ao contrário: é fundamental ter presente, em cada momento, que a disciplina jurídica, embora necessária, é, por si só, insuficiente para conter, limitar e disciplinar o poder. O poder estará sempre presente, à espera de espaços para ocupar, por meio dos quais cresce e avança. A vigilância do poder – e não a afirmação da sua inexistência ou, ao contrário, da impossibilidade de sua contenção pelo direito positivo – deve ser, então, uma prática cotidiana. Não é suficiente dizer que a relação tributária é jurídica. Essa afirmação, e as regulações constitucionais e legais que servem de base empírica para a afirmação de sua procedência, não bastam para que o poder esteja, de fato, disciplinado.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. A suave perda da liberdade. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 18. São Paulo, 2004, p. 7-10; SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471.

Reasoning by Analogy in Tax Law: a Dialogue with Professor Luís Eduardo Schoueri

Daniel Gutmann

It is a great honour for me to contribute to the Tax Studies in honor of Professor Luís Eduardo Schoueri's 20 years as a Professor. Professor Schoueri is not only a very good friend to whom I am happy to offer an "intellectual gift" to celebrate his 20 years as a Professor at the University of São Paulo. He is also a fantastic academic whose contribution to the study of taxation has enlightened many authors, both in Brazil and in many other countries. Lastly, I would like to take this opportunity to thank him for being my guest at the Sorbonne Law School some years ago, where his lectures have generated extraordinary enthusiasm among the French students. I am also grateful for having been invited several times by Professor Schoueri and the excellent team of the Instituto Brasileiro de Direito Tributário to participate in the annual Congress of the IBDT. These congresses have made me learn a lot about the Brazilian approach of international taxation and gave me the chance to meet exceptional colleagues.

While Professor Schoueri has written beautiful (and refreshingly provocative) pieces on international taxation, he has also studied in-depth domestic taxation as well as legal and tax theory. When I had to decide upon a topic that I could share with him and with the readership of this book, I remembered that he had very kindly given me his book on *Direito tributário*¹ which is a truly extraordinary volume of thoughts and knowledge on many different topics. Among those, the role of analogy in tax reasoning has been of particular interest for me.

Several reasons account for this choice. In general, one can say that reasoning by analogy is at the heart of legal experience in many ways. The first reflex of any lawyer faced with a new question is to use his memory and experience, asking himself how he reasoned in the presence of comparable previous circumstances. Analogy is the logical crutch of the experienced lawyer.

On a more personal note, I have spent a lot of time over the last five years writing a book on tax law interpretation², which explains my eagerness to discover Professor Schoueri's thoughts on this matter. Unsurprisingly, I have not been disappointed: the book contains fruitful observations on interpretation and "integration" (*integração*)³. It provides for a detailed description of the Brazilian approach to the use of analogy in tax matters⁴, starting from the wording of Article 108 of the Código Tributário Nacional

¹ Saraiva, 8th ed., 2018 (hereafter referred to in the footnotes as *Direito tributário*). The English translations of Professor Schoueri's statements are mine. I have done my best to be fair to the Portuguese text and I apologize in advance for any residual mistake.

² *Sources et ressources de l'interprétation juridique. Etude de droit fiscal*, LGDJ (Lextenso), 2023.

³ *Direito tributário*, XVII, p. 731 et seq.

⁴ *Direito tributário*, XVII, 6.2, p. 775 et s.

which provides that the use of analogy, albeit allowed in principle, may however not result in the imposition of a tax not provided for by law: “O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

Besides, the deep reflections conducted by Professor Schoueri on the basis of a both theoretical and comparative approach are of particular interest for a French lawyer⁵. Indeed, unlike certain legislations which expressly grant certain legal effects to reasoning by analogy⁶ (subject to various reservations, notably in criminal matters) or, on the contrary, clearly reject it⁷, the French legislation takes no position on the subject. It does so neither generally, nor specifically in tax matters. This is why reading Professor Schoueri’s writings on this topic has been a perfect starting point to share with him my own thoughts and my understanding of the French experience, as revealed by court practice.

In order to conduct this dialogue with Professor Schoueri, I would like to start with a definition of what we mean when we talk about the reasoning by analogy (1). I will then discuss the theoretical issues raised by this kind of reasoning in tax matters, especially with respect to fundamental principles (2), before examining its status in French case law (3).

1. Definition of reasoning by analogy

Defining what is meant by “reasoning by analogy” is all the more important as this type of reasoning is often referred to in very different contexts and with very different meanings.

In some cases, the judge is said to reason by analogy, when he or she draws inspiration from the interpretation he or she has given to one text to arrive at the interpretation of another. In other cases, reasoning by analogy is used to fill a gap in the legal system.

In legal theory, however, reasoning by analogy is usually defined restrictively. It refers to the extension of the scope of application of a rule, which covers situation no. 1, to situation no. 2, which is not covered by the rule⁸. A particular form of reasoning by

⁵ Professor Schoueri provides a lot of interesting information on comparative law regarding the use of analogy (*Direito tributário*, XVII, 6.2, p. 779-90), part of which he borrows explicitly from Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung. Vol. I: Wissenschaftsorganisatorische, systematische und grundrechtlich-rechtstaatliche Grundlagen*. 2. ed. Köln: Otto Schmidt, 2000, p. 220 et seq.

⁶ This is the case in Italy (art. 12 of the Civil Code) and in other countries (e.g. art. 16 of the Portuguese Civil Code of 1867 or art. 2 of the Argentine Civil Code of 1994). The German doctrine of reasoning by analogy, which is described by Professor Schoueri in *Direito tributário*, XVII, 6.2.2, p. 777-778, is also the subject of substantial developments in F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, pref. R. Saleilles, 1919, repub. LGDJ, 2016, no. 105, p. 210 et seq. Developments on the German debate on analogy in tax law can be found in the article by W. Schön, “Interpretation of Tax Statutes in Germany”, in K. Vogel, *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, Kluwer International, Series on International Taxation, 20, 1998, p. 69 et seq., speculative p. 74 et seq. See also C. Heber and C. Sternberg, “Legal Interpretation of Tax Law: Germany”, in R. F. van Brederode and R. Krever (ed.), *Legal Interpretation of Tax Law*, Wolters Kluwer, 2014, p. 163 et seq.

⁷ This is the case in Spanish law, for example (art. 14 of the Ley general tributaria), on which see M. Siota Alvarez, *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*, Marcial Pons, 2010.

⁸ This presentation is inspired by the approach proposed by Norberto Bobbio, “Analogia”, *Contributi ad un dizionario giuridico*, G. Giappichelli, Torino, 1994, p. 1 ff. It can also be found in D. Walton, F. Macagno and

analogy is *a fortiori* reasoning, by virtue of which it is even more legitimate to apply the rule to situation no. 2 than to situation no. 1, given the *raison d'être* of the rule⁹.

Thus, reasoning by analogy is not to be confused with an extensive interpretation of a norm¹⁰. Here is an example which I draw from French case law¹¹ to illustrate this statement. A tax rule R provides for deferred capital gain taxation where an individual contributes “securities” to a corporation. Does this rule apply the contribution of rights in a partnership without legal personality? In order to answer this question, it must be recalled that when an entity has no legal personality, it cannot issue “securities” (within the meaning of this term in corporate law). Consequently, there are two logical avenues open to the interpreter in determining the applicability of the rule R to the case in question:

- either one considers that the rights in a partnership without legal personality *are* securities within the meaning of the rule. This is an *extensive interpretation* of the notion of “securities”, by virtue of which its scope encompasses the rights concerned¹². This extensive interpretation may be justified if one takes the view that the rule is ambiguous and is worded in such a way that it can be applied to a broad range of situations; it may even be influenced by constitutional standards, among which the principle of equality, which may play a role in the interpretation process¹³.
- or one considers that the rights in a partnership without legal personality *are not* securities within the meaning of the rule: they are therefore excluded from its scope of application. From this point of view, the application of a tax deferral in the event of a contribution of such rights can only be based on a *reasoning by analogy* based on the idea that, in view of the similarity between these rights and the securities referred to in rule R, it is legitimate *to extend* the regime provided for by rule R to the case in point.

The developments above show that reasoning by analogy is logically distinct from interpretation. As Professor Schoueri perfectly shows, interpretation (i.e. in short the

G. Sartor, *Statutory Interpretation. Pragmatics and Argumentation*, Cambridge University Press, 2021, p. 218 and it is endorsed by L. E. Schoueri who writes that analogy is the “extension of a norm to situations which are not contemplated in its hypothesis” (*Diréito tributário*, XVII, 6.2.1, p. 776).

⁹ For a theoretical presentation of *a fortiori* reasoning, see D. Walton, F. Macagno and G. Sartor, *Statutory Interpretation. Pragmatics and Argumentation*, Cambridge University Press, 2021, p. 234 ff.

¹⁰ On this essential distinction, see F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, pref. R. Saleilles, 1919, repub. LGDJ, 2016, no. 105, p. 207 et seq.

¹¹ French Supreme Court (Conseil d'Etat, 27 Febr. 2019, no. 408457, *Revue de droit fiscal* 2019, no. 37, comm. 363, concl. É. Bokdam-Tognetti).

¹² This was the approach taken by the Conseil d'Etat in the case cited in the previous footnote, when it stated that “the legislator *intended to include within the scope* of the deferral of taxation capital gains arising from all contributions to a company subject to corporate income tax”, including contributions relating to rights in a partnership without legal personality. There are a number of reasons for this decision, not least the history of the text in question, but this is not the place to explain it, since the example we are studying is intended only to illustrate the conceptual difference between extensive interpretation and reasoning by analogy.

¹³ In my book on tax law interpretation, I have tried to demonstrate that constitutional principles are used by judges in the process of interpretation and may have direct effect on the outcome of judicial decisions on ambiguous legal terms (*Sources et ressources de l'interprétation juridique...*, cited n. 1, no. 318 et seq.).

establishment of the meaning of an ambiguous rule) logically comes before “integration”. In his words, integration would be “a process that would take place after interpretation, i.e. once the interpretation of a text has been completed”¹⁴. In spite of this theoretical difference, there is a common feature between teleological interpretation and reasoning by analogy. Indeed, the latter presupposes that there is a relevant resemblance between the case covered by the norm and the one that is not. This relevance is assessed in the light of the *ratio legis*. In order to extend the scope of a norm by analogy, the *reason* that justifies the attribution of a legal effect to a given situation must be identical in a case not covered by the norm. As Schoueri rightly puts it, with the reasoning by analogy, “we are no longer trying to find out what the legislator wanted, but we are trying to establish, *de similibus ad similia*, rules that the legislator logically should have laid down, but didn’t”¹⁵. Thus, to take the above example again, if we assume that rights in a partnership without legal personality are not covered by the text, reasoning by analogy could only be legitimate if the objective behind the deferral of capital gain taxation in the case of a contribution of securities (in the strict sense) justified a similar tax treatment in the case of a contribution of rights in an entity without personality.

2. Analogy and fundamental principles

Analogy being now defined, I would like to address the complex theoretical relationship between analogy and fundamental legal principles. In a first stage, I will present what I call a “classical” approach of the question. In a second stage, I will add a few additional observations which may give a more modern flavour to the debate on the admissibility of analogy in legal reasoning.

2.1. The “classical” approach of the debate

The traditional question whether analogy should be accepted as a means to fill legal gaps in tax matters very much boils down to solving a conflict between equality and legality.

2.1.1. Analogy and equality

As Professor Schoueri rightly puts it, analogy finds its ground in the equality principle¹⁶. It is based on the idea that the legislator did not contemplate all the situations that the complexity of social life can offer, especially in view of the static nature of the legislative process which contrasts with the dynamic character of the social process. Hence, in the name of equality, analogy helps finding a coherent solution to a case which has not been envisaged by the legislator: if a situation receives a certain treatment, then a similar situation must receive the same treatment¹⁷.

This presentation of analogy is not specific to tax matters and could perfectly be applicable in any field of law. This is why it is interesting to see that Professor Schoueri

¹⁴ *Direito tributário*, XVII, 6.2, p. 775.

¹⁵ *Direito tributário*, XVII, 6.2.1, p. 776.

¹⁶ *Direito tributário*, XVII, 6.2.1, p. 776.

¹⁷ *Ibid.*, *eod. loc.*

also tries to identify specific tax principles that could be able to support the “general” principle of equality. He does so by referring to the ability to pay principle. In a first phase of his argumentation, he therefore acknowledges that “in tax matters, analogy is even stronger, supported by the “General Principles of Tax Law”, especially the principle of ability to pay: it would not be acceptable for two people with equivalent ability to pay to receive different treatment exclusively because one has adopted a path not contemplated by the legislator”¹⁸.

However, in a second phase of his reasoning, Professor Schoueri takes the view that analogy cannot possibly be based in a systematic manner on the principle of ability to pay¹⁹. In his own words, “at no point did the Constitution demand that every manifestation of ability to pay be subject to a tax” [...] “It follows that the phenomena that will be subject to taxation are far from exhausting the universe of manifestations of ability to pay. The presence of a situation that objectively reveals that ability to pay is a necessary, but not sufficient, condition for a tax to be levied. It is not enough, therefore, to ascertain the occurrence of ability to pay in order to immediately conclude that taxation is necessary. It is important that the situation has been contemplated in the abstract by the legislator”²⁰.

From a theoretical standpoint, I fully concur with this analysis and I note that it could also be conducted under the French constitutional framework where ability to pay is recognized by the Declaration of Human Rights (Article 13): while ability to pay is a constraint which is imposed upon the legislator when it lays down a tax, it does not imply that anyone who has ability to pay in a given situation should be subject to tax if the legislator has not provided so.

I nevertheless observe that in some specific situations, analogy and ability to pay may converge without extending the scope of a tax rule. For instance, if taxpayer no. 1 enjoys a tax exemption which relies on the assumption that he has no ability to pay in a specific situation, and taxpayer no. 2, who is in the same situation with regard to ability to pay, is instead subject to tax, then there is a breach in equality which might justify why taxpayer no. 2 could claim an extension of the exemption to his situation. In this case, one indeed observes that the ability to pay principle does not drive to an extension of the scope of a tax, but rather to a restriction of that scope.

However, equality clearly conflicts with legality, which is the main reason why the use of analogy may prove to be dangerous for the legal order.

2.1.2. Equality vs legality

The conflict between equality and legality is perfectly enhanced by Professor Schoueri in *Direito tributário* and the way in which he accounts for the content of the Brazilian provision on analogy brilliantly shows why legality eventually prevails over equality in order to prevent the extension of the tax burden in situations not provided for by the legislator.

¹⁸ *Ibid.*, eod. loc.

¹⁹ *Direito tributário*, XVII, 6.2.1, p. 777.

²⁰ *Ibid.*, eod. loc.

Interestingly, the same debate arises in similar terms in Italy where the Preliminary Part of the Italian Civil Code states that “if a controversy cannot be resolved by means of a specific provision, account must be taken of the provisions governing similar cases or analogous matters”²¹. Against this background, Italian tax academics have had heated debates whether reasoning by analogy should also be accepted in tax matters, or whether there are particular reasons for rejecting it²². In this respect, a strong body of doctrine considers that reasoning by analogy must be ruled out in tax matters on the grounds of the constitutional principle of tax legality, which requires that any tax levy should have its boundaries defined by the legislator. Indeed, reasoning by analogy, when it leads to extending the scope of a provision governing a given tax, would give the interpreter the power to establish a tax that the legislator did not wish to institute.

The Italian debate also has the merit of showing why analogy should be discarded also in situations where analogy would end up extending the scope of a tax *exemption*. Indeed, the extension by analogy of a tax exemption (or more generally of a tax advantage) can be criticized in the name of respect for the legislator’s sovereignty in this area. This same idea is also expressed by the principle of strict interpretation of exceptions.

I would like to stress at this point that this line of argumentation against the reasoning by analogy does not mean that the judge is prohibited in all circumstances from filling gaps in the law. He remains vested with the power to fill “technical” gaps that block the application of a given norm²³. The judge is only prohibited from closing “ideological” gaps which are actually not really gaps at all. When a tax rule is intended to apply to case no. 1, and not to case no. 2, it is by no means deficient; it simply happens to embrace only certain cases. While it may be regrettable that case 2 is not covered, it is not up to the interpreter to fill this type of gap²⁴.

To sum up, the classical presentation of the theoretical problem of analogy looks very much like a choice between equality and legality. However, I submit that additional elements need to take into account to think about analogy in more modern terms.

2.2. A more “modern” approach of the debate

In my view, two types of consideration should play a role in deciding what the actual status of analogy should be: the first type of consideration has to do with the growing importance of the principle of legal certainty; the second type of consideration is related

²¹ In Italian: “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe” (this is an extract from article 12 of the Civil Code, which appears in the preliminary provisions of the Code known as *Preleggi*).

²² The subject is explored over dozens of pages by G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Cedam, 2003, p. 370 et seq., to which we refer for the substance and for the many references to Italian doctrine (as well as, incidentally, to German, Spanish, Austrian and Swiss doctrine).

²³ There is a technical gap, for example, if the legislator fails to specify how an asset should be valued in a given circumstance (for instance when it is acquired by a company or when it is transferred upon a merger). Similarly, a tax provision is technically flawed when it fails to specify the date of the taxable event.

²⁴ We borrow this presentation from F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. 1, *Parte generale*, 14^{ème} ed. (updated by M. C. Fregni, N. Sartori and A. Turchi), Utet, 2020, p. 58, who himself takes up the distinction between technical and ideological lacunae formulated by N. Bobbio (“Lacune del diritto”, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, G. Giappichelli, Torino, 1994, p. 96-97).

to the constitutional framework which, in a number of countries, allows citizens (and therefore taxpayers) to challenge before courts the rules which do not comply with the principle of equality.

2.2.1. Analogy vs legal certainty

As seen above, the principle of legality is the traditional principle which is raised by the analogy's opponents. It is a very strong argument but it is not necessarily the only one. In addition to the principle of legality in the strict sense of the term, the principle of legal certainty, which is playing an increasingly important role in tax law interpretation (at least in European countries)²⁵, is in my view a relevant reason to exclude the admissibility of this way of reasoning in tax matters.

For a long time, academics have not seriously considered that the principle of legal certainty could produce direct effects on tax law reasoning. This finding may be explained by the low legal force which was attributed to this principle until recently. However, one of the striking evolutions of the constitutional and European legal frameworks over the recent decades consists in the growing importance of the principle of legal certainty, which is no longer a vague value deprived of legal effect and now belongs to the body of fundamental principles which are legally binding upon the legislator. This means that legal rules which conflict with the principle of legal certainty can either be considered as legally void or be disregarded by courts.

Let me recall in this respect that according to the French Constitutional Court, Article 34 of the Constitution (which is the norm prescribing that the legislator is the only authority that has the power to establish tax rules), combined with the constitutional objective of the intelligibility and accessibility of the law, requires the legislator to adopt sufficiently precise provisions and unequivocal formulas in order to protect the citizens against an interpretation that would be contrary to the Constitution or against the risk of arbitrariness, without transferring to administrative or judicial authorities the task of laying down rules which the Constitution has entrusted to the law alone to determine²⁶. Along the same line, the Court of Justice of the European Union considers that "in accordance with the principle of legal certainty, in areas covered by EU law, the Member States' legal rules must be worded unequivocally so as to give the persons concerned a clear and precise understanding of their rights and obligations and to enable national courts to ensure that those rights and obligations are observed"²⁷. A similar doctrine is expressed by the European Court of Human Rights²⁸.

Although these statements have not been expressed in the specific context of cases involving the reasoning by analogy, I believe that they are indirectly – but certainly – rel-

²⁵ I have devoted some developments to this evolution in *Sources et ressources de l'interprétation juridique...*, cited n. 1, no. 22 et seq.

²⁶ French Constitutional Court, 29 Dec. 2013, no. 2013-685 DC; French Constitutional Court, 10 July 1985, no. 85-191 DC; French Constitutional Court, 12 Jan. 2002, no. 2001-455 DC.

²⁷ Court of Justice of the European Union, 7 April 2022, C-342/20, A SCPI, para. 84 (among many other decisions).

²⁸ European Court of Human Rights, 30 June 2011, no. 8916/05, *Assoc. Les Témoins de Jéhovah c/ France*, para. 66.

evant to the question whether analogy is admissible. The principle of legal certainty indeed requires that any legislation which is likely to have adverse effects be foreseeable for the taxpayer. It seems that this principle would not be respected if the letter of the law could be thwarted by an extension based on the legislator's objectives, which are often very difficult to identify, even by experts.

Similarly, when the legislator enumerates the conditions to which the granting of a tax advantage is subject, it is not consistent with the principle of legal certainty to extend the scope of the advantage in question by analogy. This is an opportunity to stress that legal certainty does not protect taxpayers only; it protects the legitimate expectations of everyone, including the tax authorities.

The analysis presented above does not mean that the principle of equality should remain ineffective. On the contrary, I believe that the principle of equality should be implemented and that discriminatory tax rules should be set aside. But analogy is not the only way to reach this objective.

2.2.2. Analogy and constitutional review based on the equality principle

In legal systems, such as the French one, where citizens may question the constitutionality of legal rules in court proceedings, the effectiveness of the equality principle is guaranteed by a specific procedure which may, in certain cases, produce a result comparable to that of reasoning by analogy²⁹. Let me provide a simplified example that I draw from the French experience. Until 2015, the buyback of its own shares by a corporation triggered two different kinds of tax effects depending upon the circumstances: the generally applicable rule was that capital gains derived by shareholders upon such an operation were taxed at a high rate (being analyzed, from tax perspective, as deemed profit distributions³⁰); an exception was however made in some circumstances³¹, in which capital gains were taxed at a lower rate. The exception aimed, in particular, at encouraging companies to buy back their own shares for allocation to their employees. In a judicial case where a taxpayer was subject to the general rule, he claimed that he was worse off than another taxpayer who could have enjoyed the preferential tax treatment and that this different treatment was a violation of the equality principle because there was no relevant reason to treat differently two comparable types of buybacks. The Constitutional Court upheld this view and decided that the claimant was entitled to the more favourable tax treatment³².

From a substantive point of view, the result obtained is similar to that which would have consisted in extending the more favourable rule by analogy. But from a formal and

²⁹ In France, any citizen can question the constitutionality of rule by asking the ordinary judge to submit a "priority constitutionality question" ("question prioritaire de constitutionnalité", in French) to the highest judge of the judicial order (Cour de cassation or Conseil d'Etat) which will then have to decide whether or not to refer the question to the Constitutional Court (Conseil constitutionnel). If the Constitutional Court finds that the rule does not comply with fundamental rights protected by the Constitution, it may decide to repeal it.

³⁰ Article 109 of the French Tax Code.

³¹ Article 112, 6° of the French Tax Code.

³² French Constitutional Court, 20 June 2014, Dec. no. 2014-404 QPC, *Revue de droit fiscal* 2014, no. 39, note A. de Bissy and M. Ferré.

institutional point of view, things are very different: the judge did not reason by analogy but rather struck down the unfavourable rule which he regarded as discriminatory.

Of course, such a constitutional review procedure may not always be available in practice. If, for instance, constitutional law provides that a rule can be subject to constitutional review only in cases where a taxing rule actually applies to the claimant, this procedure may not be available to a taxpayer who merely complains that a tax exemption rule does *not* apply to him.

There may also be situations where the constitutional review mechanism may produce a backlash effect against its user. For example, if a taxpayer criticises an exemption rule that excludes him from its scope of application, French experience shows that the Constitutional court would be likely to rule in his favor... by repealing the exemption in question for everyone³³. The hope of an extension by analogy of an exemption rule can thus result, for the clumsy user of the constitutional review mechanism, in the extension of the scope of a taxation provision to a case not foreseen by the legislator.

Having said this, and having recalled the above precautions in implementing the constitutional review, the fact remains that in legal systems that offer citizens a mechanism of constitutional review, the reasoning by analogy can be rejected without fear of neglecting the principle of equality. In these legal systems, the principle of equality can indeed prevail over the principle of legality by other means, in particular those offered by the mechanisms of *a posteriori* review of the constitutionality of tax rules.

Let me now finish this article with an overview of the French approach to analogy in tax matters.

3. Overview of the French approach

The silence of the French legislator and of most French academics³⁴ regarding the use of analogy contrasts with the clear statements against analogy that are to be found in the tax authorities' published guidelines and with the implicit position taken by courts in practice.

3.1. Approach taken by the French tax authorities

The guidelines published by the French tax authorities³⁵ provide that "tax laws are laws of public order and must therefore be interpreted restrictively, without being extended by similarity of motive to situations which they have not expressly referred to. In particular, it is not permissible to reason from a foreseen case to an unforeseen case

³³ This is what happened in the "Sté Layher" case, where the French Constitutional Court repealed the exemption from the 3% contribution provided for by article 235 ter ZCA of the French tax code for distributions between companies belonging to the same tax-integrated group (dec. no. 2016-571 QPC of 20 Sept. 2016, *Sté Layher*).

³⁴ However, see (without being exhaustive, of course) the fascinating developments devoted to it by F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, pref. R. Saleilles, 1919, republished LGDJ, 2016, no. 105 and no. 165 et seq. Summed up in the extreme, Géný's essential idea is to reject reasoning by analogy as a technique for interpreting the law (no. 105), but to give it a driving role in the "free scientific research" that judges must engage in (no. 165 et seq.).

³⁵ BOI-CTX-DG-20-10-10, no. 270.

because, in tax matters as in criminal matters, what is not foreseen, what is not ordered or what is not forbidden is authorized and cannot be demanded or forbidden (Chambre des requêtes, December 26, 1826, Sirey 1825/1827 – I – 491)³⁶. According to the French tax authorities, reasoning by analogy must therefore be prohibited in tax matters.

This justification given, several decades ago, by the French tax administration for prohibiting reasoning by analogy is hardly satisfactory. Paradoxically, it is based on an *analogy* between tax law and criminal law which, albeit classic³⁶, can be challenged, insofar as tax law does not establish penalties, even though it infringes the right of ownership. Moreover, the importation of the criminal law model into tax matters is based on a number of ideological assumptions which can be considered to be largely outdated. As Philippe Marchessou has clearly shown in his writings, such an approach to interpreting tax law reflects a certain 19th century liberal ideology, which tended to regard as illegitimate any encroachment by the State on the private sphere of the citizen³⁷. If we go back in time, we can also find other justifications, in particular the memory of the King's abuses under the Ancien Régime. However, this ideology is difficult to reconcile with a more contemporary vision, which sees tax law as a means for the State to obtain from each individual a fair contribution to public expenditure³⁸. While it is quite clear that the prerogatives of the State cannot exceed certain limits, the concern to achieve a balance between the community and the individual seems to drive to a principle of neutrality: legal interpretation must serve neither the cause of the taxpayer nor that of the State.

Last but not least, the prohibition on reasoning by analogy seems to be based, in the way it is presented in the French tax authorities' guidelines, on the implicit assumption that such reasoning would necessarily be contrary to the taxpayer's interest (by analogy with the idea that the strict interpretation of criminal law protects the citizen). But, as we have already noted above, this is not true. While the extension by analogy of the scope of a tax rule certainly leads the taxpayer to bear a levy that was not expressly envisaged, the extension by analogy of the scope of an exemption or, more generally, of a tax advantage provided for by law leads to the opposite result. It is therefore possible to reflect in a neutral way on the question, without fear of offending *a priori* the interests of the taxpayer or of the State.

3.2. Court practice

Although judges rarely explicitly address the question of the applicability of reasoning by analogy, several cases support the finding that judges refuse to use this kind of reasoning in tax matters. I would like to justify this assertion with some details because it is the only one in this article which contradicts Professor Schoueri's book³⁹.

³⁶ See e.g. A. D. Giannini, *Istituzioni di diritto tributario*, Milan, IX ed. 1968, p. 44.

³⁷ Ph. Marchessou, *L'interprétation des textes fiscaux*, avant-propos M. Cozian, préf. P. Amselek, Economica, 1980; from the same author, Le principe de l'interprétation stricte des textes fiscaux, *Revue de droit fiscal* 1980, no. 30, ét. 10031.

³⁸ Conclusion shared by P.-A. Côté et M. Devinat, *L'interprétation des lois*, Les Editions Thémis, Montréal, 5^{ème} éd, 2021, no. 1604.

³⁹ On p. 779 of *Direito tributário*, Schoueri borrows to Klaus Tipke the idea that in France, literature and case law admit analogy (regardless of it being favourable to the taxpayer or to the tax administration). My own research leads to a different result.

One of the clearest examples of the refusal to reason by analogy is a decision of the Conseil d'Etat⁴⁰ which is a textbook case for distinguishing between extensive interpretation and extension by analogy of the scope of a tax provision. In this particular situation, a company had entered into a subordinated perpetual loan agreement (*French acronym: PSDI*) with a banking institution. Under the terms of the loan agreement, part of the loan was immediately invested in zero-coupon bonds, which were then entrusted to trusts controlled by the company and located in tax-privileged countries. The trusts were responsible for repaying the loan at its face value, at the principal maturity date of fifteen years, using this sum plus capitalized interest, tax-free. The French tax authorities considered that they could tax the income from investments in trusts by virtue of a tax rule⁴¹, which effectively allowed such taxation in presence of “securities covered by the provisions of article L 228-97 of the French Commercial Code”, this expression referring to perpetual subordinated notes (TSDIs). The tax administration indeed considered that a PSDI was similar to a TSDI, so that the former fell within the scope of the taxing provision.

With this assimilation, the administration was in effect resorting to what I referred to above as an extensive interpretation of tax law. However, the Conseil d'Etat decided not to follow this line of reasoning. It considered that the text of the tax code only concerned the taxation of income from investments outside France of the fraction of funds received from the issue of “transferable securities”, and that PSDIs could not be considered as such. It therefore refused to endorse an extensive interpretation of the tax text.

The Conseil d'Etat also refrained from extending the scope by analogy. The published opinion of the public rapporteur is particularly instructive on the intellectual path taken by the judges. In his words, “the letter of [the tax code] is [...] clear and excludes PSDI from its scope of application. As for the preparatory work for the 2006 Finance Act from which these provisions derive, to which the Minister refers, it in no way encourages, contrary to what he maintains, the adoption of a different reading of the law: it emerges that the legislator had TSDIs in mind from start to finish, and no mention is ever made of loan contracts likely to have the same characteristics”. The public rapporteur did point out that application of the TSDI tax regime appeared legitimate in the presence of PSDIs, given the objectives pursued by the legislator: to tax investment income capitalized in foreign trusts in the hands of issuers, and to encourage these same issuers to redeem their securities. He added: “It is unfortunate, of course, that the legislator has only adapted the tax law to the particularities of the first of these instruments, without dealing with the second, even though the problem seems to be exactly the same⁴². But the reading of the law adopted by the administrative court of appeal seems to us to be the only one compatible both with its letter and with the legislator's intentions”. This example could have been given by Norberto Bobbio in his legal theory writ-

⁴⁰ CE, 6 June 2018, no. 403303, min. c/ Sté Carrefour SA, *Revue de droit fiscal* 2019, no. 54, comm. 126, concl. V. Daumas.

⁴¹ Article 238 bis-0 I bis of the French tax code.

⁴² Emphasis added.

ings or by Luis Schoueri in his tax works in order to show how a judge may deliberately refuse to fill the “ideological gaps” in the law.

Another interesting example concerns the interpretation of an article of the French tax code⁴³, which limits the deduction of capital losses resulting from the sale, less than two years after their issue, of equity securities acquired as consideration for a contribution to a subsidiary in financial distress. In a landmark decision, the Conseil d’Etat ruled that this mechanism does not apply in cases where the subsidiary’s capital has been increased by raising the par value of the company’s shares⁴⁴. Indeed, it follows from the very terms of the text that the limitation on the deductibility of short-term capital losses applies only in the event of the sale of equity securities *that have been the subject of a new issue* in return for a contribution. In her opinion, the public rapporteur clearly addressed the problem of the possible extension of the text’s scope. While the Minister argued that considerations of equality should lead to all equity increases being treated equally, and that the literal application of the text would lead to an “undesirable” difference in treatment, she pointed out that it was not up to the judge “to extend, when the letter of the law clearly precludes it, a restrictive and derogatory provision beyond the scope assigned to it by the legislator”.

Here again, there is no better illustration of the judge’s refusal to extend the scope of a tax rule to a situation where, however, the *ratio legis* would have justified recourse to reasoning by analogy⁴⁵.

Finally, I cannot resist the pleasure of rounding off this overview of case law with a brief quotation from a decision of the Cour de cassation⁴⁶, where the question of reasoning by analogy arose in connection with the interpretation of the former article 1560 of the French tax code, which provided for a tax rate for certain shows, among which “pigeon-shooting shows”. The tax authorities claimed that the tax provided for in article 1560 applied not only to live pigeons, but also to artificial pigeons, i.e. moving targets made of clay trays. They claimed that “the expression ‘pigeon shooting’ is absolutely general and covers both live and artificial pigeon shooting”. However, the Court of Appeal, endorsed by the Cour de cassation, decided otherwise. It held that “the fact that [*the above-mentioned mobile targets*] are frequently referred to as ‘artificial pigeons’ is not sufficient to make their use a pigeon shoot within the meaning of the above-mentioned article, and therefore cannot justify extending by analogy a provision of the tax law, which is to be interpreted strictly, to a case which does not fall exactly within the scope of its text”.

⁴³ Art. 39 *quaterdecies* 2 bis of the French tax code.

⁴⁴ CE, 20 April 2021, no. 429467, *Catana Group*, *Revue de droit fiscal* 2021, no. 23, comm. 274, concl. E. Bokdam-Tognetti, note R. Vabres.

⁴⁵ This sentence calls for a nuance insofar as the public rapporteur had indicated that she was anyway not fully convinced that the two forms of equity increase were actually comparable in light of the legislator’s goal.

⁴⁶ Cass. crim. 25 Jan. 1973, no. 71-93.190, Bull. crim. no. 42, p. 107.

4. Brief conclusion

Let me sum up the findings of this short article by recalling that, as well shown by Professor Schoueri, the status of analogy in tax reasoning highly depends on the respective weights attributed to equality and legality. I however submit that other elements may be relevant to the debate: the growing importance of the principle of legal certainty and the combination between the techniques of legal interpretation and the techniques of constitutional review. Indeed, while the judge should not be authorized to extend the scope of a tax rule by analogy, compliance with the principle of equality may nevertheless be achieved through the constitutional review mechanisms in place in some States. These two main findings seem to be confirmed by French case law which itself seems broadly in line with the content of Brazilian law.

Tributação de Acordo com a Lei

Fernando Aurelio Zilveti

1. Introdução

As normas gerais de direito tributário são categorias jurídicas de direito positivo. Tais normas são, afinal, o que a Constituição determina¹. Este truísmo resume o dilema de quem se preocupa em estudar a norma tributária. Para afirmar que o direito tributário, sob a perspectiva normativa, é o que o constituinte determina, não é preciso deitar doutrina. A questão que envolve a teoria do direito tributário reside, afinal, na categorização dos fatos da vida. Disto se ocupa a doutrina há um bom tempo, com avanços importantes para o sistema tributário, codificado ou não. Ora, as categorias jurídicas podem ser também o que a lei complementar diz o que são ou, no limite, o que a Corte Constitucional determina.

No Brasil, a codificação do sistema tributário teve um papel importante no desenvolvimento da categorização dos fatos de interesse para a tributação. Desde 1966, com o Código Tributário Nacional – CTN, os fatos tributários foram delegados ao constituinte. Em 1988, à guisa de evitar sobreposições e conflitos de competência, procurou o constituinte originário esgotar as hipóteses fiscais, as bases de cálculo e os sujeitos ativos e passivos. Isso se deu em reação aos excessos praticados durante o regime militar. Mesmo com a iniciativa constitucionalista em 1988, de estruturação taxativa de um sistema tributário, a determinação normativa ficou, em boa parte, a cargo do legislador complementar, na redação expressa do art. 146 da Constituição Federal. Não houve uma constitucionalização do sistema tributário nacional em 1988, “congelando” conceitos de direito privado.

O movimento do constituinte em direção da legislação complementar parte do reconhecimento, pela teoria do direito, da existência de normas constitucionais autoaplicáveis e normas constitucionais não autoaplicáveis². Na nossa Constituição, por exemplo, o art. 5º e seus incisos estariam no rol das normas autoaplicáveis. Todas elas, porém, são proposições prescritivas, reunidas num texto constitucional. Podem, no entanto, estar contidas tanto na Constituição quanto num código, ou até mesmo em ambos os instrumentos normativos³.

Absolutamente relevante para este estudo a compreensão clara da norma em seu estado do dever ser e do ser. A norma vale, afinal, como expressão do dever ser, consubstanciando a apropriação do objeto a um determinado fim⁴. Seguindo a ideia desenvolvida acima, acerca do sistema tributário, a norma constitucional assume uma função es-

¹ BORGES, José Souto Maior. Normas gerais de direito tributário: velho tema sob perspectiva nova. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 213. São Paulo: Dialética, p. 48/65, p. 49.

² BOBBIO, Norberto. *Letà dei diritti*. Milão: Einaudi, 1992, p. 18.

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Turim: G. Giappichelli, 1993, p. 134.

⁴ REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. São Paulo: RT, 1988, p. 283.

truturante, da mesma forma que a legislação complementar, cada qual com sua função categorizante.

Afinal, a norma não tem força motriz, cabendo ao homem definir se ela produz ou não consequências jurídicas⁵. Este é outro truísmo, uma vez que o homem detém o controle de tudo que produz sob a sua perspectiva reguladora. A tradução do humanismo se dá nisso. A norma de conduta somente precisa convencer o próprio homem que a cria a cumprir o que prescreve. Assim, estaríamos diante de uma norma justa, um ponto final, uma norma suprema cuja validade objetiva é pressuposto⁶. A vontade geral, nesse sentido, concede à norma a ideia de justiça, pois limita a vontade individual. Justa, portanto, é a norma produto da vontade geral. No mesmo sentido, tributação justa é aquela produto da vontade geral.

Por seu turno, a norma tributária, além das características descritas acima, tem o condão de limitação de poder do Estado, para extrair a riqueza do jurisdicionado, de acordo com a capacidade contributiva. Ao prever o fato que, concretizado, confere ao Fisco o direito de coletar o tributo, a norma tributária limita o poder. Transforma a relação jurídica entre Fisco e contribuinte, de poder, para a relação jurídica. Na verdade, a norma tributária é norma jurídica, estabelecendo a relação entre o Estado e o contribuinte⁷.

Descrever o fato jurídico tributável passou a ser sinônimo de legalidade estrita, ao menos no Brasil, uma insensatez lógica. Norma tributária é produto da vontade geral, seguindo a conhecida expressão *no taxation without representation*. A teoria da norma tributária tem um sentido maior do que simples afirmação da legalidade. Como a própria palavra “teoria”, etimologicamente originária do grego, significa concepção, um esquema mental. A teoria da norma tributária nada mais representa senão a contemplação, o olhar para algo.

A ideia deste trabalho se restringe a reforçar a doutrina sobre a tributação conforme a lei, o que, em alguma medida, se inspira no trabalho homônimo de Kirchhof⁸. O jurista alemão, ademais, completou 80 anos neste ano de 2023, festejado por sua sólida carreira de docente, além do trabalho marcante e até certo ponto, inovador, como juiz da Corte Constitucional⁹. Nessa corte, trouxe a ideia do limite da metade para a tributação. Como jurista Kirchhof escreveu sobre teoria geral do direito tributário, direito das finanças e direito constitucional. No trabalho aqui utilizado como referência metodológica, procurou esclarecer a relevância da norma tributária para a formação da relação jurídico-tributária. Tratou do tipo como recurso legislativo e hermenêutico. Aqui me

⁵ MACHADO, Brandão. Prefácio ao livro de Wilhelm Hartz, *Interpretação da lei tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1993, p. 95.

⁶ Kelsen, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Batista Machado. Coimbra, 1963, p. 16.

⁷ COSTA, Alcides Jorge. Algumas notas sobre a relação jurídica tributária. Direito financeiro e comparado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). *Estudos em homenagem a Eusébio González Garcia (in memoriam)*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316/333, p. 332.

⁸ KIRCHHOF, Paul. Besteuerung nach Gesetz. Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag. Organizado por Walter Dreneck e Roman Seer. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 17/37.

⁹ KUBE, Hanno; MELLINHOFF, Rudolf; REIMER, Ekkehart. Paul Kirchhof zum 80. Geburtstag, *StuW* 1/2023, p. 3/5.

restringo ao primeiro, no campo da legislação tributária. Enfrentou, ainda, no mencionado artigo, o tema da reserva legal em matéria tributária e a unidade do sistema tributário. Afinal, como professor da tradicional Universidade de Heidelberg, Kirchhof convida os seus alunos a refletir sobre o direito tributário substantivo.

2. Reserva legal

2.1. Norma tributária e positivismo

Determinadas questões não carecem de solução, mas sim de dissolução. É preciso dissolver o que se diz do positivismo em direito tributário, como se existisse em prática outra forma de legitimar a tributação. A proposta aqui é tratar da reserva legal na tributação, sem fomentar a controvérsia polarizante, os pseudoproblemas, desinteressantes para a ciência jurídica.

O positivismo clássico constitui uma “totalidade de compreensão”. O neopositivismo trouxe o rigor conceitual com sua precisão na linguagem lógico-científica. Por outro lado, o neopositivismo se afasta dos problemas do destino humano¹⁰. O positivismo clássico nunca pode ser estrito, justamente por buscar a compreensão do todo, livre de pseudoproblemas. A dicotomia conceito/tipo é um nítido exemplo de pseudoproblema. No Brasil, ao contrário do que ocorre em outras jurisdições, tal dicotomia foi inventada por parcela da doutrina¹¹.

Algumas variações podem ser observadas acerca do positivismo, na dicotomia com o direito natural. Este último, classicamente, se coloca numa posição universal e imutável no tempo. O direito positivo se funda num critério econômico e utilitário. Outras acepções do positivismo se encontram na filosofia, com variações no tempo, porém se demonstra viável considerar, pela comparação com o direito natural, a contraposição significativa, no sentido dicotômico: universalidade/particularidade, e imutabilidade/mutabilidade. Também se diferencia direito natural e positivismo segundo a fonte, ou seja, o primeiro tem fonte na própria natureza, enquanto o segundo, no povo, na vontade da maioria. Ainda um outro critério distintivo serve, com o conhecimento, ou seja, o direito natural segue a razão humana, enquanto o positivismo se conhece por meio da declaração de vontade. Apenas o contraste entre direito natural e direito positivo permite entender a essência de um e de outro¹². O aspecto formal da expressão da vontade humana confere autoridade ao direito positivo. Tal atributo não garante justiça, bondade ou outra característica valorativa típica do direito natural, mas tampouco afasta o direito positivo de buscar isso. Por outro lado, no direito natural não existe a figura do Estado como agente ativo da obrigação, mas apenas a pessoa do obrigado.

Ao inexistir a figura do Estado como agente de coação no direito natural, em certo modo, contrapor direito positivo carece de ponto de comparação. O dualismo direito e Estado tem, afinal, origem no jusnaturalismo. Isso não coloca, necessariamente, em con-

¹⁰ REALE, Miguel. Pluralismo e liberdade. *Segundo Congresso Extraordinário Interamericano de Filosofia*, p. 215/220, p. 220.

¹¹ XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 27.

¹² KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural*. Cidade do México: Nacional, 1979, p. 19.

traposição o direito positivo ao direito natural, como pretendem fazer pensar os neopositivistas. Com o Estado determinando as relações jurídicas após a Revolução Francesa, o positivismo não mais se questiona, apenas se contrapõe ao direito natural para fins didático-filosóficos.

Para quem doutrina, como o homenageado, explicar a dicotomia direito natural/direito positivo ajuda o estudante a pensar, sempre que não se crie um pseudoproblema no campo tributário. Para que seja feita justiça, segundo é possível acompanhar nas diversas edições de sua obra, o homenageado não criou o pseudoproblema do tipo em contraposição ao conceito. Limitou-se a tratar de um e de outro, em matéria tributária, destinando a cada um deles um papel na lei tributária¹³.

Ora, se direito natural e direito positivo não se contrapõem para fins dogmáticos, há de se indagar o interesse de parcela da doutrina nacional em insistir na ideia do combate a tudo o que não seja neopositivismo. O que, afinal, aproxima o leigo da teoria do direito, ao menos em comparação a outros ramos do conhecimento, tal como a linguística, a literatura, a arte, a música ou a religião? A razão do interesse do leigo na teoria do direito, diferentemente dos outros ramos do conhecimento citados, talvez seja a ideia de justiça. Compreender a relação do direito e da justiça move o leigo a buscar a compreensão do justo, como ideia do que seja a determinação qualificadora de fatos permitidos e proibidos por meio da norma jurídica. A decisão do legislador na qualificação de fatos, tratando-os como permitidos ou proibidos, sancionados ou não, existentes ou não, fascina o leigo. Isto, porém, não deve levá-lo a crer que a única saída para o direito justo esteja no positivismo estrito, algo pueril e até certo ponto incoerente. Ao qualificar, por exemplo, o casamento, a família, o Estado, a propriedade, o legislador que se atreve a flertar com a indeterminação encontra forte rejeição, mesmo que seu mister, afinal, resulte no mesmo ponto, em função da impossibilidade do próprio objeto. O Supremo Tribunal Federal – STF, ao interpretar a Constituição, foi categórico quanto aos termos utilizados pelo constituinte, interpretando-os segundo a evolução socioeconômica¹⁴.

Ao tratar, afinal, da tributação, o legislador toma em conta o princípio fundamental do direito público, de que estabelecer tributo é um ato de soberania, ou seja, somente pode ser válido a partir da lei. Nos Estados constitucionais, a legalidade é um pressuposto, autorizativa para o exercício da soberania fiscal¹⁵. A reserva legal se realiza e realiza a soberania fiscal, como direito de intervenção. Legitima-se na lei a oneração do sujeito passivo, de modo que a reserva legal protege o direito fundamental do contribuinte de somente pagar tributo no limite da capacidade contributiva. A norma que determina clara e incontestemente, o fato gerador, no Brasil, é a Lei Complementar que limita a soberania fiscal, ao delinear, lógico e indeterminado, o poder de tributar.

Não resta dúvida, portanto, sobre a manifestação de vontade do Estado na determinação da hipótese normativa. Esta, formal e materialmente positiva, demanda uma re-

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 287.

¹⁴ BRASIL – STF. ADI n. 4.277 e ADPF n. 132. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 05.05.2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁵ TROTABAS, Louis. *Précis de science et législation financières*. Paris: Dalloz, 1953, p. 256.

flexão mais profunda sobre o verdadeiro conteúdo da norma jurídica¹⁶. De nenhuma forma o positivismo estrito sequer tangencia o problema, o que diria solucioná-lo. Inquestionável validade da lei como fonte do direito tributário, como manifestação da vontade do Estado. A doutrina italiana da metade do século XX não foi superada nesse aspecto formal, mas material.

Outra coisa se constata, principalmente após o advento da União Europeia, que precisou reformular determinadas correntes doutrinárias para dar espaço à confederação que se formou. O direito comunitário trouxe cores distintas para a teoria da norma tributária, tanto sob a perspectiva do direito dos tratados em matéria tributária quanto em relação à Corte Europeia de Justiça. Esta tem legislado efetivamente em matéria tributária, registrando um posicionamento frequente, principalmente, nos casos sobre IVA. Em que pese defender-se a subordinação da jurisprudência comunitária ao que a lei interna determina, é fato o paralelismo entre uma fonte e a outra¹⁷. Tal paralelismo trouxe verdadeira polêmica sobre fonte normativa. O que se tem é um debate interessante sobre legalidade, sob a perspectiva da reserva legal, tema para outro estudo¹⁸.

Nesse debate doutrinário atual, na Europa, sequer se cogita falar em estrita legalidade, mas como a norma tributária autorizativa do tributo perde materialidade com a delegação¹⁹. O tema da norma tributária interessa para o desenvolvimento do direito tributário. A lei, afinal, determina o montante da arrecadação e, assim, determina também a base para a distribuição do poder para o ente estatal cobrar e fiscalizar. Para isto se presta a reserva legal. Sobre a reserva legal tivemos no Brasil o posicionamento da nossa corte constitucional, considerada constitucional a delegação ao Poder Executivo²⁰. O que está em jogo, tanto na Europa quanto no Brasil, é a reserva legal, a participação do contribuinte na formação da vontade geral em matéria tributária. Isto é o que importa num sistema tributário unitário justo.

2.2. Norma tributária e unidade do direito

O sistema tributário é estruturado como meio organizacional do Estado. A classificação dos tributos em espécie, como no sistema brasileiro, decorre de uma distribuição de competência. O constituinte estabeleceu as competências dos entes tributantes nos três níveis da federação, materialmente, de acordo com a exação nomeada. Atribui a cada pessoa política um universo de incidência²¹. Ao conferir competência tributária o

¹⁶ GIANNINI, A. D. *Istituzioni di diritto tributario*. Milão: Giuffrè, 1968, p. 19.

¹⁷ BORJA, Pietro. La funzione della Corte di Giustizia rispetto alla formazione dell'ordinamento tributario comunitario. *Studi Tributari Europei* vol. 11, 2021, p. 15. Disponível em: <https://doi.org/10.6092/issn.2036-3583/14386>. ISSN 2036-3583. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁸ ITÁLIA – Corte Constitucional. Decisão n. 341/2000. Disponível em: <https://giurcost.org/decisioni/2000/0341o-00.html>. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁹ TESAURO, Francesco. *Istituzioni di diritto tributario*: parte prima. Torino: UTET, 2009, p. 15.

²⁰ BRASIL – STF. ADI n. 5.277 e RE n. 1.043.313 (Tema 939). Relator dos dois casos, Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457007&ori=1>. Acesso em: 20 mar. 2023.

²¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Igualdade na Constituição e na repartição de encargos tributários: o princípio da isonomia na competência tributantes dos entes federais. *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Atual IBDT/DEF-FD-USP/AJUF/AJUFESP*: Desafios do sistema tributário: igualdade, legalidade

constituinte não engessou a tributação, nem tampouco condicionou a federação ao quadro de competências da Carta de 1988, em malfadadas cláusulas pétreas²². A federação não corre risco quando as competências tributárias são modificadas, por meio de reforma executada por poder constituinte derivado.

A atribuição de competências tributárias na Constituição se nota, como uma medida normativa autorizativa do tributo. Constitui um aspecto do Estado federal a determinação de competência tanto na arrecadação quanto na divisão de receitas fiscais. Para tanto, a elaboração da norma tributária dá lugar a um sentido jurídico, que muitas vezes implica uma modificação do conceito jurídico preexistente das instituições e relações jurídicas. O legislador não está atado ao que a Constituição disse que é o tributo, até porque ela não diz, apenas dá conteúdo mínimo, na distribuição de competência legislativa, para que o legislador complementar cumpra seu papel, nos termos do art. 146 da Carta.

Verdade que, na prática normativa, o legislador tem ampla margem de decisão para selecionar o objeto do tributo. Tal amplitude não indica qualquer objeto, mas pluralidade de objetos determinados, o que é bem diferente. A demanda fiscal de custeio do Estado por todos os contribuintes, na medida da capacidade contributiva, somente autoriza a tributação segundo competência descrita constitucionalmente, em nome da unidade do direito. O legislador tem sim uma restrita margem de ação na determinação do tributo, fato gerador, sujeito passivo, base de cálculo. Esta margem restrita não se dá em função de estrita legalidade, mas da unidade do direito. O direito tributário se desenvolve por meio da legislação tributária, do exercício da administração e da jurisprudência²³.

Dois pensamentos surgem, então, ao analisar a unidade do direito tributário. O primeiro, o tributo, precisa ser capturado de hipóteses isoladas, de processos econômicos complexos, de negócios jurídicos, cuja interpretação é sempre econômica. Econômica sim, no sentido de buscar a riqueza onde ela se manifesta. O segundo, para capturar a riqueza de modo a garantir ao administrado a legítima participação na formação da vontade geral, é imprescindível que isso se dê por meio da norma, no âmbito de um sistema tributário, moldado de modo a garantir o respeito ao princípio da igualdade e da capacidade contributiva²⁴.

Tratando da reserva legal tem-se na unidade do sistema tributário a realização dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva. Mas é preciso elaborar a norma

e repartição de encargos, 10, 11, 12 de maio de 2023 em São Paulo/SP. Coordenação de Ricardo Mariz de Oliveira, Fernando Aurelio Zilveti, Rodrigo Maito da Silveira, José Maria Arruda de Andrade e Fabiana Carsoni Fernandes. São Paulo: IBDT, 2023, p. 19/24, p.19.

²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Igualdade na Constituição e na repartição de encargos tributários: o princípio da isonomia na competência tributantes dos entes federais. *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Atual IBDT/DEF-FD-USP/AJUFES/AJUFESP*: Desafios do sistema tributário: igualdade, legalidade e repartição de encargos, 10, 11, 12 de maio de 2023 em São Paulo/SP. Coordenação de Ricardo Mariz de Oliveira, Fernando Aurelio Zilveti, Rodrigo Maito da Silveira, José Maria Arruda de Andrade e Fabiana Carsoni Fernandes. São Paulo: IBDT, 2023, p. 19/24, p. 24.

²³ BECKER, Enno. Die Einheitlichkeit des deutschen Steuerrechts. *StuW* XVI, 1937, p. 705/716, p. 707.

²⁴ TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. Traduzido por Brandão Machado. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito tributário, estudo em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 513/526, p. 524.

nesse sentido, utilizando-se de categorias lógicas que permitam formatar as hipóteses normativas. No entanto, reconhece-se ser extremamente difícil, do ponto de vista jurídico, trazer os fatos que realmente deveriam ser levados em consideração, por meio de fórmulas curtas, fáceis e tecnicamente utilizáveis. Por outro lado, observam-se alargamentos e generalizações prometidos na tipificação prática²⁵. Não há nisso, porém, qualquer perda para a unidade sistêmica, desde que seja observada a igualdade na tributação. A praticabilidade em si ajuda a unidade do sistema tributário²⁶.

Aqui se coloca foco em conceitos típicos do direito civil, como fonte para uso pelo legislador tributário. Aí está o perigo, ao se entender o direito civil como fonte única e os conceitos determinados, como categorização onipotente. Se estamos diante de proposições prescritivas, como sugere a análise da Constituição e da legislação complementar, demanda-se uma crítica às teorias sustentadas sobre a estrutura formal da norma jurídica.

O conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Afinal, esse é o mister do legislador organizar. Nessa difícil tarefa, a linguagem normativa importa particularmente ao direito tributário. Para prescrever condutas é necessário dar ao destinatário o conhecimento dos fatos e das suas consequências²⁷. A norma vale, afinal, como expressão do dever ser, sendo este ato de exprimir a função do legislador, que captura elementos na natureza e os descreve de forma categoricamente lógica. Para descrever de forma lógica, categorizar, demanda-se tanto tipos quanto conceitos.

Num sistema tributário unitário, as categorias lógicas de natureza geral vão organizadas no que o constituinte determinar. Isso vale para diversos sistemas de constituição. No entanto, no Brasil, pela Constituição, art. 146, a organização das normas gerais foi claramente destinada ao legislador complementar. Em outras jurisdições de menor rigidez unitária, estabelecem-se as normas gerais em códigos, estatutos ou até compilações legislativas. Enfim, a unidade do ordenamento jurídico implica a concepção sistêmica, um conjunto em que se observe coerência, extirpadas as antinomias²⁸.

A Constituição vincula o legislador ao princípio da igualdade, obrigado a tratar a todos de modo equânime. Tem ele a liberdade para fixar os princípios fundamentais de justiça, mas não para realizá-los. Assim, impõe ao legislador elaborar o ordenamento tributário, de modo coerente. É também recomendável a qualquer sistema tributário superar o pragmatismo, por não levar em conta as diferenças, mesmo levando em conta determinadas concessões à praticabilidade²⁹. O pragmatismo, a simplificação, encanta o

²⁵ HEY, Johanna. Unternehmenssteuerreform: Integration von Personenunternehmen in die niedrige Besteuerung thesaurierter Gewinne, Die Reformvorschläge Im Vergleich. In Festschrift Für Arndt Raupach. Organizado por Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2006, p. 479/494, p. 483.

²⁶ CHARNESKI, Heron. *Limites da função simplificadora das regras tributárias e o lucro real como base de cálculo do Imposto de Renda das pessoas jurídicas*. Tese de Doutorado apresentada perante banca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2023, p. 92.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Turim: G. Giappichelli, 1993, p. 79.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria della norma giuridica*. Turim: G. Giappichelli, 1993, p. 71.

²⁹ TIPKE, Klaus. Princípio da igualdade e idéia de sistema no direito tributário. Traduzido por Brandão Machado. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito tributário, estudos em homenagem aos Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 516/527, p. 524.

agente de política fiscal, podendo deixar de lado até a unidade do sistema. O equilíbrio entre neutralidade e igualdade em matéria tributária é capaz de corrigir eventual distorção que a praticabilidade ocasione, especialmente na definição do fato gerador³⁰.

Apenas quando o legislador toma para si a decisão central sobre a carga tributária, é que ele se vê vinculado ao princípio da não contradição e coerência, obrigado à estruturação equânime do tributo³¹. Neste momento, o legislador trabalha com categorias lógicas, abstratamente elaboradas segundo aquilo que pretende prescrever. Tais categorias lógicas não são monopólio de uma ou outra forma de pensar, descabido contrapor tipo e conceito, como se uma anulasse a outra. Tratarei disso mais adiante.

Os perfis difusos surgem na mente do legislador logo no momento em que ele pensa na prescrição de condutas, ainda não claramente determinadas. Busca, em seguida, assemelhar tais perfis difusos aos conceitos indeterminados. Afinal, sempre nesse mesmo exercício descritivo, o legislador recorre aos conceitos determinados, como uma tábua de salvação. Não há, necessariamente, uma ordem de raciocínio, uma obrigação de sequência intelectual, mas é certo que as abstrações lógicas trabalham com alta dose de indeterminação. De acordo com sua definição, como se verá a seguir, o tipo é separado do conceito geral, por sua referência à realidade. Todos os termos jurídicos, afinal, são fruto da linguagem, referência à unidade de valor³².

Pois o legislador, ao assumir a tarefa de construção do fato gerador, trabalha necessariamente com categorias lógicas. A hipótese de aplicabilidade, por uma questão lógica, nunca é idêntica ao fato observado pelo legislador. Se fosse idêntica, seria igual, a mesma coisa, não permitiria sequer comparação. Lembre-se de que a subsunção é uma operação mental comparativa, que conclui ou não pela aplicação da norma. Dessa aplicação nasce a relação tributária.

Só existe relação entre fisco e contribuinte porque a lei a instaura. A lei não reconhece relações preexistentes entre o jurisdicionado e o Estado. A unidade federada cria o tributo mediante a lei, garantindo a segurança ao jurisdicionado, mesmo limitando a liberdade individual. A obrigação tributária estabelecida por lei assegura o contribuinte pela determinação. É indispensável a delimitação de todos os elementos necessários à configuração do fato gerador, que possibilite seu pleno conhecimento, também atendidas as limitações constitucionais ao poder de tributar. Somente o sistema jurídico confiável e estável ganha confiança e pode, portanto, servir de base para a coexistência livre, permitindo o planejamento da economia³³.

³⁰ HEY, Johanna. Unternehmenssteuerreform: Integration von Personenunternehmen in die niedrige Besteuerung thesaurierter Gewinne, Die Reformvorschläge Im Vergleich. In Festschrift Für Arndt Raupach, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmensfreiheit und Gemeinwohl. Organizado por Paul Kirchhof, Karsten Schimdt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2006, p. 479/494, p. 483.

³¹ KIRCHHOF, Paul. Besteuerung nach Gesetz. Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag. Organizado por Walter Drenseck e Roman Seer. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 17/37, p. 18.

³² KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*. Heidelberg: R.v. Decker & C.F. Müller, 1982, p. 33.

³³ KIRCHHOF, Paul. Klaus Tipke: Steuergerechtigkeit. *StuW*3/2021, p. 190. Neste trabalho, o autor noticia o desaparecimento do tributarista autor de grandes obras, como essa sobre justiça tributária, em que deixa claros os fundamentos da tributação, inclusive a obra mencionada por Kirchhof, num modo de homenagear, mais uma vez, a memória do jurista Tipke.

Ocorre que a determinação passa necessariamente pela indeterminação, uma vagueza irrefutável. A estipulação não passa necessariamente pelo conceito. De igual sorte, a imprecisão terminológica não é um problema exclusivamente conceitual, mas da própria classificação. A imprecisão terminológica é característica da classificação lógica, enfrentada pelo legislador. Na tipificação, afinal, o legislador busca diversas técnicas, como a generalização, a ficção, a padronização, a antielusão. A vagueza, afinal, pode ser útil para a eficiência, como no caso das despesas dedutíveis, no imposto de renda das pessoas jurídicas. Nos estudos sobre o imposto de renda, a questão polissêmica do objeto do tributo, a renda, surge com bastante frequência³⁴.

Não é diferente a vida do legislador, quando este trabalha com conceitos. A imprecisão terminológica decorre do fato observado, não de tipos ou conceitos. Quando o legislador trabalha com conceitos, especialmente em matéria tributária, encontra a indeterminação. Os conceitos indeterminados não são menos conceitos, nem tampouco afrontam a unidade do direito tributário. Os conceitos determinados ou indeterminados, ou mesmo os tipos, são nada mais que formas de catalogar categorias lógicas, à disposição do legislador, do filósofo, do pensador, quando neles encontram condições de determinação. Da determinação e da indeterminação trataremos a seguir. O exemplo do conceito de *hobby* pode ajudar a perceber a dificuldade do legislador do imposto de renda, em determinar o indeterminável. Como determinar o que seja *hobby* para fins do fato gerador e dedução de despesas, para fins do tributo? O que parece ser um pasatempo para alguns, pode não ser para outros, mas compete ao legislador a difícil tarefa de delimitar a questão para fins do imposto de renda. É plenamente possível que a indeterminação tenha que ser determinada por decisão de uma corte constitucional³⁵. Indesejável, mas previsto em grande parte das jurisdições democráticas da atualidade. A definição pela corte constitucional afeta indistintamente tipos e conceitos.

3. Tipo

Se o legislador forma sua carga de circunstâncias de acordo com achados socialmente típicos, capturando assim o individual no tipo, mantido o concreto generalizado, com as diferenças grosseiras intactas, então a tipologia serve, especialmente quando está em questão a igualdade³⁶. É da igualdade que se trata ao legislar em matéria tributária, na construção da hipótese, do fato gerador. O princípio da igualdade exige, pois, que o legislador forneça ao administrado exigibilidade regular em sua norma substantiva.

Como se observa na prática legislativa, a norma surge de um projeto voltado, preliminarmente, para nomear a hipótese jurídica que justifica a carga tributária. Vejamos o exemplo do comércio eletrônico, no campo do Metaverso. Ao elaborar uma lei para tri-

³⁴ KIRCHHOF, Paul. *Einkommensteuer Gesetzbuch. Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer*. Tübinga: C. H. Beck, 2003, p. VII.

³⁵ KRUSE, Wilhelm. Über Liebhaberei. In *Festschrift für Arndt Raupach, Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmenfreiheit und Geminwohl*. Organizado por Paul Kirchhof, Karsten Schmidt, Wolfgang Schön e Klaus Vogel. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2006, p. 143/152, p. 147.

³⁶ KIRCHHOF, Paul. *Besteuerung nach Gesetz. Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag*. Organizado por Walter Dreneck e Roman Seer. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 17/37, p. 20.

butar tal evento, fruto da tecnologia, o legislador inicia sua abstração mental por justificar a carga tributária necessária para capturar a riqueza. O tipo, por seu significado indeterminado, exprime uma categoria lógica.

O legislador não escapa de tomar uma decisão, como no exemplo mais atual do comércio eletrônico, de tributar ou não a riqueza resultante da tecnologia. Para tanto, o legislador precisa uma especificação, a descrição da hipótese “comércio eletrônico no metaverso”. Mas o que é, afinal, a abstração “comércio eletrônico no metaverso”, senão uma estipulação mental de algo que ocorre no mundo virtual³⁷. Tal estipulação pode encontrar paralelo em outros ramos do direito, porém a nova tecnologia traz consigo uma vagueza terminológica. Recorrer apenas ao direito privado, tomando por referência o comércio ancestral, seria insuficiente. O comércio eletrônico, ainda mais no campo do Metaverso, escapa dos conceitos determinados.

Na elaboração da hipótese para o caso individual, o legislador trabalha com a abstração de uma categoria lógica, que melhor exprime a riqueza objeto. O uso dessa categoria lógica precisa encontrar justificativa na igualdade, pois leis injustificadas ou infundadas não são leis legais, mas apenas leis coercitivas³⁸. Este é o perigo da predileção pelos conceitos fechados, transformar um sistema tributário moldado na igualdade em um sistema de coerção, totalitário. O legislador está, afinal, isento da lógica jurídica, em particular do que se convencionou tratar por pensamento correto, de considerar as leis do pensamento. Assim se dá no molde tipológico de raciocínio classificatório. Curiosa a pretensão do jurista de determinar o que é renda, refutado pela experiência legislativa prática³⁹. O Metaverso tem uma indeterminação própria, indócil, que não se deixa capturar senão por meio de ficções.

O tipo exprime, afinal, um significado caracterizado pela abertura. Descreve propriedades não exaustivas, nem suficientes, nem necessárias. Mas o importante é que descreve as propriedades do objeto observado, suficientes para a classificação normativa. Não é verdade que existe um mau emprego da palavra tipo. O tipo é plenamente adequado à estipulação legislativa, em absoluta consonância com a competência constitucionalmente firmada no âmbito da unidade normativa. A alternativa à palavra conceito não foi tratada como de significado equívoco, mas como uma forma classificatória⁴⁰. Os significados da palavra tipo são diversos, pois tipo é uma palavra polissêmica, como tantas outras.

O tipo serve de instrumento ordenador, por exprimir propriedades graduáveis. Trata-se, originariamente, de conceitos ordenadores unidimensionais e multidimensionais, ao mesmo tempo. Na qualidade de conceito classificatório, o tipo traça limites rígi-

³⁷ FARWICK, Paul Felix; MÜLLER, Jessika M.; SPENGLER, Christoph. Unternehmen nach Metaverse – Eine steuerrechtliche Einordnung. *StuW* 3/2023, p. 219/228, p. 227.

³⁸ TIPKE, Klaus. Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für den Gesetzgeber? Erörtert unter besonderer Berücksichtigung zweiter Beiträge von Prof. Dr. Michael Droegge und Prof. Dr. Andreas Musil über Zukunftsfragen der deutschen Steuergesetzgebung. *StuW* 4/2014, p. 273/285, p. 281.

³⁹ GASSNER, Wolfgang. The influence of tax principles on the taxation of income from capital – a response. *The notion of income*. EATLP Congress. Cologne, 12/14 June 2003. Coordenado por Peter Essers e Arie Rijkers. Amsterdã: IBFD, 2003, p. 33/52, p. 34.

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1979, p. 443.

dos, em que pese permitir graduação, com transições fluidas⁴¹. O tipo se presta, então, a descrever propriedades do objeto, presentes em diferentes medidas, mais ou menos presentes, cujo enquadramento suscita dúvidas⁴². No direito tributário, o enquadramento do objeto a ser descrito, mais das vezes, suscita dúvidas. Nunca é demais lembrar que a teoria sobre o tipo classificatório variou bastante ao longo do século XX. Neste século, ao menos em algumas jurisdições aqui pesquisadas, o tipo segue sendo muito útil ao legislador tributário.

Exemplos de tipo foram trabalhados pela doutrina do direito, tais como “pesado”, “quente”, “preço”. Este último, para esclarecer, se encontra na legislação do imposto de renda, na categorização dos preços de transferência. Notadamente um tipo, “preços de transferência”, demonstra a sua vagueza, gerando dúvidas quanto à sua aplicação em determinados casos-limite. Imaginemos, então, a vagueza da expressão, “onde a riqueza é criada”, base de tanta controvérsia em termos de tributação, na atualidade⁴³. Isso tudo gera alguma incerteza na aplicação normativa, mas longe de permear a insegurança jurídica. Na tributação do negócio eletrônico, a expressão “onde a riqueza é criada” tem suscitado muita discussão, inquestionável vagueza a caracterizar uma possível hipótese normativa, seja para tributos como a renda ou mesmo para tributos sobre o consumo. Isso foi o mais próximo da determinação que se logrou chegar em termos prospectivos.

Como no exemplo da legislação de preços de transferência, a vagueza determina a classificação normativa com base no tipo e nos conceitos indeterminados. As dimensões expressas pelo tipo podem estar presentes de distintas medidas, além de possuir propriedades até certo ponto intercambiáveis⁴⁴. No mesmo exemplo de preços de transferência é possível constatar a descrição constatável a partir de standards comportamentais. Quais seriam tais *standards* comportamentais, no caso de preços de transferência? A nova lei brasileira de preços de transferência, Lei n. 14.596, de 14 de junho de 2023, é um exemplo de indeterminação. Tratamos de “comportamentos sociais corretos na realidade social”⁴⁵. Esses comportamentos podem estar regulados em diversos ramos do conhecimento, como no caso dos preços de transferência, nas ciências contábeis, no direito privado, na legislação do imposto de renda, na legislação aduaneira, enfim. Não pode, sequer na tentativa de criar standard, o legislador procurar determinar algo que, por sua própria natureza, é lábil.

A lei tributária precisa, em particular, de um esforço de preenchimento de lacunas, para permitir a interpretação adequada a dar segurança ao destinatário. Existe uma clara fronteira entre a competência hermenêutica dos agentes fiscais e a capacidade normativa do legislador⁴⁶. Ambos, porém, trabalham com categorias lógicas no seu mis-

⁴¹ HEMPEL, Carl; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1936, p. 31.

⁴² LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1991, p. 222.

⁴³ HEY, Johanna. Taxation where value is created and the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative. *Bulletin for International Taxation*, 2018, 72 (4-5), p. 203-207.

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1991, p. 221.

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1991, p. 464.

⁴⁶ KIRCHHOF, Paul. *Besteuerung nach Gesetz. Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag*. Organizado por Walter Dreneck e Roman Seer. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 17/37, p. 21.

ter. A reserva legal demanda do legislador uma noção classificatória capaz de combinar os limites aqui mencionados, entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional, com uma igual base jurídica suficientemente classificatória.

O legislador responde por organizar as categorias, com base em categorias jurídico-políticas, fazendo uso de instituições jurídicas. As instituições jurídicas podem ser tanto tipos quanto conceitos, sem qualquer perda normativa em termos de determinação. Ao regular claramente o fato à norma, o legislador fortalece o vínculo dos agentes do Estado à lei, mas isso não depende do uso de tipo ou conceito. Dado que as normas jurídicas são discursos ambíguos, a comunicação estabelecida por meio delas gera uma expectativa de comportamento, o dever ser, impregnado de vagueza. Os valores organizados segundo tipos são condição para o consenso social, fundamento de legitimidade do direito na sociedade⁴⁷.

Legislar, criar normas com o uso de tipo, significa utilizar-se de catálogos, como “boa-fé”, “soberania”, “direitos humanos”, “interesse público” etc. As chamadas regras encontram seus alicerces em tipos, de modo que se questiona até mesmo o uso do termo “regra” para delinear princípios, como os citados neste parágrafo⁴⁸. Isto não significa afirmar que o tipo se presta apenas a ordenar questões com relativa indeterminação, em contraposição à regra, que se prestaria à determinação. Isto é absolutamente falso, da mesma forma que contrapor conceito ao tipo não contém sentido lógico. O ser humano, em seu pensamento binário, tende a contrapor as coisas que classifica, curiosamente, como no conceito e tipo. É mais fácil contrapor, para evitar enfrentar o fato de que se tratam de coisas semelhantes.

Ao legislar, o parlamentar examina fatos e procura organizá-los, num processo mental que passa entre especificação e generalização. Diante dessa dicotomia, o legislador trabalha com a função simplificadora da realidade. A inegável função simplificadora da norma em matéria tributária, como no caso do lucro real, opção de apuração do imposto de renda das empresas no Brasil. Não há nada de mito nisso, senão um processo de generalização e simplificação. O lucro real representa uma forma de determinação da base de cálculo do imposto de renda das empresas. O legislador opta pela indeterminação quando trata do lucro real, de um modo tipificante⁴⁹. Provoca-se o jurista a pensar sobre a proposta de que a alíquota do imposto de renda deve ser proporcional à capacidade contributiva do contribuinte. Imagine-se a dificuldade do legislador ou do intérprete, para determinar o que alcança a renda dos negócios especulativos, algo que a Corte Constitucional enfrentou por provocação das partes⁵⁰. A solução jurisdicional socorreu o contribuinte, diante da imprecisão legislativa, na Alemanha.

⁴⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 373.

⁴⁸ SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules – a philosophical examination of rule based decision-making in law and life*. Oxford: Clarendon Press, 2023, posição 534, de 6364. (Kindle).

⁴⁹ WEBER-GRELET, Heinrich. Der Typus des Typus. In: BUDDE, Wolfgang Dieter; MOXTER, Adolf; OFFERHAUS, Klaus (coord.). *Handelsbilanzen und Steuerbilanzen: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Heinrich Beisse*. Düsseldorf: IDW, 1997, p. 551/569, p. 555.

⁵⁰ TIPKE, Klaus. *Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis. Von politicagens Schlagwort zum Rechtsbegriff um zur praktischen Anwendung*. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1981, p. 75.

Serve o tipo ao legislador, tanto como moldura quanto como abstração generalizadora. Trata-se de um desenho da hipótese de aplicação feita pelo legislador. A escolha deve ser feita, enfim, diante de realidades possíveis, que o legislador entende relevantes na construção da hipótese normativa⁵¹. Não há como evitar a escolha, do contrário abdica o legislador tributário do seu papel de determinar o fato gerador do tributo. Quando, porém, o legislador é omissivo ou anacrônico, o ajuste axiológico do tipo ou do conceito cabe à corte constitucional. No caso brasileiro, exemplarmente definido, pelo STF⁵².

4. Conceito

Interessa ao direito tributário, como foi dito acima, a acepção generalizadora. A função simplificadora da norma atende a igualdade na tributação. A escolha determinante do fato gerador é a mesma, tanto para o tipo quanto para o conceito. Existe, afinal, um conceito de tipo para determinar a hipótese de aplicação? A ideia de conceito em matéria tributária depende da possibilidade de determinação. Quando isso se torna polêmico, cabe ao intérprete corrigir o déficit de justiça, ajustando o conceito à realidade fática⁵³.

Os conceitos jurídicos, que servem para construir, entre outras coisas, os artigos de lei, nada mais são que instrumentos do direito, mas não são todo o direito. Assim, os conceitos não são sobre o que, mas com o que se trabalha para a categorização de hipóteses normativas⁵⁴. Aquilo com que o direito opera é um fenômeno jurídico a observar e, naturalmente, classificar. Este ato de classificar leva o observador a fazer uso de categorias lógicas, com maior ou menor precisão. No direito tributário isso não é diferente, pois o dever da ciência é único, de avaliar a idoneidade dos meios para guiar a técnica legislativa.

No exemplo da hipótese normativa, do fato gerador, do imposto de renda ou do imposto sobre o consumo, a categoria jurídica com a qual o direito opera é um fenômeno econômico de natureza imprecisa. Isto não significa de modo algum que o conceito seja necessariamente impreciso, mas impreciso é o fenômeno sobre o qual o direito opera. Para não se distanciar da realidade, o conceito jurídico, especialmente no campo tributário, não deve apenas recorrer à semântica ou matemática, recursos de uma pobreza singular. A evolução socioeconômica demanda a constante avaliação da realidade. Foi preciso, em algum momento, acabar com um exagero neokantiano típico de uma época, que epistemologicamente interpretava mal o uso de ficções convencionais, como um substituto deliberadamente falso da realidade⁵⁵. A crítica ao uso de ficções não tem relação necessária com conceito, mas o uso de conceitos auxiliou a trazer o debate de

⁵¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968, p. 44.

⁵² BRASIL – STF. ADI n. 5.422. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em 03.10.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354368523&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁵³ TIPKE, Klaus. *Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis. Von politikagens Schlagwort zum Rechtsbegriff um zur praktischen Anwendung*. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1981, p. 164.

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. Roma: del “Foro Italiano”, 1951, p. 2.

⁵⁵ ESSER. *Recht und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts*. Francoforte no Meno: Klostermann, 1940, p. 200.

volta ao eixo dogmático. O neokantismo levou a alguns exageros metodológicos, mas teve o mérito de provocar uma revisão no pensamento do direito e da norma.

Existe, portanto, uma exigência metodológica para o estudo do conceito, relevante para a teoria geral do direito tributário. É preciso estender bastante a realidade observada pelo agente responsável por regular, categorizando a hipótese normativa. Os fenômenos jurídicos a serem observados por construir a teoria geral do direito estão em diversos campos, não apenas no direito tributário. A teoria geral é uma inspiração para o estudioso se debruçar sobre o direito civil, penal, público, privado, nacional, internacional etc. O espectro geral permite que o operador do direito se utilize instrumentalmente dos conceitos na elaboração das hipóteses normativas. De fato, os finalistas falam de lógica factual, mesmo sem saber a onde isso pode conduzir. A formação dos conceitos é algo de extrema importância para a lógica normativa. Qualquer sistema lógico sistemático não pode, exclusiva ou preferencialmente, trabalhar com conceitos genéricos ou de classe. São necessários os conceitos de ordenação, os conceitos funcionais e os conceitos de tipo⁵⁶.

A norma tributária, dentre outras coisas, define o fato gerador do tributo. Pode ainda, autorizar o intérprete a sair dos limites definidores do fato gerador do tributo, como no caso da norma geral antielisão⁵⁷. Não há nada de errado na norma geral antielisão, a não ser o fato de colocar por terra a teoria também equivocada de que a Constituição é a única fonte definidora da hipótese normativa em matéria tributária. Isso vale também para aqueles que defendem que tudo em matéria tributária deve estar na Constituição, em nome da legalidade. Na Europa vive-se desde a virada do século XXI, uma mudança do formalismo positivista dogmático, para uma orientação da substância, da adequação normativa à realidade.

No Brasil, o positivismo estrito, anacrônico, segue sendo elemento de doutrinação nas escolas de direito, especialmente em matéria tributária. A despeito disso, os tribunais administrativos, particularmente o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, seguiu o que se viu na Europa, inclusive em termos de *soft law*. Esse desvio hermenêutico de um tribunal administrativo brasileiro, cujo objetivo seria a revisão fiscal, segundo a lei, não deve ser celebrado. Mas é um fato que a interpretação de negócios jurídicos em matéria tributária, no início deste século XXI, se afastou da legalidade. Ao assim proceder, porém, nem se aproximou, tampouco se afastou dos conceitos ou tipos em matéria tributária.

Entre a administração fiscal e os contribuintes deve reinar a paridade de armas. Se, por um lado, a administração fiscal demanda uma norma para arrecadar de modo eficiente, por outro lado, o contribuinte demanda uma norma que respeite sua capacidade contributiva. Em outras palavras, o que é certo para uma das partes em relação à gestão pública fiscal deve ser justo e aceitável para a outra parte que arca com ônus econômico. Quando se coloca a determinação conceitual como única forma de dar uniformidade ao

⁵⁶ KAUFMANN, Arthur. Gustav Radbruch – Leben und Werk. In: RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Organizado por Arthur Kaufmann. Heidelberg: C. H. Beck, 1987. vol. 1, p. 7/88, p. 63.

⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131.

sistema, não se está necessariamente premiando a igualdade na tributação⁵⁸. Esta se realiza também na indeterminação, na vagueza, na imprecisão das categorias lógicas.

Quando, afinal, o legislador encontra todas as notas características do objeto que pretende definir, está diante de um conceito⁵⁹. O conceito é apenas um resultado de abstração mental normativa, jamais o único. Parcela da doutrina tratou do tipo em contraposição ao conceito, mas no intuito de promover o pensamento jurídico. O que se quis, afinal, foi promover o modo de pensar. Almejar a forma de pensar por meio de conceitos não significa trabalhar somente com eles, num mundo virtual da determinação absoluta. O problema, afinal, parece estar no fato de existirem tipos por trás dos conceitos⁶⁰.

A indeterminação conceitual em matéria tributária incomoda o administrado, por dar poder excessivo ao aplicador da norma. Mas essa indeterminação ocorre em muitas ocasiões, propositadamente⁶¹. Afinal, tanto a determinação quanto a indeterminação são escolhas do legislador. No caso das cláusulas gerais, por exemplo, o legislador opta pela indeterminação conceitual, uma vagueza proposital. A hipótese legal pode compreender a generalidade, submetendo ao tratamento jurídico todo um complexo de casos.

O conceito tal como idealizado na doutrina do direito tributário traz consigo uma forte dose de indeterminação, principalmente quando pensamos na hipótese de aplicação “renda”, “consumo”, “patrimônio”, principais fontes de arrecadação tributária. O que se tem nesses exemplos senão o que se considera como forma acessível de determinação conceitual para tornar possível a subsunção. O intérprete, afinal, deve considerar o texto legal e, assim, obter a inferência, pela qual a lei carrega o significado estabelecido pelo legislador⁶².

A indeterminação do objeto na tributação, porém, não joga por terra a validade do conceito como recurso classificatório. Tanto assim que os conceitos seguem sendo bastante utilizados para definição de hipóteses legais em matéria tributária. Mesmo com todas as críticas, o STF segue reafirmando, de modo coerente, o art. 43 do CTN como conceito de renda⁶³.

5. Existe, afinal, uma polêmica entre tipo e conceito?

No exercício normativo, a generalização se contrapõe à individualização. Mas ambas não se anulam ou excluem, apenas se consideram em campos distintos do modo de

⁵⁸ ISENSEE, Josef. Die typisierende Verwaltung, Gesetzesvollzug in Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrechts. Berlin: Duncker & Humblot, p. 133.

⁵⁹ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1991, p. 307.

⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. Analogie und Natur der Sache, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus. Heidelberg: R.v. Decker & C. F. Müller, 1982, p. 97/99.

⁶¹ WEBER-GRELET, Heinrich. Der Typus des Typus. In: BUDDE, Wolfgang Dieter; MOXTER, Adolf; OFFERHAUS, Klaus (coord.). *Handelsbilanzen und Steuerbilanzen: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Heinrich Beisse*. Düsseldorf: IDW, 1997, p. 551/569, p. 555.

⁶² LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer, 1991, p. 134.

⁶³ BRASIL – STF. RE n. 633.922/SP. Rel. Min. Lewandowski. Julgamento em: 19.08.2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6594608>. Acesso em: 20 mar. 2023.

pensar⁶⁴. Não se encontrou na pesquisa conduzida neste ensaio, nada que pudesse sequer sugerir uma polêmica entre tipo e conceito.

O uso da expressão “tipo aberto” não é metodologicamente adequado. A investigação conduzida neste ensaio nada tem a acrescentar a tal constatação. Isto implica, naturalmente, afirmar que o tipo como instrumento de organização lógica classificatória pressupõe abertura conceitual? Tampouco se chega a tamanha conclusão neste ensaio. Dada, porém, a natureza do tipo bem como as incertezas metodológicas dessa figura de pensamento, a sua utilização âmbito de intervenção como o direito tributário é fundamentalmente problemática⁶⁵. Importante ressaltar que a utilização problemática se revela em alguma medida, apenas no campo da hermenêutica. Isso não invalida sua utilidade na determinação da hipótese de incidência.

O que se tem, por outro lado, é a jurisprudência dos tribunais superiores, que acata ora o tipo, ora o conceito, em matéria de legislação tributária. No Brasil, em especial, o tipo foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, de modo absolutamente adequado, em linha com outras cortes constitucionais na Europa. A concretização do princípio da igualdade demanda do legislador escolhas entre carga tributária, cuja intensidade sofre apreciação *a posteriori*, por cortes constitucionais. Nos casos analisados no Brasil, a distinção entre tipos e conceitos servira para esclarecer polêmicas normativas sobre tema difícil sobre livros eletrônicos, cuja classificação lógica é claramente indeterminada⁶⁶. De igual sorte, quando o STF se debruçou sobre o tema dos planos de saúde, pensou na linguagem tipológica, nos conceitos mínimos, ajustados pelo legislador complementar, nos termos do art. 146 da Constituição⁶⁷.

Nos casos registrados em determinadas cortes constitucionais, em especial quando se trata de renda, não se encontra muita diferença entre tipo e conceito. Caso contrário, as divergências fiscais tornar-se-ão demasiado grandes, de modo que a orientação constitucional da tributação sobre a renda, o desempenho individual de geração de riqueza, estaria perdida⁶⁸.

O princípio da igualdade garante a igualdade do estatuto de direitos humanos de todos os cidadãos, tanto mais um imposto afeta as necessidades do indivíduo como pessoa (igualdade como princípio), tais como o acesso ao mínimo existencial do contribuinte e de sua família. A igualdade é tanto mais aberta à concepção legislativa quanto mais

⁶⁴ WEBER-GRELET, Heinrich. Der Typus des Typus. In: BUDDE, Wolfgang Dieter; MOXTER, Adolf; OFFERHAUS, Klaus (coord.). *Handerlsbilanzen und Steuerbilanzen: Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Heinrich Beisse*. Düsseldorf: IDW, 1997, p. 551/569, p. 553.

⁶⁵ MOSSNER, Joerg. Typus Begriffe. *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag*. Organizado por Walter Dreneck e Roman Seer. Colônia: Otto Schmidt, 2001, p. 161/182, p. 181.

⁶⁶ BRASIL – STF. RE n. 330.817/RJ. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 08.03.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13501630>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁶⁷ BRASIL – STF. RE n. 671/703/PR. Julgamento em: 29.09.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12788517>. Acesso em: 20 mar. 2023.

⁶⁸ SCHAUMBURG, Harald. Besteuerung von Kapitalerträgen. In *Besteuerung von Einkommen*. Organizado e publicado em colaboração com a Associação de tributaristas alemães e coordenado por Iris Ebling. Munique: Dr. Otto Schmidt, 2001, p. 225/285, p. 262.

as condições de vida gerais acessíveis à influência jurídica, como o rendimento, são reguladas como base para um estilo de vida livre⁶⁹.

No contexto do estado das leis em matéria tributária materiais, poderia se pensar: uma vez coordenadas entre si de uma forma que seja adequada à aplicação e livre de contradições, a aplicação da lei ocorreria por si só⁷⁰. A igualdade, relacionada à renda, portanto, aproxima o tributo correspondente da ideia de tipo, ou do conceito indeterminado. Afinal, a polêmica é absolutamente descabida.

A diferenciação entre termos classificatórios não faz muito sentido, sequer é distintiva, mas comparativa. Isso só se torna relevante no contexto do intérprete jurisdicional, em que tipo é um caso especial de conceito jurídico indeterminado⁷¹. Em muitas ocasiões, tipo e conceito foram utilizados como sinônimos, justamente por aqueles que mais pensaram sobre categorias lógicas na metodologia do direito⁷². A pergunta final poderia ser feita, então: por que usar tipo e não conceito, se resultam no mesmo? Responderia com a outra pergunta: por que não usar?

⁶⁹ KIRCHHOF, Paul. Verfassungsrechtliche und steuersystematische Grundlagen der Einkommensteuer. In Besteuerung von Einkommen. Organizado e publicado em colaboração com a Associação de tributaristas alemães e coordenado por Iris Ebling. Munique: Dr. Otto Schmidt, 2001, p. 9/28, p. 18.

⁷⁰ SEER, Roman. Der Vollzug von Steuergesetzen unter den Bedingungen einer Massenverwaltung. Steuervollzug im Rechtsstaat, 32. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V., Stuttgart, 10. und 11. September 2007. Organizado por Werner Widmann. Mainz: Dr. Otto Schmidt, 2008, p. 7/36, p. 9.

⁷¹ PUPPE, Ingeborg. Der Typusbegriff, eine Denkform? In Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, am 1. November 2014: Streitbare Strafrechtswissenschaft. Coordenado por Roland Hefendehl, Tatiana Hörle e Luis Greco. Berlim, Munique e Boston: De Gruyter, 2015, p. 221/234, p. 234.

⁷² KOKERT, Josef. Der Begriff des Typus bei Karl Larenz. Schriften zur Rechtstheorie. *Caderno* 166. Berlim: Duncker & Humblot, 1995, p. 18.

A Mudança de Critério Jurídico Prevista no Art. 146 do CTN: Lançamento Seguinte ou Fato Gerador Posterior?

Guilherme Galdino

Renan Baleiro

Introdução¹

Paixão é o sentimento que guia a vida acadêmica do nosso homenageado, Professor Luís Eduardo Schoueri, cuja titularidade no Largo de São Francisco completa 20 anos. O rigor e seriedade que caracterizam sua atividade docente (ensino, pesquisa e extensão) repousam no entusiasmo do Professor, apaixonado que é pelo Direito Tributário – e mais ainda por lecioná-lo e fazê-lo avançar às novas gerações. Quem já foi seu aluno no 4º ano, ou ainda quem já o viu em dias de congresso do IBDT nas Arcadas, sabem-no bem: o Professor Schoueri faz questão de conquistar seus alunos e ouvintes ao primeiro instante. O brilho em seu olhar e seu caminhar agitado o denunciam.

Como consequência natural de sua *paixão* pelo Direito Tributário, há uma *inquietação* permanente na atuação do Professor Schoueri. Entendimentos obtusos e fundamentações rasas são por ele prontamente rechaçados. Pouco importa que as posições confrontadas sejam majoritárias em doutrina ou repetidas por esta há bastante tempo: ele as coloca em xeque por dever de lealdade às próprias convicções.

Bom exemplo disso se encontra na interpretação do art. 146 do Código Tributário Nacional (“CTN”), segundo o qual: “[a] modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

Esse dispositivo suscita diferentes questionamentos, que mereceriam uma análise detida. Poder-se-ia examinar, por exemplo, o que significa *modificar* o critério jurídico, ou o que seria propriamente um *critério jurídico*, ou ainda quando se estaria diante do *mesmo sujeito passivo*.

O presente artigo tem por objeto uma das dúvidas suscitadas pela leitura do art. 146 do CTN, qual seja, a relevância da expressão da parte final do dispositivo (*quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*) para delimitar a aplicabilidade de novos critérios jurídicos em relação a um mesmo sujeito passivo. Para a boa compreensão do problema, considere-se a seguinte situação: o Fisco emprega um critério jurídico (“A”) num dado lançamento em certo período (ano 1), e posteriormente (ano 3) aquele critério A é substituído por um novo critério (“B”). A questão está em saber se o Fisco

¹ Agradecemos a todos que nos ajudaram a conseguir os textos de outros países, especialmente aos Professores Raphaël Gani e Guillermo Tejiero, e ao Mariano Rajoy.

poderia utilizar o novo critério (“B”) para fatos geradores ocorridos no ano 2, sem que tenha havido lançamento relativamente a eles. Em outras palavras, uma vez introduzida a modificação no critério jurídico, questiona-se se o novo entendimento pode alcançar fatos geradores passados ainda não objeto de lançamento *ou* apenas fatos geradores futuros.

De um lado, uma corrente defende que o art. 146 do CTN cuidaria apenas de alterações efetuadas num *mesmo* lançamento². Tratando-se de lançamentos diferentes, então não se aplicaria o art. 146 do CTN. Sinteticamente: o art. 146 do CTN seria um dispositivo voltado a impedir mudança de critério jurídico no *exercício de um mesmo lançamento*. Portanto, o novo critério jurídico (“B”) poderia atingir fato gerador anterior (ano 2) à sua introdução, contanto que em lançamento posterior diverso daquele que firmou o critério jurídico anterior.

De outro lado, corrente diversa sustenta que o art. 146 do CTN não se limitaria a um mesmo lançamento. Nesse sentido, o objetivo do art. 146 do CTN seria proteger o sujeito passivo contra modificações de critério jurídico em relação a *fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*, ainda que houvesse lançamentos diferentes³. Assim, o novo critério jurídico (“B”) não poderia atingir fato gerador anterior (ano 2) à sua introdução – *i.e.*, anterior à introdução *do novo critério jurídico (“B”)* –, ainda que sem objeto de lançamento. O novo critério jurídico (“B”) só poderia, então, atingir fatos geradores posteriores (ano 3 em diante). O entendimento do Professor Schoueri filia-se a esta corrente⁴.

Para enfrentar seu objeto, sob a perspectiva jurídico-dogmática, com referência ao ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho ilumina o contexto anterior à edição do CTN e as influências na elaboração dos dispositivos que originaram o art. 146 no bojo dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN.

A adoção dessa abordagem histórica se justifica não só para elucidar o alcance do art. 146 do CTN, mas também como forma de homenagem ao Professor Schoueri. Não é rara sua preocupação em examinar o contexto histórico da edição de um dispositivo,

² Com essa posição, cf., *e.g.*, XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 262, nota 50; VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributários. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf*. Brasília, 2018, p. 13-37 (27-28); Carf, Ac. n. 1401-001.908, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Lúvia de Carli Germano, j. 21.06.2017. Aparentemente, também com essa posição, cf. DERZI, Misabel. In: BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro: CTN comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, comentários ao art. 146. Discorrendo sobre essa corrente, cf. LAURENTIIS, Thais de. Mudança de critério jurídico pela administração tributária: regime de controle e garantia do contribuinte. *Série Doutrina Tributária* vol. XLV. São Paulo: IBDT, 2022, item 2.1.2.1.

³ Com essa posição, cf., *e.g.*, MACHADO, Hugo de Brito. *Temas de direito tributário*. São Paulo: RT, 1993, p. 122; LOBATO, Valter de Souza. O princípio da confiança retratado no Código Tributário Nacional. A aplicação dos artigos 100 a 146 do CTN. A análise de casos concretos. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas* vol. 6, n. 35, nov./dez. 2012, p. 42-70, item 3; LAURENTIIS, Thais de. Mudança de critério jurídico pela administração tributária: regime de controle e garantia do contribuinte. *Série Doutrina Tributária* vol. XLV. São Paulo: IBDT, 2022, p. 284-285; Carf, Ac. n. 1402-00.828, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira, j. 23.11.2011; Carf, Ac. n. 3302-007.592, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, Rel. Cons. Walker Araujo, j. 25.09.2019.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 681-682.

mediante, por exemplo, a análise dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN. A título exemplificativo, na sua obra *Direito tributário*, o autor já nos brindou com estudos desse tipo para discutir o papel da lei complementar, a natureza do lançamento tributário, a figura do lançamento por homologação e a consideração econômica⁵. Em coautoria, já examinou historicamente também, por exemplo, a função protetiva do lançamento⁶ e o significado de *literalmente* na interpretação das isenções e sua extensão⁷.

Conforme se pretende demonstrar, Rubens Gomes de Sousa, na década de 1940, tinha a intenção de admitir a revisão/lançamento suplementar *apenas* em caso de erro de fato (1), posição corroborada pelas influências por ele mencionadas nos Trabalhos da Comissão Especial do CTN (2). No entanto, essa posição avançou com as sugestões oferecidas ao Anteprojeto daquele autor, firmando-se então como baliza para a aplicação do novo critério jurídico tratar-se de *fato gerador posterior*, não apenas por ocasião do *lançamento seguinte* (3).

1. Da posição de Rubens Gomes de Sousa antes dos Trabalhos da Comissão Especial e as respectivas influências

Mesmo antes da elaboração do Anteprojeto que serviu de base aos Trabalhos da Comissão Especial do CTN, Rubens Gomes de Sousa já havia manifestado sua opinião sobre a mudança de critérios jurídicos e a revisão do lançamento⁸. Para ele, o Fisco não poderia, no âmbito da revisão de ofício de lançamento/lançamento suplementar, aplicar critério jurídico diverso daquele já aplicado/acatado previamente.

Contudo, nessa época, havia forte posição, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que essa limitação à revisão do lançamento constituiria uma aplicação equivocada da coisa julgada⁹ ao ato da administração. Desse modo, o único impe-

⁵ SCHOUEI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 45, 667, 689 e 798, respectivamente.

⁶ SCHOUEI, Luís Eduardo; GALENDI JUNIOR, Ricardo André. *Compliance tributário como política pública: a função protetiva do lançamento e a culpabilidade no sistema de multas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (org.). *Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2021. vol. 7, p. 25-58.

⁷ SCHOUEI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. A isenção técnica do Imposto de Renda nos Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) e os ganhos de capital na alienação de quotas de outros FIIs. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 51, ano 40. São Paulo: IBDT, 2022, p. 251-297.

⁸ Cf., e.g., ASCARELLI, Tullio; SOUSA, Rubens Gomes de; ALMEIDA FILHO, João Batista Pereira. *Lucros extraordinários e Imposto de Renda*: comentários ao Decreto 15.028 de 13 de março de 1944, em relação com a doutrina e a legislação do Imposto de Renda. São Paulo: Livraria Martins, 1944, p. 203 e 237; SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (74-75); SOUSA, Rubens Gomes de. *Curso de introdução ao direito tributário*: parte geral. São Paulo: Escola Livre de Sociologia e Política, 1948, 10ª aula, fls. 6; e SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38. Os dois artigos de sua autoria se encontram também em SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 23-50 e 228-241. Posteriormente a esses trabalhos, cf. SOUSA, Rubens Gomes de. Revisão judicial dos atos administrativos em matéria tributária por iniciativa da própria Administração. *Revista de Direito Administrativo* vol. 29, 1952, p. 441-453; e SOUSA, Rubens Gomes de. A revisão do lançamento de impostos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 40, 1955, p. 15-23.

⁹ Para posição nesse sentido durante os debates acerca do Anteprojeto, cf. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Observações ao ante-projeto do Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Administrativo* vol. 34, 1953, p. 446-470 (463).

dimento à revisão do lançamento seria a extinção do prazo decadencial, sendo livre a mudança de critério jurídico¹⁰.

Rubens Gomes de Sousa divergia dessa posição, firme no entendimento de que o lançamento seria um ato administrativo bilateral, individual e imutável (1.1). Essa posição foi influenciada, notadamente, pelas doutrinas de Manoel da Costa Manso¹¹ e Tullio Ascarelli¹², analisadas adiante (1.2).

1.1. Da posição de Rubens Gomes de Sousa na década de 1940

De acordo com Rubens Gomes de Sousa, em texto de 1946, não seria cabível revisão em caso de “modificação nos critérios jurídicos anteriormente aceitos pela Administração por via interpretativa”¹³. Para o autor, a revogação ou modificação de ato administrativo não poderia decorrer de ato unilateral da Administração¹⁴.

Embora reconhecesse que de coisa julgada não se tratava, Gomes de Sousa desenvolveu teoria a partir dos seus pressupostos¹⁵. Para o autor, um deles seria a *identidade de causa*, a qual consistiria na “invariabilidade dos pressupostos de fato” dos quais depende a imposição¹⁶. Assim, havendo alteração nos pressupostos de *fato* da tributação, admitir-se-ia a revisão do lançamento, pois desapareceria a identidade de causa¹⁷. Por outro lado, a alteração nos critérios jurídicos adotados pelo Fisco na via interpretativa não estaria inserida no campo da identidade de causa, por não dizer respeito a fatos, e sim ao direito¹⁸.

Diante dessa posição, Gomes de Sousa relata, em 1948, a resistência de parcela da doutrina¹⁹, a qual, por afastar do lançamento a noção de coisa julgada administrativa, admitia a revisão do ato administrativo (no caso, o lançamento) “pela administração que o expediu, em virtude do conceito da função administrativa como sendo a de atuar a lei no interesse público”²⁰. Contudo, ressaltou o autor, a própria teoria do ato administra-

¹⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. A revisão do lançamento de impostos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 40, 1955, p. 15-23 (18).

¹¹ COSTA MANSO, M. Parecer – Impôsto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481.

¹² ASCARELLI, Tullio. Lucros do ano-base e capital efetivamente aplicado no imposto sobre lucros extraordinários. *Revista Industrial de S. Paulo* ano I, n. 6, maio de 1945, p. 41-42 (42, nota 11); e ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493.

¹³ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (74-75, nota 106).

¹⁴ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (73).

¹⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (74-75).

¹⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (76).

¹⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (75).

¹⁸ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (75, nota 106).

¹⁹ O autor arrola alguns doutrinadores com essa posição em SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (26, nota 9).

²⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. *Curso de introdução ao direito tributário*: parte geral. São Paulo: Escola Livre de Sociologia e Política, 1948, 10ª aula, fls. 6.

tivo reconhecera a impossibilidade de revogação de um ato que criasse “situações jurídicas individuais”, tal como no caso do lançamento²¹. Daí a sua conclusão, naquela época, pela possibilidade de revisão do lançamento em caso de erro de fato, mas pela impossibilidade de “retificação por ato unilateral do fisco” em caso de erro de direito²².

Ainda no mesmo ano, Gomes de Sousa desenvolveu sua perspectiva em artigo específico sobre o tema, no qual defendeu o caráter *bilateral e individual* do lançamento²³.

Haveria caráter *bilateral*, pois o lançamento se aplica por igual a ambos os sujeitos, passivo e ativo²⁴. Embora possa surgir a obrigação de pagar o tributo para o sujeito passivo, surge-lhe o direito à aplicação da lei nos termos do lançamento, seja no tocante à criação da obrigação tributária, seja “quanto às formas prescritas para o próprio lançamento”²⁵.

Possuiria caráter *individual*, pois, uma vez aplicado o “regime geral objetivo ao seu caso particular”, o sujeito passivo “passa a encontrar-se numa situação jurídica especial e individual, criada pelo próprio lançamento”²⁶. O autor não nega que, antes do lançamento, a situação jurídica do contribuinte seja apenas “geral, impessoal e mutável quanto à própria lei fiscal”, da qual não se pode alegar qualquer “direito adquirido contra a alteração legislativa”²⁷. Contudo, o lançamento tornaria a situação jurídica do sujeito passivo *individual, pessoal e imutável*²⁸.

Para o autor, essa *imutabilidade* decorreria tanto da perspectiva da obrigação tributária quanto da teoria do ato administrativo²⁹. Da obrigação tributária, porque, com o lançamento, surgiria para o sujeito passivo o “direito a ser tratado exatamente de acôrdo com o referido estatuto legal tributário”, o qual se torna individual e pessoal em virtude do lançamento³⁰. Da teoria do ato administrativo, pois embora a revogabilidade fosse a regra para situações jurídicas gerais, não se aplicaria quando afetasse situações jurídicas individuais (tais como as constituídas pelo lançamento)³¹.

²¹ SOUSA, Rubens Gomes de. *Curso de introdução ao direito tributário: parte geral*. São Paulo: Escola Livre de Sociologia e Política, 1948, 10ª aula, fls. 6.

²² SOUSA, Rubens Gomes de. *Curso de introdução ao direito tributário: parte geral*. São Paulo: Escola Livre de Sociologia e Política, 1948, 10ª aula, fls. 6.

²³ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38.

²⁴ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (25).

²⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (25).

²⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (26).

²⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (26).

²⁸ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (26-27).

²⁹ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (27).

³⁰ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (27).

³¹ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (27).

Em face disso, o “efeito vinculativo do lançamento” afastaria a revisão, por parte do Fisco, em caso de divergência de critério jurídico que “se traduza por uma mudança de orientação do fisco, posterior a um primeiro lançamento em que tenham sido adotados ou aceitos pelo fisco conceitos jurídicos que êste subsequentemente venha a repudiar”³².

Tendo isso em vista, verifica-se que, na década de 1940, Rubens Gomes de Sousa possuía entendimento firme no sentido de que a modificação de critério jurídico não poderia atingir situação já individualizada pelo lançamento.

Apesar de Rubens Gomes de Sousa ter-se utilizado de vários autores, estrangeiros e brasileiros, destacam-se dois que exerceram forte influência sobre sua posição. É dessa influência que se passa a tratar.

1.2. Das influências de Costa Manso e Tullio Ascarelli

Rubens Gomes de Sousa se baseou em trabalhos de Manoel da Costa Manso³³ e Tullio Ascarelli³⁴ – com quem aquele autor já havia escrito obra sobre lucros extraordinários.

Em 1944, Costa Manso, já aposentado do seu cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (“STF”), emitiu parecer sobre tema envolvendo uma segunda revisão de lançamento³⁵. A empresa contribuinte teve suas declarações revisadas no final de 1940, relativamente aos exercícios de 1937 a 1940, quando se concluiu pela “legalidade dos registros das operações comerciais”, pois tudo estava “em perfeita ordem”³⁶. Mesmo após o arquivamento do processo de revisão em 1941, outros funcionários da Delegacia do Imposto de Renda objetivaram, em 1943, revisar as declarações de rendimentos dos exercícios de 1937 a 1942. A empresa exibiu os documentos dos exercícios de 1941 e 1942, mas não pôde apresentar do período de 1937 a 1940 (já revisado) porque eles teriam sido remetidos a outro Município para cumprimento da Justiça do Trabalho, situação na qual teriam sido extraviados. Em face disso, houve um lançamento de ofício referente aos exercícios de 1937 a 1940, fundamentando-se, dentre outras alegações, na possibilidade de uma segunda revisão³⁷.

Diante do questionamento se seria possível uma segunda revisão, o ex-Ministro Costa Manso entendeu pela negativa, destacando-se duas razões por ele apresentadas. A uma, porque haveria definitividade do despacho de arquivamento da primeira revisão em linha com o Decreto-lei n. 4.178, de 13 de março de 1942, pois, caso contrário, “[n]

³² SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (31-32).

³³ COSTA MANSO, M. Parecer – Impôsto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481.

³⁴ ASCARELLI, Tullio. Lucros do ano-base e capital efetivamente aplicado no imposto sobre lucros extraordinários. *Revista Industrial de S. Paulo* ano I, n. 6, maio de 1945, p. 41-42 (42, nota 11); e ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493.

³⁵ COSTA MANSO, M. Parecer – Impôsto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481.

³⁶ COSTA MANSO, M. Parecer – Impôsto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481 (476).

³⁷ COSTA MANSO, M. Parecer – Impôsto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481 (477-478).

ninguém poderia cuidar tranquilamente dos seus negócios, se o Estado permitisse a renovação indefinida dos processos arquivados³⁸. A duas, a partir de lições do direito comparado, o ex-Ministro sustentou a exigência de manutenção do “resultado obtido” no caso em que “a autoridade houver preenchido, na forma prescrita, com o concurso da parte interessada, a missão de tornar certo o direito”³⁹.

Por sua vez, ao concordar com a opinião de Costa Manso, Tullio Ascarelli minimizou a importância do despacho de arquivamento da revisão, o qual teria “um caráter ‘interno’ à Administração”, ao passo que o lançamento seria notificado ao contribuinte⁴⁰. Ademais, segundo Ascarelli, constituiria *venire contra factum proprium* admitir que o Fisco pudesse proceder a novo lançamento, substituindo o anterior, sob a “alegação de ter passado a adotar critérios jurídicos diferentes”⁴¹. Assim, impedir que o Fisco realize um segundo lançamento com base em critério jurídico distinto daquele aceito na expedição do primeiro se coadunaria com o “axioma de direito penal” referente à impossibilidade da *reformatio in pejus*⁴².

Contudo, de acordo com Ascarelli, solução diversa mereceria a alteração de critérios jurídicos em caso de o lançamento se referir a um novo exercício⁴³. Embora fosse “desejável a continuidade dos critérios jurídicos” empregados pelo Fisco, não seria possível recusar ao Fisco o direito de alterar sua posição para exercícios diferentes⁴⁴.

Se, de um lado, Rubens Gomes de Sousa destacou a posição de Costa Manso na perspectiva da criação de uma situação jurídica individual e imutável com o lançamento⁴⁵, de outro, citou Ascarelli para referendar a revisão em caso de erro de fato, mas afastá-la na hipótese de alteração de critério jurídico⁴⁶.

Dessa posição, parece que nenhum desses autores veria problemas em a modificação de critério jurídico atingir fato gerador *anterior*, contanto que este ainda não tivesse

³⁸ COSTA MANSO, M. Parecer – Imposto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481 (479).

³⁹ COSTA MANSO, M. Parecer – Imposto sobre a Renda. *Revista dos Tribunais* vol. 148, 1944, p. 476-481 (479-480).

⁴⁰ ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493 (486, nota 19).

⁴¹ ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493 (485-486).

⁴² ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493 (486).

⁴³ ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493 (487).

⁴⁴ ASCARELLI, Tullio. Imposto de Renda: considerações sobre as declarações prestadas pelo contribuinte e as decisões administrativas. *Revista dos Tribunais* vol. 156, 1945, p. 483-493 (488).

⁴⁵ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (74); SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (27). Menção similar se encontra também em SOUSA, Rubens Gomes de. A revisão do lançamento de impostos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 40, 1955, p. 15-23 (18). A posição do Ministro Philadelpho Azevedo também foi mencionada ao lado de Costa Manso neste texto de 1955, por conta da seguinte decisão STF, Apelação Cível n. 7.976/DF, 1ª Turma, Rel. Philadelpho Azevedo, j. 19.08.1943, p. 68-69.

⁴⁶ SOUSA, Rubens Gomes de. A coisa julgada no direito tributário. *Revista de Direito Administrativo* vol. 5, 1946, p. 48-76 (75); SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (33 e 37).

sido objeto de lançamento. Afinal, ainda não teria sido criada a situação jurídica individual e imutável mediante o lançamento.

Vale, assim, verificar as influências na elaboração dos dispositivos originadores do art. 146 do CTN que foram expressamente citadas no relatório dos Trabalhos da Comissão Especial, a fim de averiguar se também tais referências se pautavam meramente na existência de lançamento anterior como critério para admitir ou não a aplicação de novo critério jurídico.

2. Das influências na elaboração do art. 146 do CTN citadas no Relatório dos Trabalhos da Comissão Especial

Em seu relatório, acostado ao Anteprojeto e ao Projeto do CTN, Rubens Gomes de Sousa narra que foram utilizados, como subsídios legislativos, não só legislações tributárias vigentes dos entes federativos, como também códigos e leis de outros países⁴⁷.

Ao lado da própria doutrina do autor relatada acima (cf. 1.1, *supra*), destacam-se como fundamentos da elaboração dos dispositivos antecessores do art. 146 do CTN: (2.1) a própria legislação brasileira e a jurisprudência pátria de então; (2.2) a jurisprudência suíça; e (2.3) a legislação e a doutrina argentinas.

2.1. Da influência da legislação e da jurisprudência nacionais

Em seus trabalhos progressos, Rubens Gomes de Sousa examinava a (im)possibilidade de revisão do lançamento em caso de mudança de critério jurídico, tendo em vista também o direito posto: a legislação ordinária *brasileira*⁴⁸.

A esse respeito, destaca-se o regime do Imposto de Renda, previsto no Decreto n. 24.239, de 22 de dezembro de 1947⁴⁹⁻⁵⁰. Em seu art. 77, “c”, admitia-se o lançamento de ofício em caso de “declaração inexata, considerando-se como tal não só a que omitir rendimentos, como também a que contiver dedução de despesas não efetuadas ou abatimentos indevidos”. Apesar de apresentar argumentos contrários (cf. tópico 1.1, *supra*), Gomes de Sousa reconhecia a possibilidade de esse dispositivo respaldar, textualmente, um lançamento de ofício por “erro ou inexatidão de direito (não concordância entre o abatimento feito e o texto legal permissivo de abatimentos)”⁵¹. Mesmo entendendo dis-

⁴⁷ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 98-99.

⁴⁸ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (35-36, nota 38).

⁴⁹ Para exame dos seus dispositivos nesse ponto, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JUNIOR, Ricardo André. *Compliance tributário como política pública: a função protetiva do lançamento e a culpabilidade no sistema de multas*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (org.). *Compliance no direito tributário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda., 2021. vol. 7, p. 25-58 (38-39).

⁵⁰ Examinando o art. 341 do Decreto n. 55.866, de 25 de março de 1965, citando o art. 29 (vetado) da Lei n. 2.862, de 4 de setembro de 1956, com o argumento de que a única limitação seria temporal, cf. REZENDE, Tito. *A nova regulamentação do Imposto de Renda*. Vol. XLV da Biblioteca da Revista Fiscal e de Legislação de Fazenda, 1965, p. 203, nota 955.

⁵¹ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (35-36, nota 38). Para a posição de que esse dispositivo só admitiria novo lançamento por erro de fato, cf. CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Temas de direito tributário*. Rio de Janeiro: Alba, 1963. vol. 1, p. 178-179.

tintamente, reconhecia o autor a existência de um entendimento possível favorável à revisão por modificação de critério jurídico no âmbito do Imposto de Renda.

Por sua vez, no âmbito do Imposto do Sêlo, Gomes de Sousa rechaçava essa possibilidade, ao examinar o art. 60 do Decreto-lei n. 4.655, de 3 de setembro de 1942. Afinal, de acordo com esse dispositivo, “[n]enhum procedimento haverá contra o contribuinte que tiver pago o selo de acordo com a interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância, se posteriormente for modificada essa interpretação”⁵². Nesse caso, o dispositivo é claro acerca da impossibilidade de aplicação de novo critério jurídico, mas tendo como referência a interpretação presente em decisão irrecorrível.

Embora não tenha citado expressamente o regime do Imposto do Sêlo em seu relatório no bojo dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN, Rubens Gomes de Sousa narrou que a origem das hipóteses de lançamento de ofício (*e.g.*, por erro) no referido Projeto se encontrava no regime do Imposto de Renda acima (Decreto n. 24.239, de 22 de dezembro de 1947)⁵³.

Além disso, Gomes de Sousa destacou o entendimento dos tribunais brasileiros à época, segundo o qual a revisão do lançamento seria possível apenas por erro de fato em virtude dos “efeitos dos atos administrativos criadores de situações individuais”⁵⁴. Conquanto algumas decisões referenciadas versassem sobre questões *não* tributárias (mas administrativas)⁵⁵, três delas envolviam matéria tributária.

A primeira é a decisão do Tribunal de São Paulo, na qual se decidiu, relativamente à taxa para conservação de estradas de rodagem, que a Prefeitura Municipal de Igarapava poderia “modificar o critério” tributário, porém “os lançamentos passados e consumados” deveriam ser “respeitados”⁵⁶.

Já a segunda é decisão do mesmo Tribunal, que envolvia dois lançamentos suplementares realizados pelo Município de Santos⁵⁷. Um era oriundo de uma revisão geral dos impostos de licença, predial urbano, taxa sanitária e de viação, no qual se aumentou o valor locativo de imóveis do contribuinte. Outro decorria de uma majoração de 20% sobre todos os tributos devidos ao Fisco Municipal. Na decisão, afirmou-se a improcedência dessas pretensões do Fisco, pois “[a] fôrça vinculativa do lançamento obrigatório tanto para o contribuinte como para o Fisco” teria criado um “direito adquirido ao pagamento do impôsto lançado, vedando alterações naquele exercício”⁵⁸.

⁵² Para previsão similar introduzida posteriormente para esse mesmo imposto, cf. art. 35 da Lei n. 4.505, de 30 de novembro de 1964.

⁵³ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 207.

⁵⁴ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 208-209.

⁵⁵ STF, RE n. 9.830/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, j. 13.07.1948. *Revista Forense* vol. 121, janeiro de 1949, p. 81-82; e Tribunal de São Paulo, MS n. 39.839, Tribunal Pleno, Rel. designado Des. E. Custodio da Silveira, j. 25.10.1949. *Revista dos Tribunais* vol. 177, 1949, p. 588-592.

⁵⁶ Tribunal de São Paulo, Ag. n. 23.848, Rel. Des. Vicente de Azevedo, j. 05.12.1944. *Revista Forense* vol. 102, maio de 1945, p. 286.

⁵⁷ Tribunal de São Paulo, Agravo de Petição n. 44.480, Rel. Des. Frederico Roberto, j. 22.04.1949. *Revista de Direito Administrativo* vol. 21, 1950, p. 65-67.

⁵⁸ Tribunal de São Paulo, Agravo de Petição n. 44.480, Rel. Des. Frederico Roberto, j. 22.04.1949. *Revista de Direito Administrativo* vol. 21, 1950, p. 65-67 (65).

Conforme se pode notar, nesses dois casos, passa-se uma ideia de que a vedação à modificação do critério jurídico do primeiro lançamento depende de a obrigação tributária a ele correspondente ter sido adimplida. Se, na primeira decisão, fala-se em lançamento *consumado*, na segunda, há menção a um direito adquirido relativo ao *pagamento* feito. Contudo, no segundo caso, a decisão foi expressa na linha de que, uma vez “[e]fetivado o lançamento de determinado impôsto, correspondente a certo exercício, ao Fisco falece o direito de alterar essa tributação para o mesmo exercício”, exceto se fosse verificada “a existência de erro de fato”⁵⁹.

Por fim, a terceira é uma decisão do Tribunal Federal de Recursos (“TFR”), na qual se determinou a impossibilidade de o Fisco atribuir novo critério jurídico (natureza mercantil às atividades do invernista) no caso em que a situação já havia sido qualificada consoante o critério primitivo (natureza não mercantil daquela profissão)⁶⁰.

Diante da legislação ordinária brasileira de então e de decisões esparsas sobre a matéria, verificou-se a necessidade de o Anteprojeto/Projeto de CTN estabelecer uma norma geral acerca da modificação do critério jurídico do lançamento. Era preciso unificar o Direito Tributário brasileiro nesse ponto⁶¹. Ora, enquanto a legislação do Imposto de Renda poderia dar azo a um lançamento alterando critério jurídico adotado em lançamento anterior, a do Imposto do Sêlo obstava esse ato, contanto que a interpretação a partir da qual o sujeito passivo se tivesse guiado se baseasse em decisão irrecurável da administração. Ou ainda, examinando-se as decisões judiciais, não era claro se haveria alguma distinção de tratamento entre lançamentos já adimplidos e não adimplidos.

Apresentada a influência das próprias legislação e jurisprudência brasileiras anteriores aos Trabalhos da Comissão Especial, pode-se adentrar outra influência expressa pelo relatório de Rubens Gomes de Sousa: a jurisprudência suíça.

2.2. Da influência suíça: a jurisprudência relatada por Pierre Verrey

Na qualidade de um dos “subsídios para o correto entendimento” do dispositivo predecessor do art. 146 do CTN, Rubens Gomes de Sousa destacou a “análise causística dos fundamentos da revisão dos lançamentos na jurisprudência suíça”⁶², citando artigo de Pierre Verrey⁶³.

Em seu trabalho, Verrey discute, no âmbito do direito suíço, acerca da possibilidade de um lançamento já efetuado vir a ser alterado, mesmo quando já estabilizado do ponto de vista formal – *i.e.*, mesmo após decorridos os prazos para reclamação ou recur-

⁵⁹ Tribunal de São Paulo, Agravo de Petição n. 44.480, Rel. Des. Frederico Roberto, j. 22.04.1949. *Revista de Direito Administrativo* vol. 21, 1950, p. 65-67 (65).

⁶⁰ TFR, Agravo de Petição n. 3.099/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Djalma da Cunha Melo. *Revista Fiscal – Imposto de Renda e de Lucros Extraordinários*, 1954/4, p. 19-20. Para posição de que, neste caso, haveria mero erro de fato, cf. o comentário de Castro Viana na nota 5 da p. 19.

⁶¹ Sobre o papel do CTN como unificador do Direito Tributário brasileiro, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Código Tributário Nacional e a unificação do direito tributário brasileiro. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (org.). *Código Tributário Nacional 50 anos: estudos em homenagem à Professora Misabel Abreu Machado Derzi*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 349-374.

⁶² FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 210.

⁶³ VERREY, Pierre. La revision em matière fiscale. *Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal* n. 5, ano 3, set.-out. 1947, p. 225-234.

so do contribuinte. O autor observa que, em razão da possibilidade da ocorrência de tributações incorretas, seja por inconsistência no exame dos fatos, seja por erro na aplicação do direito, a legislação concebeu dois institutos aptos a corrigir lançamentos passados: (i) o procedimento do *rappel d'impôt*, de interesse do fisco, por se tratar de uma espécie de lançamento de ofício por conduta fraudulenta do contribuinte; e (ii) o procedimento da *revision*, de interesse do contribuinte, pelo qual a administração poderia desfazer um lançamento indevido⁶⁴.

Muito embora as legislações dos cantões suíços disciplinassem frequentemente o *rappel*, Verrey destaca o constante silêncio sobre a *revision*, de modo que não se sabia ao certo *se e em* que condições o contribuinte, na falta de previsão legal, poderia pleitear a modificação de um lançamento já efetuado.

Detendo-se então sobre a admissibilidade da *revision* na falta de lei autorizadora, Verrey observa que o Tribunal Federal Suíço a admitia a partir de um juízo de ponderação entre o interesse geral na aplicação correta do direito, de um lado, e a segurança jurídica, de outro. Mais particularmente, permitia-se a *revision* quando: (a) o contribuinte pudesse alegar fatos ou produzir provas que, no procedimento anterior, não lhe havia sido possível alegar, ou produzir; (b) no lançamento anterior, fosse violada uma regra de processo administrativo; (c) no lançamento anterior, a autoridade administrativa não houvesse apreciado fatos que ela tinha o dever de examinar de ofício; e (d) quando a tributação objeto de revisão contivesse erro absolutamente manifesto⁶⁵.

Por mais que a *revision* fosse um instituto vinculado à atuação do contribuinte, a sua admissão em caso de erro de direito só poderia ocorrer se ele fosse acachapante – como dá a entender Verrey com “erro absolutamente manifesto” (*erreur absolument manifeste*). Por outro lado, não haveria esse rigor para a *revision* em caso de erro de fato. Também examinando a jurisprudência suíça, Ernst Blumenstein menciona a possibilidade de *revision*, não apenas quando houvesse erros de fato desculpáveis por parte do contribuinte ou fatos imputados manifestamente injustos, como também em caso de consideração jurídica incontestavelmente falsa⁶⁶.

Apesar de se verificar certa divergência entre os autores quanto à possibilidade de *revision* na hipótese de erro de fato – se ele precisaria ser manifesto/escusável ou não –, parece haver convergência quanto ao erro de direito. A *revision* só poderia ser realizada, com base num erro de direito, em caso de ele ser notável.

Parece ter sido esse o ponto que chamou a atenção de Rubens Gomes de Sousa. A fixação de standards distintos para a admissão da *revision*, a depender de se tratar de um erro de fato ou de um erro de direito, parece ter inspirado Gomes de Sousa na conformação das regras de revisão do lançamento brasileiro.

Como visto, para os erros de fato – especialmente a partir do artigo de Verrey –, a *revision* teria escopo mais amplo, dada a existência de um limiar mais baixo; admitir-se-ia uma revisão do lançamento em praticamente todos os casos. Já para o erro de direito,

⁶⁴ VERREY, Pierre. La revision en matière fiscale. *Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal* n. 5, ano 3, set.-out. 1947, p. 225-234 (226).

⁶⁵ VERREY, Pierre. La revision en matière fiscale. *Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal* n. 5, ano 3, set.-out. 1947, p. 225-234 (228-231).

⁶⁶ BLUMENSTEIN, Ernst. *Sistema di diritto delle imposte*. Milano: A. Giuffrè, 1954, p. 349.

a *revision* teria escopo bastante diminuto, em razão do alto standard exigido; acatar-se-ia uma revisão apenas se fosse um erro manifesto. Ao transportar a *revision* (espécie de procedimento incidental à repetição do indébito, de interesse do contribuinte) para a revisão de lançamento por parte do Fisco, Gomes de Sousa enxergou naquela praticamente uma confirmação do seu entendimento quanto à última: a revisão apenas por erro de fato deveria ser a regra geral do sistema.

De todo modo, mais forte que a influência da jurisprudência suíça, certamente foi a do direito argentino. Esse é o objeto do próximo tópico.

2.3. Da influência argentina

Mesmo nos seus trabalhos anteriores, Rubens Gomes de Sousa já se referia à doutrina e à legislação argentinas⁶⁷. Não foi à toa, portanto, a menção a elas no relatório dos Trabalhos da Comissão Especial do CTN⁶⁸.

Gomes de Sousa foi expresso no sentido de que o art. 172 do Anteprojeto (ou art. 109 do Projeto) foi “inspirado na lei argentina”, notadamente no art. 23 do Decreto n. 14.341, de 20 de maio de 1946, *in verbis*:

“Art. 23. [...] La determinación de oficio, cierta o presuntiva, no podrá ser modificada por la Dirección en perjuicio del contribuyente por aplicación de nuevas interpretaciones de las normas impositivas o por el empleo de otros procedimientos técnicos en la determinación del impuesto, salvo cuando deban considerarse nuevos elementos de hecho.”⁶⁹

Conforme se extrai desse dispositivo, ao delimitar a possibilidade de revisão do lançamento, vedava-se a aplicação de novas interpretações das normas relativas à obrigação tributária principal, exceto se fosse necessário considerar novos elementos de fato.

Na mesma época, havia previsão no Código Fiscal de Buenos Aires, cujo art. 28 previa a impossibilidade de modificação do lançamento, excepcionando essa regra em caso de erro, omissão ou dolo por parte do sujeito passivo⁷⁰. Sobre esse dispositivo, Mateo Kauffmann – citado por Gomes de Sousa – entendia inconstitucional a amplitude de poder atribuída à autoridade fiscal, que a seu ver consagraria a instabilidade dos direitos dos contribuintes⁷¹.

Essa previsão do Código Fiscal de Buenos Aires também era similar à redação antiga do art. 26 da *Ley* n. 11.683, de 12 de janeiro de 1933⁷², com o qual se relacionava o

⁶⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. Limites dos poderes do Fisco quanto à revisão dos lançamentos. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 23-38 (34).

⁶⁸ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 209-210.

⁶⁹ Argentina, Modificase la Ley n. 11.683 (T.O) referente a la Dirección General del Impuesto a Los Renditos. *Boletín Nacional* del 27 de Mayo de 1946. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/10951474/19460527>. Acesso em: 18 set. 2023.

⁷⁰ Cf. trecho desse dispositivo: “[...] sin que a determinación haya sido impugnada, la Dirección no podrá modificarla, salvo el caso en que se descubra error, omisión o dolo em la exhibición o consideración de datos y elementos que sirvieron de base para la determinación”. Disponível em: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/0ZY7NcqV.pdf>. Acesso em: 18 set. 2023.

⁷¹ KAUFMANN, Mateo. *Código Fiscal de Buenos Aires Comentado y Concordado*. La Plata, 1949, p. 52-53.

⁷² Cf. trecho desse dispositivo: “[...] La determinación del juez administrativo del impuesto, en forma cierta y presuntiva, una vez firme, sólo podrá ser modificada en contra del contribuyente en los siguientes casos:

referido art. 23 do Decreto n. 14.341/1946, que regulamentava aquela *Ley* para fins do Imposto de Renda (*Impuesto a los Reditos*). Embora tenha sido modificada posteriormente – inclusive renumerando-se os dispositivos –, a *Ley* n. 11.683/1933 mantém, no seu atual art. 19, redação idêntica à redação do seu antigo art. 26. De acordo com o seu teor, admite-se, excepcionalmente, a modificação do lançamento de ofício em três grupos de situações.

Em primeiro lugar, se o lançamento prévio estabeleceu que ele seria parcial, definindo os objetos de fiscalização, então se admite um lançamento posterior⁷³ acerca de outros aspectos não cobertos anteriormente. Por exemplo, relativamente a um mesmo exercício, o primeiro lançamento pode, expressamente, ter somente glosado a dedução de certa despesa. Em seguida, quanto ao mesmo tributo naquele mesmo período, um segundo lançamento pode ser efetuado para, por exemplo, afastar a isenção de certo rendimento, tributando-o. Acerca dessa possibilidade, Dino Jarach sustentou problemas constitucionais, pois o fracionamento dos lançamentos deixaria o contribuinte sujeito aos “caprichos administrativos” sobre uma mesma obrigação tributária⁷⁴.

Em segundo lugar, admite-se uma modificação do primeiro lançamento na hipótese de “nuevos elementos de juicio”. Embora a literalidade dessa expressão tenha levado à tentativa do Fisco de permitir a modificação de critérios jurídicos, a posição prevalecente é de que só seriam admissíveis elementos de fato e que fossem desconhecidos por parte do Fisco; caso contrário, o contribuinte ficaria sujeito ao bel-prazer ou à negligência da administração, desvirtuando-se a eficácia do lançamento e a estabilidade jurídica⁷⁵. Ob-

a) Cuando en la resolución respectiva se hubiere dejado expresa constancia del carácter parcial de la determinación de oficio practicada y definidos los aspectos que han sido objeto de la fiscalización, en cuyo caso sólo serán susceptibles de modificación aquellos aspectos no considerados expresamente en la determinación anterior; b) Cuando surjan nuevos elementos de juicio o se compruebe la existencia de error, omisión o dolo en la exhibición o consideración de los que sirvieron de base a la determinación anterior (cifras de ingresos, egresos, valores de inversión y otros).” Para transcrição e comentários sobre esse dispositivo, cf. JARACH, Dino. *Curso superior de derecho tributario*. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969, p. 429.

⁷³ Embora se entrar no mérito, tratando de uma modificação (e não de um lançamento novo), cf. GIULIANI FONROUGE, Carlos M.; NAVARRINE, Susana C. *Procedimiento tributario y de la Seguridad Social*. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 166-167. Já para a posição de que é um ato novo, cf. VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 352; BERTAZZA, Humberto. *Ley 11.683 de procedimiento tributario comentada*. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021, seção “efectos de la determinación de oficio”.

⁷⁴ JARACH, Dino. Determinación impositiva, naturaleza, formas y efectos (1957). *Estudios de derecho tributario*. Buenos Aires: Ediciones CIMA Profesional, 1998, p. 207-229 (225-226). Para posição elogiosa acerca do dispositivo, cf. GIULIANI FONROUGE, Carlos M.; NAVARRINE, Susana C. *Procedimiento tributario y de la Seguridad Social*. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 167.

⁷⁵ JARACH, Dino. Determinación impositiva, naturaleza, formas y efectos (1957). *Estudios de derecho tributario*. Buenos Aires: Ediciones CIMA Profesional, 1998, p. 207-229 (227-228); JARACH, Dino. *Curso superior de derecho tributario*. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969, p. 430. Nesse sentido, cf. VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 352; BERTAZZA, Humberto. *Ley 11.683 de procedimiento tributario comentada*. 2. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2021, seção “efectos de la determinación de oficio”; ZICCARDI, Horacio. Derecho tributario administrativo o formal. In: BELSUNCE, Horacio A. García (coord.). *Tratado de tributación*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003. vol. II, p. 189-247 (236); CASANOVA, Gustavo J. Naveira. Aplicación de las normas tributarias em el tiempo. In: BELSUNCE, Horacio A. García

jetiva-se, assim, proteger o sujeito passivo, de modo a não deixá-lo exposto às mudanças dos critérios do Fisco⁷⁶.

Em terceiro lugar, são acatadas modificações caso seja comprovada a existência de erro, omissão ou dolo nas informações prestadas ou fornecidas pelo sujeito passivo. Nessa hipótese, por se tratar de decisão equivocada da administração provocada pelo sujeito passivo, entende-se que haveria legitimidade na revisão do lançamento pretérito⁷⁷.

Ao cotejar o art. 23 do Decreto n. 14.341/1946, o art. 28 do Código Fiscal de Buenos Aires e o (antigo) art. 26 da *Ley* n. 11.683/1933, verifica-se que Rubens Gomes de Sousa deixou de lado, ao menos expressamente, as hipóteses de lançamentos parciais na elaboração do seu Anteprojeto. Por outro lado, além de vedar a mudança de critério jurídico (art. 172 do Anteprojeto), também assegurou o lançamento de ofício em caso de dolo, fraude, simulação ou ocultação por parte do contribuinte (arts. 174, V, e 186 do Anteprojeto, consagrados no art. 149, VII, do CTN).

Em síntese: verifica-se que Rubens Gomes de Sousa se inspirou na legislação e na doutrina argentinas na concepção da impossibilidade de mudança de critério jurídico de lançamento já efetuado.

Feita a digressão histórica sobre as influências que sofrera, pode-se discorrer acerca das modificações feitas no art. 172 do Anteprojeto, passando-se pelo art. 109 do Projeto, que culminou, ao final, no art. 146 do CTN.

3. Do “lançamento seguinte” ao “fato gerador posterior”

Por mais que influências e o contexto sejam importantes na compreensão do enunciado normativo, faz-se necessário examinar o teor de tal enunciado⁷⁸. O sentido possível das palavras não pode ser distorcido em prol de uma conciliação com o que foi almejado pelos elaboradores à época de sua edição. Por outro lado, poderá haver modificações textuais que, no próprio âmbito dos trabalhos legislativos, sejam cruciais para justamente respaldar determinado sentido, ou até extirpar outro.

No caso da formatação do art. 146 do CTN, embora o art. 172 do Anteprojeto, inicialmente apresentado por Rubens Gomes de Sousa, tenha dado enfoque no *lançamento seguinte* (3.1), objetivou-se resguardar a confiança do contribuinte no critério jurídico anteriormente adotado. Daí a modificação do seu teor pelo art. 109 do Projeto com ênfase no *fato gerador posterior* (3.2). Essa alteração no bojo dos Trabalhos da Comissão Es-

(coord.). *Tratado de tributación*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003. vol. I, p. 627-703 (697).

⁷⁶ GIULIANI FONROUGE, Carlos M.; NAVARRINE, Susana C. *Procedimiento tributario y de la Seguridad Social*. 10. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 167.

⁷⁷ JARACH, Dino. Determinación impositiva, naturaleza, formas y efectos (1957). *Estudios de derecho tributario*. Buenos Aires: Ediciones CIMA Profesional, 1998, p. 207-229 (228); JARACH, Dino. *Curso superior de derecho tributario*. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969, p. 430-431. A posição de Jarach também se encontra manifestada em outros trabalhos dele, cf. JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 440-443. No mesmo sentido cf. VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 353-354.

⁷⁸ Para a necessidade de destacar a lei da vontade do legislador, cf. VANONI, Ezio. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Traduzido por Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 1932, p. 192.

pecial do CTN foi mantida, permitindo o art. 146 do CTN a aplicação do novo critério jurídico apenas a *fato gerador posterior* (3.3).

3.1. Do art. 172 do Anteprojeto: o foco no “lançamento seguinte”

A partir do seu entendimento em trabalhos anteriores (cf. tópico 1.1, *supra*) e de suas influências, mencionadas em tais textos (cf. tópico 1.2, *supra*) e expressas no relatório dos Trabalhos da Comissão Especial (cf. tópico 2, *supra*), Rubens Gomes de Sousa inseriu em seu Anteprojeto o art. 171, I, cujo teor assegurava a possibilidade de modificação de lançamento já efetuado em caso de *erro de fato na verificação da ocorrência ou das circunstâncias materiais do fato gerador*⁷⁹.

Em seu relatório, Gomes de Sousa afirma que essa previsão era condizente com a sua posição doutrinária⁸⁰. A justificativa repousa na ausência de aplicação da lei, pois “sempre que seja incorreta a apuração da matéria de fato pelo lançamento”, na visão do relator, “a lei tributária não terá sido aplicada”⁸¹.

Situação oposta ocorre se o lançamento baseou-se na apuração correta dos fatos. Nesse caso, Gomes de Sousa relatou a impossibilidade de “alegação de erro”⁸². E, como “[a] aplicação da lei” compreende um “juízo hermético”, ela seria “matéria opinativa”, não se admitindo, por consequência, “a variabilidade dos critérios” empregados pelo Fisco em sua aplicação num mesmo lançamento⁸³. Tal discricionariedade seria “incompatível com a própria natureza das leis de direito público em geral, e de direito tributário em particular”⁸⁴. Por conta disso, Gomes de Sousa elaborou o seguinte dispositivo em seu Anteprojeto⁸⁵:

“Art. 172. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente poderá ser efetivada, em relação a um mesmo contribuinte, *por ocasião do lançamento imediatamente seguinte à data em que se tenha verificado a modificação.*”

À luz desse dispositivo, nota-se a proteção do “direito do contribuinte à estabilidade das situações jurídicas subjetivas regularmente constituídas”⁸⁶.

A expressão *por ocasião do lançamento imediatamente seguinte* revela a posição de Gomes de Sousa à época. Deu-se ênfase no papel do lançamento como ato administrativo bilateral, individual e imutável, em linha com o pensamento do autor. A vedação à modificação do critério jurídico tem por referência dois lançamentos, e não um fato gerador anterior objeto de certo lançamento e fatos geradores posteriores.

Em linha com a dicção desse dispositivo, seria possível que viesse um novo lançamento atingindo fato gerador *anterior* à modificação de critério jurídico, contanto que

⁷⁹ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 306.

⁸⁰ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 208.

⁸¹ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 208.

⁸² FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 208.

⁸³ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 208.

⁸⁴ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 208.

⁸⁵ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 307.

⁸⁶ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 307.

não tivesse sido objeto de lançamento prévio⁸⁷. Proteger-se-ia tão somente a alteração de critério jurídico num mesmo lançamento. Uma vez introduzido o novo critério, ele poderia, desde que empregado no lançamento *imediatamente* seguinte, alcançar fato gerador pretérito.

Esse entendimento, inclusive, estaria em consonância com a posição de Gomes de Sousa. Ora, a impossibilidade de se alterar o critério jurídico residia na imutabilidade do lançamento, o qual criaria uma situação jurídica bilateral (entre sujeito passivo e ativo) e individual (por estabilizar a aplicação da lei àquele caso). Ao menos a partir dos trabalhos desse autor e dos textos que o influenciaram à época, não se extrai qualquer vedação de a modificação do critério jurídico atingir fato gerador anterior que não tenha sido objeto de lançamento. Ou seja, era a própria natureza do lançamento que justificava a impossibilidade de alterar o critério jurídico, razão pela qual a incidência dessa restrição estava limitada aos fatos geradores que já tivessem sido objeto de um lançamento. Daí não surpreender a vinculação desse dispositivo ao *lançamento imediatamente seguinte*.

Apesar disso, foi acatada sugestão justamente para restringir a aplicação do novo critério jurídico *apenas para fatos geradores posteriores à sua introdução* (independentemente, portanto, da existência de lançamento).

3.2. Do art. 109 do Projeto: o foco no “fato gerador posterior”

Conforme consta dos Trabalhos da Comissão Especial, foram várias – precisamente 1.052 – as sugestões oferecidas ao Anteprojeto do CTN elaborado por Rubens Gomes de Sousa⁸⁸.

No caso do referido art. 172 do Anteprojeto, um primeiro grupo de sugestões (sugestões 743 e 942) foi no sentido de suprimi-lo, com base no entendimento de que por ele se atribuiria “efeito de coisa julgada” ao lançamento⁸⁹. Essas sugestões foram rejeitadas com base na própria doutrina de Gomes de Sousa, segundo a qual a definitividade do lançamento decorreria dos seus atributos como ato administrativo (bilateral, individual e imutável) – consoante abordado no tópico 1.1, *supra*.

Além desse grupo de sugestões, Gilberto de Ulhôa Canto fez a seguinte sugestão (n. 165)⁹⁰:

“No art. 172, em vez de: ‘por ocasião’, diga-se: ‘em relação a fato gerador ocorrido posteriormente à modificação’. (C) O que se quer assegurar é a aplicação do critério

⁸⁷ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Interpretação da lei tributária: lei interpretativa, observância de normas complementares e mudança de critério jurídico. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 176. São Paulo: Dialética, 2010, p. 76-83 (81); MIRANDA, Túlio Terceiro Neto Parente. *Revisão do lançamento tributário: hipóteses e limites*. Dissertação de Mestrado (orientador Paulo de Barros Carvalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 119-120.

⁸⁸ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 407 e 540.

⁸⁹ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 210, 507 e 525. Para posição doutrinária nessa época em tal sentido, cf. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Observações ao ante-projeto do Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Administrativo* vol. 34, 1953, p. 446-470 (463).

⁹⁰ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 430.

jurídico novo apenas aos lançamentos referentes a fatos geradores futuros. Como consta do Anteprojeto, novo lançamento poderia ser feito, atingindo fato gerador anterior.”

À luz dessa sugestão, percebe-se a preocupação de Ulhôa Canto em estender a proteção do sujeito passivo para além dos termos da proposta original. Em vez de limitada à revisão de um mesmo lançamento, a proteção do contribuinte agora atingiria fatos geradores ainda não objeto de lançamento, desde que anteriores à introdução do novo critério jurídico.

Ao menos à luz de textos de Ulhôa Canto anteriores a essa sugestão, não se encontra a manifestação de opinião exatamente sobre esse ponto. De um lado, em trabalhos de 1948 e 1951, o autor expressamente concorda com Gomes de Sousa ao distinguir entre as situações de erro de fato e de mudança de critério jurídico na definição quanto à possibilidade de novo lançamento em relação a período já coberto com lançamento anterior⁹¹. De outro lado, em trabalho de 1949 sobre consulta tributária, ao se posicionar contra a aplicação de novo critério jurídico em face de situação abrangida por consulta anterior, Ulhôa Canto disse que tal alteração só poderia ocorrer, mediante notificação, “para o futuro”⁹², não sendo expresso se isso significaria *lançamento seguinte* ou *fato gerador posterior*.

Independentemente disso, fato é que a sugestão de Ulhôa Canto foi aprovada, ficando o art. 109 do Projeto (substituto do art. 172 do Anteprojeto) com a seguinte redação⁹³:

“Art. 109. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento, somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo contribuinte, quanto a *fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*.”

A respeito da escolha do art. 109 do Projeto pelo critério do *fato gerador posterior*, retome-se a decisão do TFR (cf. 2.1, *supra*), a qual aplicou o raciocínio de Tullio Ascarelli citado anteriormente (cf. 1.2, *supra*) para impedir a aplicação do novo critério jurídico para exercício já encerrado. Como esse autor escrevera que o Fisco poderia adotar novo critério jurídico, para um mesmo tributo, apenas num *novo exercício*, o Ministro Djalma da Cunha Melo decidiu pela impossibilidade de o novo critério atingir exercício já findo⁹⁴.

A referência a um *novo exercício* possui relevância prática. Embora o Ministro não tenha se preocupado diretamente com *fatos geradores posteriores* à introdução do primeiro

⁹¹ CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Temas de direito tributário*. Rio de Janeiro: Alba, 1963. vol. 1, p. 170 e 176-177; e CANTO, Gilberto de Ulhôa. Imposto de renda – taxa adicional – orçamento – lei formal e lei material – criação de tributos mediante lei anterior e cobrança por via de autorização orçamentária – mandado de segurança – declaração de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo* vol. 14, 1948, p. 135-234 (177-185).

⁹² CANTO, Gilberto de Ulhôa. *Temas de direito tributário*. Rio de Janeiro: Alba, 1963. vol. 1, p. 342-343 e 345.

⁹³ FAZENDA, Ministério da. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*, 1954, p. 50 e 210.

⁹⁴ Tribunal Federal de Recursos, Agravo de Petição n. 3.099/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Djalma da Cunha Melo. *Revista Fiscal – Imposto de Renda e de Lucros Extraordinários*, 1954/4, p. 19-20.

critério (e anteriores à mudança), ele deu importância ao encerramento do exercício. Para ele, a “mudança de orientação jurídica quanto ao mesmo impôsto” só poderia ocorrer em novo exercício, não naquele já esgotado. Ora, poderia também se adotar um prazo temporal como baliza entre a adoção do critério antigo e do novo. Ou ainda empregar, por exemplo, *discrímens* diversos como a existência de pagamento. Contudo, o CTN empregou simplesmente a expressão *fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*.

No período entre os Trabalhos da Comissão Especial e a edição do CTN, a jurisprudência prosseguiu com a reiteração do entendimento de que não caberia revisão de lançamento em caso de modificação de critério jurídico. Várias decisões versando sobre fatos anteriores à vigência do CTN seguiram essa linha. Por exemplo, o TRF cristalizou o entendimento no Enunciado da Súmula n. 227, segundo o qual “[a] mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento”. Igualmente, o STF emitiu várias decisões no mesmo sentido⁹⁵. No entanto, nelas, não se entrou no mérito quanto à aplicação da vedação também a fatos geradores anteriores à modificação do critério jurídico que não tivessem sido objeto de lançamento.

Ao redigir sua tese sobre lançamento para ocupar a primeira cátedra de Direito Tributário no Brasil, Ruy Barbosa Nogueira tinha em mãos o Projeto do CTN, que então passava por uma revisão para ser publicado⁹⁶. Ao analisar o referido art. 109 do Projeto, o autor enfatizou, além da natureza do lançamento, a “proteção da *certeza jurídica*”⁹⁷. O seu teor teria o condão de assegurar a “certeza do direito”, de sorte a proteger a “estabilidade jurídica”⁹⁸.

Essa perspectiva de Ruy Barbosa Nogueira merece destaque: ao verificar que o marco não seria mais o *lançamento seguinte*, mas o *fato gerador posterior*, a justificativa da vedação do art. 109 do Projeto não estaria na natureza bilateral, individual e imutável do lançamento, e sim na proteção da certeza do direito. De fato, a ampliação do escopo da proibição de mudança do critério jurídico pela administração era acompanhada de uma correspondente alteração de suas justificativas subjacentes. A natureza jurídica do lançamento não era mais o fundamento por trás da vedação legal, e sim a proteção da segurança jurídica.

Diante dessas considerações, cabe examinar a extensão do art. 146 do CTN à luz da manutenção do teor do art. 109 do Projeto, conforme se verá no próximo tópico.

3.3. Do art. 146 do CTN: a manutenção do foco no “fato gerador posterior”

Tendo em vista a evolução dos dispositivos que originaram o art. 146 do CTN, vale a tabela abaixo cotejando-o com o art. 172 do Anteprojeto e o art. 109 do Projeto do CTN:

⁹⁵ STF, RE n. 37.141/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 26.08.1958; STF, RE n. 69.426/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 31.03.1970.

⁹⁶ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. Reprodução eletrofotostática do original impresso em 1965. São Paulo: Resenha Tributária, 1973, p. 24, nota 1.

⁹⁷ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. Reprodução eletrofotostática do original impresso em 1965. São Paulo: Resenha Tributária, 1973, p. 133.

⁹⁸ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. Reprodução eletrofotostática do original impresso em 1965. São Paulo: Resenha Tributária, 1973, p. 134-135.

<i>Anteprojeto do CTN</i> (Rubens Gomes de Sousa)	<i>Projeto do CTN</i> (com a sugestão de Gilberto de Ulhôa Canto)	<i>CTN</i> (Lei n. 5.172/1966)
Art. 172. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa <i>no exercício do lançamento</i> somente poderá ser efetivada, em relação a um mesmo contribuinte, <i>por ocasião do lançamento imediatamente seguinte à data em que se tenha verificado a modificação.</i>	Art. 109. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa <i>no exercício do lançamento</i> , somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo contribuinte, <i>quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.</i>	Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa <i>no exercício do lançamento</i> somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, <i>quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.</i>

Tabela 1 – Evolução dos dispositivos.

Se, ao comparar o art. 172 do Anteprojeto com o art. 109 do Projeto, fica evidente a substituição do foco no *lançamento seguinte* para o *fato gerador posterior*, verifica-se que o art. 146 do CTN só tem uma diferença em relação ao art. 109, qual seja: a substituição do termo *contribuinte* (art. 109) por *sujeito passivo* (art. 146). Essa alteração se justifica por razões óbvias, pois assegura a aplicação do critério jurídico a quem for obrigado a recolher o tributo, seja essa pessoa contribuinte ou não. Não faria sentido proteger o *contribuinte* quanto a mudanças de critérios jurídicos, mas não o *responsável*, se qualquer um deles pode ser o *sujeito passivo* obrigado a cumprir a obrigação tributária.

Quanto ao marco que separa a aplicação do critério jurídico anterior e o novo, o art. 146 do CTN é claro: *fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*. Desse modo, ele determina que o novo critério jurídico só pode ser empregado a partir do próximo fato gerador e não no lançamento seguinte. Portanto, fatos geradores passados, que não tenham sido objeto de lançamento, devem seguir o critério jurídico anterior, não o novo.

Apesar disso, há quem sustente a aplicação do art. 146 do CTN somente para o caso de revisão do lançamento, *i.e.*, impedindo a sua extensão para fatos geradores anteriores ainda não atingidos por lançamento. Três argumentos principais nesse sentido podem ser destacados.

O primeiro é o genético, pois o art. 146 do CTN teria sido concebido para “proibir ao Fisco utilizar novos critérios jurídicos, mais gravosos aos contribuintes, para revisar lançamentos já realizados, seja mediante a sua retificação, seja pela lavratura de lançamento suplementar”⁹⁹. Esse argumento será enfrentado no tópico 3.3.1.

Por sua vez, o segundo argumento é o teleológico, na medida em que o art. 146 do CTN teria o propósito de “evitar a aplicação retroativa de novos critérios jurídicos a fatos

⁹⁹ VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributários. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf*. Brasília, 2018, p. 13-37 (27).

imponíveis que já tenham sido objeto de lançamento tributário, e não a todos os fatos já ocorridos”¹⁰⁰. Esse argumento será abordado no tópico 3.3.2.

Por fim, o terceiro argumento é a falta de coerência/anti-isonomia, que seria ocasionada pela aplicação do art. 146 do CTN com foco no fato gerador posterior e não no lançamento seguinte¹⁰¹. Esse argumento será debatido no tópico 3.3.3.

3.3.1. Do argumento genético: a prevalência da sugestão de Ulhôa Canto

Em linha com a posição de Rubens Gomes de Sousa, de suas influências na década de 1940 (cf. tópico 1, *supra*) e daquelas expressas nos Trabalhos da Comissão Especial (cf. tópico 2, *supra*), não há dúvidas de que se objetivava tão somente impedir a alteração de critério jurídico no âmbito de um mesmo lançamento. Nessa linha que Gomes de Sousa editou o art. 172 do Anteprojeto.

Contudo, conforme exposto no tópico 3.2, *supra*, foi acatada a sugestão de Ulhôa Canto para modificar a redação do art. 172 do Anteprojeto, de sorte a se impedir, textualmente, que novo lançamento atingisse fato gerador anterior à introdução do novo critério.

O texto do art. 109 do Projeto (sucessor do art. 172 do Anteprojeto) foi alterado nessa linha, e essa alteração foi mantida pelo art. 146 do CTN. Textualmente, o art. 146 do CTN não deixa dúvidas. Não se limita ao mero *lançamento seguinte*, como fazia o art. 172 do Anteprojeto. O art. 146 do CTN não cuida meramente de uma *revisão de lançamento*¹⁰². Ele vai além: o art. 146 do CTN veda tanto a alteração de critério jurídico já constante num dado lançamento, como também impede que se adote novo critério jurídico para fatos geradores anteriores, sendo irrelevante se já foram eles objeto de lançamentos pretéritos.

Poder-se-ia enfatizar que o art. 146 do CTN se restringiria a um *mesmo* lançamento por conta da expressão *no exercício do lançamento*. Ou seja, poder-se-ia alegar que a expressão *no exercício do lançamento* delimitaria a extensão do art. 146 do CTN apenas para alterações exercidas num *mesmo* lançamento. Nota-se, porém, que essa locução diz respeito à adoção do critério jurídico pretérito. Sintaticamente, o trecho *no exercício do lançamento* liga-se aos “critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa”. Enquanto o uso da palavra *mesmo* ao lado de sujeito passivo serve tanto para o critério antigo quanto para o novo, a expressão *no exercício do lançamento* vincula-se unicamente ao critério antigo. É a modificação desse critério – que fora empregado pela autoridade no *exercício do lançamento (pretérito)* – que só pode ser efetivada para fatos geradores posteriores. A partir disso, torna-se evidente que o art. 146 do CTN não se restringe a um mesmo lançamento.

¹⁰⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributários. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf*. Brasília, 2018, p. 13-37 (28).

¹⁰¹ VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributários. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf*. Brasília, 2018, p. 13-37 (28).

¹⁰² AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 351; MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*: artigos 139 a 218. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

Sim, é claro que o art. 146 do CTN (também) veda a revisão de um lançamento (ou edição de lançamento suplementar) mediante introdução de novo critério jurídico¹⁰³. No entanto, esse dispositivo não se limita a impedir uma revisão de lançamento quanto a critério jurídico anteriormente adotado. Ele fixa, como baliza separadora entre a aplicação dos critérios antigo e atual, o fato gerador posterior à introdução do novo critério. Essa previsão é atinente ao argumento genético por conta justamente da aceitação da sugestão de Ulhôa Canto.

Portanto, o argumento genético que se coaduna com a literalidade do art. 146 do CTN se baseia na sugestão de Ulhôa Canto, e não na posição anterior de Gomes de Sousa e de suas influências.

Ao lado do argumento genético, também há o argumento teleológico.

3.3.2. Do argumento teleológico: a proteção da confiança

Para Andrei Pitten Velloso, a *ratio* do art. 146 do CTN seria aquela defendida por Rubens Gomes de Sousa (com enfoque na natureza do lançamento). Prova disso, segundo aquele autor, seria o fato de que esse dispositivo “não apenas integra a seção atinente ao lançamento, mas também sucede o art. 145, que trata especificamente da alteração do lançamento”¹⁰⁴.

O grande problema de desenvolver o argumento teleológico a partir de uma perspectiva, por assim dizer, *topográfica* da legislação – tal como realizado por Pitten Velloso – está na incompatibilidade das conclusões assim obtidas com a própria dicção do dispositivo. Este é o calcanhar de Aquiles de quem sustenta a aplicação do art. 146 do CTN meramente à hipótese de revisão de lançamento.

Ora, esse dispositivo poderia ter adotado diferentes marcos referenciais para determinar a partir de que momento seria aplicável o critério jurídico novo. Por exemplo, poderia ter dado ênfase no *exercício*, a exemplo da já referida decisão do TFR (cf. 2.1 e 3.2, *supra*). Também poderia ter adotado como critério o *lançamento seguinte*, a exemplo de como fazia o art. 172 do Anteprojeto. Entretanto, o art. 146 do CTN optou por vincular-se ao *fato gerador posterior*.

A esse respeito, são valiosas as lições do nosso homenageado, Luís Eduardo Schoueri, ao observar que, conquanto as etapas de interpretação e aplicação do direito se sucedam logicamente, ambas, na prática, acabam por coincidir cronologicamente, sobretudo quando certas expressões suscitam a especial reflexão do intérprete diante de situações concretas. Conforme diz o autor, embora, logicamente, a interpretação de um dispositivo ocorra antes da subsunção dos fatos à norma, “a interpretação e a aplicação

¹⁰³ Para posição de que ele se limita a isso, cf., e.g., XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 262. Já com ênfase de que ele abrange (também) isso, cf. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 351; MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional: artigos 139 a 218*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91-93.

¹⁰⁴ VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributários. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf*. Brasília, 2018, p. 13-37 (28).

ocorrem simultaneamente”¹⁰⁵. A atividade do jurista não se dá pela construção de uma espécie de “arsenal de normas jurídicas”, que então ficariam em “estado de latência” para eventual aplicação¹⁰⁶. A atividade do jurista se realiza perante um problema jurídico, quando então ele buscará enunciados normativos potencialmente pertinentes à sua solução. É nesse passo que um dado termo empregado pela legislação pode saltar aos seus olhos. Nas palavras de Schoueri, até mesmo um jurista “experiente”, ao se ver diante de um caso novo, pode ser surpreendido por uma expressão do enunciado normativo que então “adquire importância que ele jamais notara”¹⁰⁷.

É precisamente isso que ocorre no art. 146 do CTN. Diante de um caso em que o Fisco procura efetuar lançamento, com base em novo critério jurídico, relativamente a fato gerador anterior à introdução deste, ganha relevância a parte final do art. 146 do CTN. É nessa situação que o jurista se pergunta qual a baliza eleita pelo legislador complementar para determinar a partir de que instante se torna aplicável o novo critério jurídico.

Salta aos olhos do jurista, então, a parte final do dispositivo: *fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução*. Textualmente, o art. 146 do CTN não dá margem a dúvida. O que importa é saber quando o novo critério jurídico foi introduzido e quando ocorreu o fato gerador potencialmente alvo de lançamento. Por outro lado, quando o art. 146 atribui relevância à existência de um lançamento, fá-lo não para fixar o marco a partir do qual o novo critério jurídico pode ser aplicado – que será sempre a data do fato gerador em cotejo com a da introdução do referido critério –, mas tão somente para pressupor, sob pena de não incidência do comando protetivo, que tenha havido lançamento (anterior) da autoridade administrativa com base em critério jurídico diverso.

A partir disso, reconhece-se que a teleologia do art. 146 do CTN não pode repousar meramente na natureza do lançamento; caso contrário, seria um dispositivo voltado à mera revisão do lançamento, o que não se coaduna com seu texto.

Nesse ponto, valem novamente os ensinamentos de Schoueri. Nas suas palavras, é o “Princípio da Segurança Jurídica” que exige a tomada de posição pela impossibilidade de o novo critério jurídico ser aplicável para fatos geradores passados¹⁰⁸. Afinal, “[n]ão seria aceitável que o contribuinte, instruído pela própria Administração acerca do modo de agir, em atividade de lançamento, tivesse agora tributação com a qual não podia legitimamente contar”¹⁰⁹.

Desse modo, a teleologia subjacente à dicção do art. 146 do CTN encontra-se na proteção da confiança do sujeito passivo. Fiando-se em critério jurídico já adotado pela autoridade administrativa em relação a sua pessoa, não pode ele ser surpreendido com um lançamento baseado em critério jurídico novo sobre fatos geradores pretéritos.

¹⁰⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 782.

¹⁰⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 782.

¹⁰⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 782.

¹⁰⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 682.

¹⁰⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 682. Para o argumento de que se protege a boa-fé do sujeito passivo, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. vol. II, p. 589.

Ademais, mesmo que se admita a relevância da localização dos dispositivos para sua interpretação, não é correto afirmar que o art. 146 do CTN se limita à revisão de lançamento em virtude de esse dispositivo vir na sequência do art. 145 – que disciplina a alteração de lançamentos já ocorridos – e se situar em seção intitulada “Lançamento”.

Em primeiro lugar, se o art. 145 do CTN trata das possibilidades de alteração do lançamento, então o art. 146, caso se limitasse à revisão de lançamento, deveria ser um dos incisos daquele, não um novo artigo. De acordo com o art. 11, III, da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, o conteúdo de um artigo deve restringir-se a um único assunto, ao passo que as complementações/discriminações/enumerações devem se dar por parágrafos, incisos, alíneas e itens. Nesse sentido, se é possível e adequado extrair alguma conclusão a partir da topografia, então se deve entender que o art. 146 do CTN cuida de assunto diverso do art. 145.

Em segundo lugar, entender que o art. 146 do CTN se baseia no *fato gerador posterior* – e não no *lançamento seguinte* – para permitir a aplicação do novo critério jurídico não desvincula esse dispositivo da temática do “Lançamento”. Afinal, ao lado de uma restrição à revisão de lançamento, o dispositivo impõe uma limitação a um *novo* lançamento, o qual não poderá adotar critério jurídico novo para fato gerador anterior.

Em síntese: a justificativa subjacente ao art. 146 do CTN não é a natureza bilateral, individual e imutável do lançamento (como era a do art. 172 do Anteprojeto), e sim a proteção da confiança do contribuinte, que não pode ficar à mercê da discricionariedade do Fisco.

Essa posição tampouco é infirmada por argumentos de coerência e isonomia.

3.3.3. Dos argumentos de coerência e isonomia: a proteção da confiança concreta e individual

Alega-se que a interpretação do art. 146 do CTN aqui proposta conduziria a uma aplicação incoerente e anti-isonômica da lei tributária, pois o Fisco, no fim das contas, teria de aplicar a mesma lei de duas maneiras diferentes, conforme o contribuinte já tivesse sido autuado ou não. Isso ocorreria porque o art. 146 do CTN, ao pressupor a existência de lançamento anterior para fazer incidir o comando protetivo, acabaria por impor, relativamente aos fatos geradores praticados antes da introdução do novo critério jurídico, tratamento discriminatório nos seguintes termos: para os sujeitos passivos já autuados, permaneceria aplicável o critério antigo, enquanto aos não autuados se aplicaria o critério novo¹¹⁰.

Note-se, porém, que esse problema já existiria no caso em que se pretendesse ver no art. 146 do CTN mero óbice à revisão do lançamento. Ora, pode ocorrer que o Fisco já tenha autuado um sujeito passivo, adotando um certo critério jurídico, mas, ao autuar seu concorrente em seguida, empregue um novo critério jurídico. Nesse caso, também surge um problema de (in)coerência/anti-isonomia, pois dois concorrentes estão poten-

¹¹⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. Modificação de critério jurídico nos lançamentos tributários. In: GOMES, Marcus Lívio; OLIVEIRA, Francisco Marconi de (coord.). *Estudos tributários e aduaneiros do III Seminário Carf*. Brasília, 2018, p. 13-37 (28).

cialmente sofrendo tratamento tributário distinto. E o art. 146 do CTN (como mero impedimento de revisão de lançamento) não admitiria que pudesse o Fisco modificar o critério jurídico do primeiro sujeito passivo só porque, posteriormente, autuou seu concorrente com base em novo critério jurídico¹¹¹.

Por outro lado, a pretexto de assegurar um tratamento mais isônomico, a concepção do art. 146 do CTN enquanto aplicável apenas à revisão do lançamento levaria à aplicação de um critério jurídico novo para atingir fatos geradores anteriores, praticados por sujeito passivo que já teria como expectativa o critério jurídico antigo, tendo em vista lançamento anterior. Em nome da isonomia, prejudicar-se-ia a confiança do sujeito passivo na permanência do critério jurídico pretérito.

Ademais, nas palavras de Schoueri, o art. 146 do CTN “parte da ideia de que houve manifestação do fisco diante de situação individual e concreta do sujeito passivo”¹¹². Nos termos da lei, portanto, não se encontram em situação equivalente o sujeito passivo em relação ao qual o Fisco já tenha se manifestado individual e concretamente, de um lado, e o sujeito passivo em relação ao qual o Fisco ainda não se tenha manifestado assim, de outro. Em outras palavras, a aplicação ou não do critério jurídico *in concreto* é um pressuposto decisivo, eleito pela lei complementar, para atrair ou afastar a proteção do art. 146 do CTN. E esse fator de distinção entre os sujeitos passivos não é arbitrário: a expectativa do sujeito passivo já autuado em torno do critério jurídico anterior (*i.e.*, que esse critério continue a ser-lhe aplicado) é significativamente diversa da expectativa do sujeito não autuado em torno do referido critério, a quem cabe, quando muito, a expectativa de que o Fisco estenderá à sua situação o mesmo critério aplicado a outrem.

Por isso, o art. 146 do CTN, em linha com a proteção da confiança que o fundamenta, deve assegurar a permanência do mesmo critério jurídico em favor de sujeito passivo *cujas situação possui respaldo concreto do Fisco*. Sujeito passivo que não o possui está, por força da lei complementar, em situação diversa e, como tal, não merecedora da proteção contra a modificação de critério jurídico – distinção que não se pode considerar arbitrária em razão das diferentes expectativas depositadas na ordem jurídica.

Conclusão

A *paixão* com a qual o nosso homenageado, Luís Eduardo Schoueri, atua no exercício das suas atividades como Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo é fonte de inspiração para todos nós. Ao mesmo tempo, sua busca constante pela melhor solução das questões postas por nossa legislação tributária nos instiga a pesquisar mais e mais, nunca tomando por verdadeiras as afirmações que se encontram em doutrina sem antes sujeitá-las ao exame rigoroso de seus fundamentos.

¹¹¹ Para considerações sobre isonomia à luz do art. 109 do Projeto, cf. GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Observações ao ante-projeto do Código Tributário Nacional. *Revista de Direito Administrativo* vol. 34, 1953, p. 446-470 (464).

¹¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 682. Na mesma linha e debatendo o escopo do art. 146 do CTN com outros dispositivos, cf. PAIVA, Marcos Vinicius de. Revisão de orientação geral e o art. 24 da LINDB em relação ao direito tributário. *Revista Fórum de Direito Tributário* ano 20, n. 120, nov./dez. 2022, p. 99-128 (124).

Este artigo teve o propósito de enfrentar uma das inquietudes hermenêuticas que partilhamos com Schoueri, qual seja: o âmbito de aplicação do art. 146 do CTN.

A partir da análise feita ao longo das páginas acima, podemos resumir as conclusões obtidas:

1. Sob a influência de Tullio Ascarelli e Costa Manso, Rubens Gomes de Sousa defendia, na década de 1940, a impossibilidade de revisão de lançamento (ou de lançamento suplementar), salvo por erro de fato, pois o lançamento consistiria em ato administrativo que criaria uma situação jurídica bilateral, individual e imutável;
2. Em linha com seu entendimento pretérito e sob as influências da legislação brasileira e da jurisprudência nacional, bem como da jurisprudência suíça e do direito argentino, Gomes de Sousa redigiu o art. 172 do Anteprojeto, pelo qual se impede a modificação de critério jurídico em relação a um mesmo sujeito passivo, autorizando-a, porém, quando do *lançamento seguinte* à introdução do novo critério;
3. A partir de sugestão feita por Gilberto de Ulhôa Canto, modificou-se o art. 172 do Anteprojeto, com o intuito de proteger também fato gerador anterior à introdução do novo critério jurídico, mas que não tivesse sido ainda objeto de lançamento. Daí a elaboração do art. 109 do Projeto, substituindo o *lançamento seguinte* pelo *fato gerador posterior* como marco de aplicabilidade do novo critério jurídico;
4. O art. 146 do CTN impede que novo critério jurídico atinja fato gerador ocorrido anteriormente à sua introdução, ainda que o mencionado fato gerador não tenha sido objeto de lançamento, pois:
 - a) Em linha com o art. 109 do Projeto, o texto do art. 146 do CTN apenas permite que o novo critério jurídico se aplique a *fato gerador posterior à sua introdução*;
 - b) O sujeito passivo que se baseou em critério jurídico anterior, concreta e individualmente aplicado pelo Fisco a situação pretérita, terá protegida sua confiança na permanência do referido critério jurídico, na medida em que novo critério jurídico não poderá atingir fato gerador anterior à sua introdução.

Controles Instrumental e Justificativo da Extrafiscalidade

Humberto Ávila

Introdução

Por ocasião da justa homenagem ao Eminentíssimo colega, Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Luís Eduardo Schoueri, à qual tenho a alegria de me associar, enfrento o tema das normas indutoras, objeto de obra seminal do homenageado, industriosamente elaborada por ocasião de seu vitorioso concurso de titularidade na Faculdade do Largo de São Francisco. Faço-o sob a ótica específica do controle judicial da extrafiscalidade em sentido amplo, por mim anteriormente examinado em diversos trabalhos e ora aprofundado em determinados aspectos.

Numa definição preambular e ampla, a extrafiscalidade pode ser definida como o uso da tributação com o objetivo de promover a realização preponderante de fins diversos da distribuição igualitária do ônus tributário entre os contribuintes, como é o caso da oneração ou desoneração tributária destinada predominantemente a reduzir as desigualdades regionais ou a proteger o meio ambiente. Daí envolver a extrafiscalidade o emprego de normas indutoras de comportamento, tão caras à pena do homenageado, assim entendidas aquelas normas cujo efeito prevalentemente pretendido é o de influir, direta ou indiretamente, no comportamento dos contribuintes por meio da tributação.

Como a extrafiscalidade pressupõe a realização de fins diversos da distribuição igualitária do ônus tributário entre os contribuintes, seu controle é normalmente realizado por meio do princípio da igualdade e dos postulados da proporcionalidade e da proibição de excesso, na medida em que essas normas pressupõem a persecução de fins estatais e/ou examinam efeitos relativamente aos direitos fundamentais dos contribuintes.

O princípio da igualdade é uma norma que exige a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em uma medida de comparação, exteriorizada por um elemento indicativo e empregada para promover determinado fim¹¹³. Sendo assim, o controle de extrafiscalidade pelo princípio da igualdade demanda, entre outros aspectos: (a) a definição do fim extrafiscal que se pretende promover por meio da tributação, seja pela oneração, seja pela desoneração (definição do fim); (b) a verificação de que a Constituição permite, direta ou indiretamente, o emprego da medida de comparação e do fim escolhidos pelo legislador, tanto por meio da análise das regras de competência tributária e dos tributos que com supedâneo nestas podem ser instituídos quanto por meio do exame dos fins cuja realização é constitucionalmente obrigatória ou proibida (exame de compatibilidade constitucional do meio e do fim); (c) a investigação da existência de uma

¹¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2021, p. 43 e ss.

relação de razoabilidade ou pertinência lógica entre a medida de comparação escolhida pelo legislador e o fim que justificou sua utilização (exame da relação de razoabilidade entre meio e fim).

Desse modo, por exemplo, se o legislador estabelece uma alíquota reduzida de imposto sobre a renda para contribuintes sediados em determinada região do país, havida como subdesenvolvida, o controle de igualdade demanda que se defina o fim extrafiscal que se pretende promover por meio da desoneração, no caso o objetivo de reduzir a desigualdade regional; se verifique se a Constituição permite o emprego da localização como medida de comparação entre os contribuintes e a escolha do desenvolvimento regional como fim a ser alcançado por meio da tributação, seja por meio da análise da regra de competência para instituir o imposto sobre a renda, seja por meio do exame de outros fins que compõem a ordem constitucional vigente; se investigue se a localização serve como medida de comparação para promover a redução da desigualdade de determinada região e se existe uma relação de razoabilidade ou pertinência lógica entre a referida medida e o mencionado fim. Estando presentes esses elementos, pode-se considerar a referida desoneração compatível com o princípio da igualdade.

O postulado da proporcionalidade é uma metanorma que exige que os meios sejam adequados, necessários e proporcionais relativamente aos fins que justificam a atuação estatal¹¹⁴. Desse modo, o controle de extrafiscalidade pelo postulado da proporcionalidade requer, entre outros aspectos: (a) a verificação de que o fim que se pretende realizar por meio da tributação tem fundamento constitucional, sendo de realização obrigatória ou não proibida (exame do fundamento constitucional do fim); (b) a demonstração de que o meio escolhido pelo legislador produz efeitos que contribuem para a promoção do fim que justificou sua utilização (exame de adequação entre meio e fim); (c) a justificação de que o meio escolhido pelo legislador é, dentre todos os meios igualmente adequados para promover o fim legalmente eleito, aquele que produz efeitos menos restritivos relativamente aos outros fins que o legislador também deve promover (exame de necessidade do uso do meio); (d) a comprovação de que o meio escolhido pelo legislador produz mais efeitos positivos do que negativos relativamente ao conjunto de fins constitucionais (exame de proporcionalidade em sentido estrito).

Sendo assim, e persistindo no mesmo exemplo acima utilizado, se o legislador estabelece uma alíquota reduzida de imposto sobre a renda para contribuintes sediados em determinada região do país, o controle de proporcionalidade exige que se defina a redução da desigualdade regional como o fim extrafiscal que se pretende promover por meio da desoneração e se verifique se ele é compatível com a Constituição; se demonstre que o estabelecimento de uma alíquota menor de imposto sobre a renda produz efeitos que contribuem para a promoção da redução da desigualdade regional da região onde estão localizados os contribuintes afetados pela medida; se justifique que a redução da alíquota, tal como realizada, é, dentre todos os meios igualmente adequados para reduzir a desigualdade regional, aquele que produz efeitos menos restritivos relativamente aos outros fins que o legislador também deve promover; se comprove que a redução de

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 21. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 211 e ss.

alíquota para contribuintes localizados em determinada região produz mais efeitos positivos do que negativos relativamente ao conjunto de fins constitucionais que devem ser promovidos. Estando presentes esses elementos, pode-se considerar a referida desoneração compatível com o postulado da proporcionalidade.

Como a extrafiscalidade envolve a desoneração ou a oneração, ainda que justificada por um fim que deve ser promovido pelo legislador, e produz efeitos restritivos a determinados direitos fundamentais, é também preciso verificar se a referida desoneração ou oneração, independentemente de sua justificação por um fim extrafiscal, não atinge o núcleo essencial dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade do contribuinte (exame de proibição de excesso)¹¹⁵. Trata-se de um exame unidirecional que tem por escopo aferir a restrição do núcleo de direitos fundamentais e não um exame multidirecional destinado a controlar graus positivos e negativos de promoção e restrição relativamente a mais de um fim, como sucede no controle de proporcionalidade.

No caso, e dando seguimento ao mesmo exemplo até aqui empregado, se o legislador estabelece uma alíquota reduzida de imposto sobre a renda para contribuintes sediados em determinada região do país, o controle da proibição de excesso exige que se verifique se a redução de alíquota do imposto de renda, tal como efetivamente realizada, não restringe excessivamente os direitos de igualdade e de liberdade dos contribuintes que não se situam na mesma região, de modo a impedi-los ou excessivamente onerá-los de exercer as suas atividades econômicas em regiões diversas daquela favorecida. Esse seria o caso, por exemplo, de a redução do tributo ser tão alta e a carga tributária final sobre determinados produtos ser tão desigual que nenhum ou quase nenhum comprador se dispusesse a comprar produtos produzidos em outra região. Tais efeitos levariam à restrição excessiva dos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de exercício de atividade econômica. Não sendo esse o caso, pode-se considerar não excessiva a referida medida legislativa.

Pois bem, os controles de igualdade, proporcionalidade e proibição de excesso, embora *necessários* para a efetividade do controle judicial da extrafiscalidade, não são *suficientes*. A eles devem ser agregados outros tipos de controle, pressupostos pelos controles já examinados ou complementares a eles, entre os quais podem ser destacados os aqui denominados controles instrumental e justificativo, doravante examinados nas duas partes que compõem o presente artigo.

1. Controle instrumental

1.1. Definição de “fim”

Se a extrafiscalidade pode ser definida como o uso da tributação com o objetivo de promover a realização preponderante de fins diversos da distribuição igualitária do ônus tributário entre os contribuintes, então deve ser investigado antes de tudo o que é um “fim” e em que medida este se diferencia de figuras congêneres, tais com “finalidade”, “motivo” e “efeito”.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 21. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 194 e ss.

Em vernáculo, os termos “finalidade” e “fim” são em regra usados como sinônimos. O uso técnico desses termos nas línguas alemã e inglesa, todavia, aponta para uma importante distinção que pode ser incorporada aos estudos sobre o tema¹¹⁶.

O termo “finalidade” (*Zweck*, em alemão, e *purpose*, em inglês) diz respeito ao aspecto subjetivo e à razão que motivou determinada ação. Seu emprego responde à seguinte pergunta: *por que* foi praticado determinado ato? No caso da tributação extrafiscal, seu emprego responde à seguinte indagação: *por que* foi instituído determinado tributo ou estabelecida determinada desoneração? O termo “finalidade”, portanto, é empregado para indicar o motivo ou propósito de determinada ação.

O termo “fim” (*Ziel*, em alemão, e *goal*, em inglês) diz respeito ao aspecto objetivo e ao escopo que se pretende realizar por intermédio de determinada ação. Sua utilização responde à seguinte pergunta: *para que* foi praticado determinado ato? No caso da tributação extrafiscal, seu uso responde à seguinte indagação: *para que* foi instituído determinado tributo ou estabelecida determinada desoneração? O termo “fim”, assim, é utilizado para denotar o objetivo que se busca alcançar por meio de determinada ação.

Dir-se-á que os dois termos denotam o mesmo fenômeno e, por isso, sempre e necessariamente se justapõem. Um olhar mais atento permite verificar que isso nem sempre sucede. O Poder Legislativo pode agir motivado por vários fatores e editar determinada lei porque, por exemplo, queria promover a alternância entre os partidos políticos na iniciativa parlamentar de projetos de lei, montar uma base parlamentar de apoio ao governo por meio da votação de projetos de determinado grupo ou partido ou mesmo agradar a população por meio de criação de determinada imagem ou reputação havida como socialmente positiva e, mesmo assim, pretender atingir determinado fim específico, como reduzir a desigualdade regional, proteger o meio ambiente ou fomentar o desenvolvimento tecnológico. Em suma, nem sempre o que motiva o Poder Legislativo ou o Poder Executivo a editar determinado ato normativo coincide com os efeitos que se pretende que sejam provocados com sua edição. Em outras palavras, nem sempre a finalidade de um ato normativo coincide com o seu fim.

A distinção entre finalidade e fim é fundamental, de um lado, porque, dizendo respeito eles a aspectos distintos – subjetivo e objetivo, respectivamente –, demandam meios de prova diversos para sua delimitação; de outro, porque qualquer ato normativo precisa ser legitimado do ponto de vista constitucional, e não havendo um fim que possa justificar sua edição, apenas finalidades não amparadas pela Constituição, sua edição poderá ser materialmente sindicada pelo Poder Judiciário.

Não basta, porém, distinguir entre finalidade e fim. É preciso avançar analiticamente e diferenciar os fins quanto a outros aspectos, especialmente com relação à sua espécie, natureza e medida de promoção.

1.2. Fins internos e fins externos

Com relação às espécies, é preciso traçar uma distinção fundamental entre fins externos e internos¹¹⁷. Os fins externos são aqueles que admitem uma realização fora do

¹¹⁶ SCHOBBER, Katharina. *Der Zweck im Verwaltungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 48 e ss.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90 e ss.

âmbito pessoal, tais como a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente e a redução de desigualdades regionais. Eles apontam para eventos, estados de coisas ou processos que residem fora dos sujeitos objeto de comparação e cuja consumação, manutenção, redução ou ampliação pode ser empiricamente aferida. Já os fins internos dizem respeito a aspectos que residem nas próprias pessoas objeto de regulação, tal como a sua capacidade econômica, amalgamando-se com a própria distribuição igualitária do ônus tributário entre os contribuintes.

No caso da tributação extrafiscal, é a promoção de fins externos que pode justificar a restrição do princípio da capacidade contributiva. E exatamente por apontarem para eventos, estados ou processos que residem fora dos sujeitos e cuja consumação, manutenção, redução ou ampliação pode ser empiricamente aferida, que os fins externos permitem seu controle por meio do postulado da proporcionalidade.

Justamente porque são os fins externos que precisam ser delimitados para que se possa proceder ao controle da extrafiscalidade que é imprescindível diferenciar os fins quanto à sua natureza.

1.3. Fins como eventos, estados ou processos

Com relação à natureza, é necessário estabelecer uma diferenciação fundamental entre fins como eventos, estados e processos. Eventos são acontecimentos que envolvem uma espécie de ação ou mudança. Estudar duas horas de língua estrangeira, resolver uma equação, vender uma propriedade, criar mil empregos e aumentar a importação são exemplos de eventos. Sua realização situa-se num ponto no tempo e pode ser considerada concluída quando determinado resultado é atingido. Estados são conjuntos de qualidades, propriedades ou condições. Dominar um idioma estrangeiro, ser inteligente, ser proprietário e ser um país desenvolvido são estados. Sua realização situa-se numa linha do tempo e requer a permanência de um conjunto de qualidades, propriedades ou condições. Processos são eventos prolongados, escaneados sequencialmente no tempo, de maneira serial e sucessiva, com ou sem ponto de culminação. Cumular ou não cumular a carga tributária no caso de tributos indiretos plurifásicos no ciclo econômico da produção ao consumo de bens é um exemplo de processo com ponto final de culminação.

No caso da tributação extrafiscal, definir a natureza do fim é essencial, pois permite saber como e com base em que critérios serão feitos os controles de igualdade e de proporcionalidade, já que não se pode saber se um fim é adequado, necessário e proporcional, por exemplo, se não se sabe se ele metaforicamente se manifesta como um ponto segmentado no espaço e no tempo, como uma linha prolongada no tempo e no espaço com início e fim ou como um evento serial homogêneo sem limites, e se seu atingimento depende da conclusão de um resultado (evento), da presença de qualidades, propriedades ou condições (estado) ou da culminação final depois de um evento prolongado (processo). Cada um desses fins evoca estruturas de conhecimento completamente diferentes e, por conta disso, exige distintos modos de percepção e demandam diversos modos de demonstração.

1.4. Promoção satisfatória e máxima dos fins

Com relação à medida de promoção, é essencial traçar uma distinção, no mínimo, entre a promoção satisfatória ou máxima dos fins. No caso de um fim que aponte para um estado de coisas, por exemplo, a definição do fim e os exames de adequação e necessidade requerem que seja definido o que significa “promover” referido fim.

Por exemplo, no que diz respeito ao grau de promoção, quer dizer que o estado de coisas deve ser promovido de maneira satisfatória ou mínima, tal como um apagador de giz que, conquanto não apague toda a superfície desejada, elimina a maior parte desta? Ou de maneira máxima ou ótima, tal como um apagador de giz que apaga absoluta e perfeitamente toda a superfície desejada? No tocante ao aspecto subjetivo, significa que o estado de coisas deve ser promovido para alguns, para muitos, para a maioria ou para todos? No que diz respeito ao aspecto temporal, significa que o estado de coisas deve ser promovido em algumas situações, em muitas situações, na maioria das situações ou em todas as situações? No que diz respeito ao aspecto espacial, significa que o estado de coisas deve ser promovido em alguns lugares, em muitos lugares, na maioria dos lugares ou em todos os lugares?

No caso da tributação extrafiscal, definir a medida da promoção do fim é fundamental, pois permite saber a partir de que grau ele poderá ser considerado juridicamente realizado, já que não se pode saber se um fim é promovido de maneira adequada, necessária e proporcional, por exemplo, se não se sabe em que medida e com base em que critério pessoal, temporal e espacial ele será considerado juridicamente promovido. Dependendo do modo como as indagações acima formuladas forem respondidas, o meio escolhido pelo legislador será considerado adequado ou inadequado, necessário ou desnecessário, proporcional ou desproporcional.

Tendo em vista as considerações tecidas até aqui, percebe-se que a efetividade do controle da tributação extrafiscal pressupõe a definição do conceito de fim e a delimitação de suas espécies, de sua natureza e de sua medida de promoção, especialmente com relação aos destinatários, ao tempo e ao espaço. Sem a definição desses elementos estruturais da tributação extrafiscal, seu controle judicial não tem como ser minimamente efetivo.

Veja-se que a carência de definição desses elementos é uma decorrência da genericidade (falta de especificação com relação a informações relevantes para sua compreensão e efetividade) e da vagueza (extensa falta de precisão com relação a quais casos se aplica) da maior parte dos fins¹¹⁸. Sendo assim, sem um processo analítico por meio do qual se atribua maior especificidade e precisão aos fins, a rigor não há como sequer conceber a ideia de que sua realização possa ser controlada, muito menos de maneira efetiva.

Mas uma vez definidos esses elementos estruturais da tributação extrafiscal, ainda é necessário determinar como será exercido o seu controle quanto à medida de intervenção do Poder Judiciário, ao critério com base no qual será exercido e ao momento em que ele será realizado.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 49 e ss.

1.5. Controles fraco, médio e forte dos fins

Com relação à medida ou intensidade de intervenção e ao critério com base no qual o controle judicial será exercido, pode o Poder Judiciário exercer um controle estipulado como forte, médio ou fraco¹¹⁹.

Será considerado forte o controle judicial se o meio escolhido pelo Poder Legislativo for declarado insubsistente se deixar de promover em alguma medida, ainda que mínima, e com base em qualquer tipo de prova, mesmo que não cabal, o fim que justificou a sua escolha, e se for material e integralmente realizado pelo Poder Judiciário sem qualquer tipo de deferência à eventual prerrogativa ou discricionariedade técnica e liberdade de configuração material concedida pela Constituição aos Poderes Legislativo ou Executivo.

Será considerado médio o controle judicial se o meio escolhido pelo Poder Legislativo só for declarado insubsistente se deixar de promover o fim em relevante proporção, se houver prova suficiente da sua inadequação, desnecessidade ou desproporcionalidade, e se o Poder Judiciário atribuir algum tipo de deferência à eventual prerrogativa ou discricionariedade técnica e liberdade de configuração material concedida pela Constituição aos Poderes Legislativo ou Executivo.

E será considerado fraco o controle judicial se o meio escolhido pelo Poder Legislativo só for declarado insubsistente se deixar de promover de maneira inequívoca e com base em provas robustas, o fim que justificou a sua escolha, e se o Poder Judiciário respeitar a eventual prerrogativa ou discricionariedade técnica e liberdade de configuração material concedida pela Constituição aos Poderes Legislativo ou Executivo.

A escolha entre as várias medidas de controle depende do ordenamento jurídico que se pretende aplicar, variando de país para país, conforme o peso que seja atribuído pela Constituição à legalidade, à democracia, à segurança jurídica e à separação dos poderes. Mesmo assim, pode-se afirmar que se a Constituição em análise, direta ou indiretamente, de um lado, assegurar, por meio de regras de competência, determinadas prerrogativas técnicas e um espaço de liberdade de configuração material aos Poderes Legislativo e Executivo para matérias específicas e, de outro, prever um sistema de divisão funcional dos poderes em que as funções típicas exercidas por cada um deles devem ser harmonicamente respeitadas pelos demais, o controle de proporcionalidade deverá ser fraco ou médio, mas nunca forte. Submetida ao controle fraco ou médio, uma medida legislativa só poderá ser declarada desproporcional, em áreas que envolvam prerrogativas técnicas e liberdades de configuração material atribuídas pela Constituição aos Poderes Legislativo e Executivo, quando o meio escolhido por esses poderes for manifesta e inequivocamente inadequado, desnecessário ou desproporcional. Fora dessas hipóteses, o controle judicial violará os princípios da legalidade, da democracia, da segurança jurídica e da separação dos poderes.

Com relação ao momento que servirá de critério para o controle do fim, é fundamental traçar uma diferenciação entre controle prévio quanto à eficácia e controle posterior quanto à efetividade.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 21. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022, p. 227 e ss.

1.6. Controles prévio e posterior dos fins

Controle prévio (*ex ante*) de eficácia diz respeito a saber, no momento da edição do ato e em caráter geral e abstrato, se o meio pode ser considerado adequado, necessário e proporcional. Uma lei, por exemplo, que estabeleça uma alíquota reduzida para o imposto sobre operações de crédito com o fim de incrementar o consumo da população em geral, será adequada para promover esse fim se em tese, em geral e em abstrato, a redução da tributação presumidamente puder servir como instrumento indutor para os consumidores aumentarem o consumo por meio de operações de crédito. Da mesma forma, uma lei que estabeleça uma alíquota majorada para o imposto sobre produtos industrializados com o fim de desestimular o consumo de produtos supérfluos ou nocivos à saúde será adequada para promover esse fim se em tese, em geral e em abstrato, a majoração da tributação presumidamente puder servir como instrumento indutor para os consumidores diminuírem o consumo dos produtos sujeitos à alíquota majorada.

Controle posterior (*ex post*) de efetividade diz respeito a saber, no momento da aplicação do ato e em caráter individual e concreto, se o meio foi de fato comprovadamente adequado, necessário e proporcional. No caso da lei que estabelece uma alíquota reduzida para o imposto sobre operações de crédito com o fim de incrementar o consumo em geral, esse tipo de controle envolverá saber se os consumidores de fato aumentaram o consumo por meio de operações de crédito e se esse aumento foi causado pela redução da alíquota do imposto sobre operações de crédito. No caso da lei que estabelece uma alíquota majorada para o imposto sobre produtos industrializados com o fim de desestimular o consumo de produtos supérfluos ou nocivos à saúde, esse tipo de controle demandará descobrir se os consumidores de fato diminuíram o consumo dos produtos sujeitos à alíquota majorada e essa diminuição foi causada pela tributação majorada dos referidos produtos.

Como um tributo extrafiscal é aquele instituído com o objetivo de promover a realização preponderante de fins diversos da distribuição igualitária do ônus tributário entre os contribuintes e sua instituição é feita por meio de lei contendo normas gerais e abstratas, seu controle necessariamente pressupõe o controle judicial prévio de eficácia. Uma lei que institua um tributo como meio para atingir determinado fim que, prévia, geral e abstratamente não pode ser promovido, deve ser declarada nula pelo Poder Judiciário. Por exemplo, um tributo destinado a servir de instrumento para intervir em determinado domínio econômico com vistas a assegurar um estado de livre concorrência cuja existência esteja em risco, mas que, todavia, deva ser pago por contribuintes que não se situam no setor, área ou atividade em que haja o referido problema de livre concorrência e/ou tenha a sua receita legalmente enquadrada em rubrica orçamentária destinada a promover ações que beneficiam outros fins, diversos da proteção do mencionado domínio econômico, deve ser declarada nula pelo Poder Judiciário na medida em que o fim que justificou sua edição prévia, geral e abstratamente não pode ser promovido.

Pode-se, todavia, conjugar esse controle prévio de eficácia com o controle posterior de efetividade. Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário definir os efeitos da decisão, se desde o início da edição da lei ou desde que constatada a falta de efetividade do tributo instituído para promover determinado fim. Isso porque poderá haver um conflito entre

o que no passado se supunha eficaz, no momento da edição da lei e de acordo com as informações então disponíveis, e o que no futuro se revelou inefetivo, no momento da aplicação da lei e de acordo com as informações que só passaram a estar disponíveis após a edição da lei. Por exemplo, na área da saúde pública, alguma vacina pode ser considerada pelo poder competente como uma escolha adequada em determinado momento, em face do agravamento de determinada epidemia e de acordo com os meios e informações então disponíveis. No futuro, com base em outros meios e informações, tornados disponíveis somente após a edição da lei, aquela vacina, quando comparada com as demais que passaram posteriormente a estar disponíveis, revelou ter efetividade muito baixa em termos de certeza e cobertura populacional, a tal ponto que, comparativamente, deve ser considerada uma vacina ineficaz e, portanto, inadequada para promover o fim de diminuir ou erradicar determinada epidemia. Nessas situações, o controle posterior de efetividade pode servir de instrumento para invalidar, para o futuro, a continuidade da utilização do meio escolhido pelo Poder Legislativo ou Executivo, mas não como meio para invalidá-lo desde o início, com repercussões com relação à improbabilidade dos agentes públicos que justificaram a sua adoção, se os estudos necessários foram efetivamente realizados e as informações e os meios então disponíveis foram devidamente considerados conforme as prerrogativas funcionais do Poder envolvido.

2. Controle justificativo

2.1. Densidade semântica dos fins

O aqui denominado controle instrumental, embora necessário para o controle judicial da extrafiscalidade, também não é suficiente. A ele deve ser agregado o que se poderia qualificar como controle justificativo. Este envolve, entre outros aspectos, o controle da densidade semântica da definição do fim e o raciocínio inferencial empregado para justificar a relação entre o meio escolhido pelo Poder Legislativo e o fim que se pretendeu atingir com sua adoção.

Com relação à densidade semântica do fim, é preciso desencadear um processo de redução de indeterminação. Como um “fim” é um evento, um estado ou um processo que se pretende alcançar com o emprego de um “meio”, passa a ser fundamental definir o conteúdo desse fim. Como em geral os fins que denotam estados de coisas são referidos por meio do emprego de palavras ou expressões com alto grau de genericidade (falta de especificação com relação a elemento informativo relevante) e vagueza (falta de precisão com relação a quais casos se aplica), é preciso que a própria lei contenha elementos suficientes para definir o fim de modo que o Poder Judiciário possa controlar a sua eficácia e efetividade¹²⁰.

Por exemplo, “saúde”, “educação” e “desenvolvimento” são palavras que exprimem significados elevadamente genéricos e vagos. Significados elevadamente genéricos porque não especificam “saúde”, “educação” e “desenvolvimento” em que sentido, para quem, como, quando, onde, em que medida e por que meio. No caso do desenvolvimen-

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. *Legalidade tributária material*. 2. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 83. ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 49 e ss.

to, por exemplo, seria desenvolvimento social, econômico, tecnológico, agrícola? Para todos, para a maioria, para alguns, para poucos? Para setores, áreas, atividades ou pessoas? A ser atingido como, com financiamento bancário, subvenção tributária, aumento da tributação, redução da tributação? A ser concretizado no país inteiro, em uma região, em algum estado ou município? Hoje, amanhã, em alguns meses ou anos? Em que medida? E assim por diante.

Significados elevadamente vagos porque “saúde”, “educação” e “desenvolvimento” não tornam preciso, para a maior parte dos casos, quais casos estão e quais casos não estão por eles abrangidos. No caso da “educação”, por exemplo, indaga-se: a regulação da mídia social estaria abrangida no significado de educação? E a regulação de produtos nocivos à saúde e eventualmente vendidos para jovens? E assim por diante.

As considerações precedentes demonstram que, dependendo do modo como o fim é previsto em lei, a rigor não se poderá controlar, nem minimamente, a sua realização. Daí a importância de o Poder Judiciário controlar a própria definição legal do fim, declarando a inconstitucionalidade, por falta de determinação normativa, das leis que empreguem palavras, expressões ou enunciados cujo significado seja portador de elevado grau de indeterminação. Não sendo isso feito, permitir-se-á, de um lado, que o Poder Legislativo use a extrafiscalidade como mera propaganda política mediante o emprego de expressões com conotação subjetiva e forte apelo emotivo, mas com diminuta densidade semântica; de outro, que o próprio Poder Judiciário fique impedido de exercer o controle judicial mínimo dos atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

2.2. Raciocínios relativos aos fins

Com relação ao raciocínio inferencial empregado para justificar a relação entre meio e fim, é preciso desencadear um processo de justificação causal ou lógica entre meios e fins. A Ciência do Direito está habituada a lidar com processos dedutivos de justificação, mas pouco acostumada a enfrentar processos indutivos e abduativos de justificação. Ocorre que, no âmbito da definição de meios e fins e da relação entre eles, os processos indutivos e abduativos assumem uma importância muito maior. Para melhor compreendê-lo, é preciso traçar uma distinção entre dedução, indução e abdução, da maneira mais clara e simples possível¹²¹.

Um raciocínio dedutivo é uma operação do geral para o menos geral que parte de uma premissa maior universal, passa por uma premissa menor contendo um caso concreto e conduz a uma conclusão logicamente necessária. Por exemplo: se todos os feijões deste saco são brancos; e estes feijões são deste saco; logo, eles são necessariamente brancos. Note-se que a premissa maior consiste numa regra de validade universal (“todos os feijões deste saco são brancos”). Por essa razão, o raciocínio dedutivo deve ser qualificado como analítico na medida em que não amplia o conhecimento, apenas o aplica ao caso concreto¹²². O decisivo, para os limites deste breve artigo, é que a conclusão de um

¹²¹ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo* vol. 282. São Paulo: RT, 2018, p. 113-139.

¹²² KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*. München: Beck, 1994, p. 67 e ss.

argumento dedutivo produz um resultado logicamente necessário e, por isso mesmo, certo. Daí se situar esse tipo de raciocínio no plano da validade e não no plano da força ou robustez do raciocínio.

Um raciocínio indutivo é uma operação do caso para a regra que parte de uma premissa maior envolvendo um caso, passa por uma premissa menor contendo um resultado e conduz a uma conclusão que formula uma regra com pretensão de universalidade. Por exemplo: estes dois feijões são deste saco; eles são brancos; logo, todos os feijões deste saco são brancos. Note-se que é a conclusão do raciocínio que contém uma regra de validade universal (“todos os feijões deste saco são brancos”), que, todavia, ultrapassa os casos examinados para alcançar também casos não examinados. Por isso, a indução envolve um raciocínio que pode ser qualificado como sintético na medida em que amplia o conhecimento, para além dos casos empiricamente verificados. O importante é que conclusão de um argumento indutivo produz um resultado que não é logicamente necessário, mas apenas mais ou menos provável. Daí se situar esse tipo de raciocínio no plano da força ou robustez do raciocínio, e não no plano da validade.

Um raciocínio abduutivo é um argumento que parte de uma premissa maior envolvendo uma regra, passa por uma premissa menor contendo um caso e conduz a uma conclusão que examina um caso concreto. Por exemplo: estes feijões são brancos; todos os feijões deste saco são brancos; logo, estes feijões são deste saco. Note-se que a conclusão do raciocínio contém uma hipótese explicativa (“estes feijões são deste saco”). Por isso, a abdução qualifica-se como um raciocínio inseguro na medida em que traz uma hipótese a ser cotejada com outras. O importante é que conclusão de um argumento abduutivo envolve uma explicação para determinado fenômeno e, para ser considerada a melhor explicação possível, deve ser comparada com explicações alternativas existentes.

O cotejo entre os principais tipos de raciocínio é importante porque permite verificar que, no âmbito da relação entre meios e fins, o raciocínio dedutivo é de menor importância que os raciocínios indutivo e abduutivo.

O raciocínio indutivo é fundamental porque a relação entre meios e fins envolve a presunção, baseada em máximas da experiência e eventualmente em normas que estabelecem presunções e ficções, no sentido de que, se adotado determinado meio, provavelmente será promovido determinado fim. Sendo assim, é preciso verificar se o meio escolhido pelo legislador é um meio que preenche os critérios de admissibilidade (licitude, confiabilidade, precisão, relevância) e de suficiência com relação ao fim que justificou a sua utilização (abrangência, completude, variedade, concordância). Só assim será possível afirmar que o seu emprego produzirá, com alto grau de probabilidade, a promoção do fim¹²³.

O raciocínio abduutivo é importante porque a relação entre meios e fins envolve conjecturas a respeito da relação de causalidade entre meios e fins, no sentido de que determinado efeito pode ser explicado pela adoção de determinado meio que, por essa razão, pode ser qualificado como sua causa. Desse modo, é preciso verificar se a presen-

¹²³ ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo* vol. 282. São Paulo: RT, 2018, p. 113-139.

ça ou ausência de determinado efeito pode ser mais bem explicada pela presença ou ausência de determinado meio. É precisamente aqui que entra em cena a melhor explicação para o efeito produzido, no sentido de saber se, dentre todas as explicações, a mais razoável é precisamente a de que o efeito decorreu da edição do ato normativo objeto de controvérsia.

Essas singelas considerações, conquanto breves, são suficientes para demonstrar que tanto os Poderes Legislativo e Executivo, na edição dos atos, quanto o Poder Judiciário, no seu controle, deverão dominar não apenas novos elementos, como “finalidade”, “fim”, “evento”, “estado”, como também conhecer várias categorias tanto da linguagem, como “genericidade” e “vagueza”, quanto da lógica, como “dedução”, “indução”, “abdução” e “inferência”. Sem a compreensão e o adequado emprego desses elementos e categorias os referidos poderes simplesmente não conseguirão exercer adequadamente as suas funções, nem tampouco a doutrina precisa e profundamente tratar do tema.

Mesmo após dominados os referidos elementos e compreendidas as mencionadas categorias, também deverá ser enfrentado o tema do grau de probabilidade que se deverá atingir para considerar como comprovada a promoção de determinado fim.

2.3. Comprovação dos fins

Com efeito, se os raciocínios mais importantes para a verificação da relação entre meios e fins são os raciocínios indutivo e abduutivo, mas nenhum deles conduz à certeza absoluta, apenas à maior ou menor probabilidade, será preciso definir com base em que *standard* de prova (irrefutável, acima de qualquer dúvida razoável, prova clara e convincente e prova de verossimilhança razoável) se deverá considerar comprovada a promoção de determinado fim.

Para definir o *standard* aplicável, deverão ser considerados os princípios aplicáveis ao problema que se pretende resolver, tais como a segurança jurídica e a legalidade, e quais são os direitos fundamentais restringidos e em que medida eles estão sendo restringidos, como é o caso dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. Além disso, deverão ser avaliados fatores como risco de erro com a decisão, natureza das infrações, gravidade das sanções, natureza das alegações e amplitude das competências dos órgãos responsáveis.

Em âmbitos normativos em que vigem os princípios da legalidade e da segurança jurídica e em que os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade são restringidos, devem ser exigidos os *standards* de prova acima de qualquer dúvida razoável e prova clara e convincente, quando houver possível perda da liberdade e de restrição da liberdade e da propriedade, respectivamente. Somente assim é que se poderá considerar haver muito mais ou, pelo menos, mais probabilidade de o fim ser considerado atingido do que o contrário.

Conclusão

O chamado princípio do livre convencimento do julgador é considerado ultrapassado, assim pela doutrina como pela legislação e pela jurisprudência de vários países. Hoje, exige-se a justificação analítica das decisões, com base na qual deve o julgador

justificar e exteriorizar por que, com fundamento no que e com base em que espécie de raciocínio decidiu dessa ou daquela forma e com esse ou aquele resultado. Sendo assim, todos os elementos e categorias trazidos neste artigo passam a ser absolutamente fundamentais. Sem seu conhecimento, domínio e compreensão, não há a rigor nem como adequadamente fazer uso da tributação extrafiscal, nem como efetivamente controlá-la.

A doutrina tributária que ainda discute apenas questões terminológicas relativas ao emprego do termo “extrafiscalidade” ou se satisfaz com platitudes, como a de que a extrafiscalidade envolve a promoção de fins constitucionalmente importantes, sem, contudo, definir os elementos estruturais que necessariamente compõem o fenômeno da extrafiscalidade, de que são exemplos os tratados neste artigo, simplesmente não cumpre a sua função de minimamente colaborar para o aprimoramento do patrimônio cultural existente, para a maior compreensão do fenômeno jurídico e para a maior efetividade do Direito. Simplesmente proclamar a importância de fins constitucionais, sem especificar, com clareza, precisão e determinação, o que eles significam e como e com base em que critérios devem ser promovidos e controlados, é condená-los à desimportância, tanto teórica quanto prática.

Daí ser a opacidade argumentativa, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, um dos maiores inimigos da efetividade do Direito, em todos os temas, inclusive no tocante ao controle da extrafiscalidade. A transparência argumentativa, instrumentalizada pelo método analítico-funcional, é um ideal a ser necessariamente buscado pela doutrina e pela jurisprudência como condição para que se afirmem como instrumentos efetivos de aprimoramento institucional do Direito e da sociedade. Num contexto de uso simbólico e descontrolado da tributação extrafiscal, a clareza e a precisão no trato de seus elementos estruturais passam a constituir um dever ético do jurista e do julgador.

La Expansión del “Soft Law” en el Derecho Tributario¹

Juan Zornoza Pérez

1. Introducción

Constituye el objeto del presente trabajo el análisis de los problemas derivados de la expansión de los instrumentos del denominado “soft law” y sus peligrosos efectos sobre la idea del “imperio de la ley”, como principio estructural del estado de derecho. Un análisis parcial, realizado desde la perspectiva del Derecho Tributario, en que la admisibilidad de ese derecho blando o “en agraz”² resulta discutible, dada la intensidad con que se proyectan en esa materia las exigencias de la legalidad y la reserva de ley. Pero un análisis del que, mucho me temo, podrían extraerse consecuencias de alcance más general, ya que la proliferación de Códigos de Conducta, recomendaciones, estándares, directrices, etc. que se está produciendo en ámbitos tan distintos como el laboral, mercantil, medioambiental, etc. y, de forma particularmente intensa, en la tributación internacional, aconsejaría una reflexión más amplia sobre la compatibilidad entre la imparable expansión del “soft law” y el ideal del imperio de la ley³.

Pese a que la noción de “soft law” dista mucho de ser suficientemente clara y carece de un significado unívoco, se ha desarrollado en el ámbito del Derecho Internacional para hacer referencia a instrumentos heterogéneos que, aunque no son jurídicamente vinculantes, tienen una cierta relevancia jurídica, porque terminan desplegando efectos en la práctica⁴. En este sentido, se suelen encuadrar en dicha categoría las resoluciones de organizaciones internacionales e incluso de agencias que, sin tener atribuida autoridad normativa, dirigen a sus miembros o a terceros, recomendaciones que, careciendo de eficacia obligatoria, aspiran a incidir en su comportamiento u orientar sus conductas.

Se trata, en definitiva, de un concepto vago y de perfiles indefinidos, surgido para hacer referencia a toda una serie de instrumentos de difícil encaje en el sistema normativo del Derecho Internacional a los que se desea otorgar un cierto papel, para recono-

¹ El presente trabajo, escrito para contribuir al homenaje preparado para el Prof. Dr. Luís Eduardo Schoueri, amigo desde hace años, con el que he compartido – y espero seguir compartiendo – animadas discusiones sobre los más variados temas del Derecho Tributario, me permite volver sobre el tema que aborde en la Lección inaugural del Curso Académico 2010-2011, pronunciada en la Universidad Carlos III de Madrid el 23 de septiembre de 2010.

² GARCÍA PRATS, 2009, p. 106.

³ LAPORTA, F. J. *El imperio de la ley una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 263.

⁴ CHINKIN, C. M. “The challenge of soft law: development and change in international law”, en *International & Comparative Law Quarterly*, 38, 1989, p. 850; TRUBECK, D. M. et al. “Soft law’, ‘hard law’ and EU integration”, en BÚRCA, G. de y SCOTT, J. (eds.). *Law and the new governance in the EU and the US*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2006, p. 65; y GRIBNAU, H. “Soft law and taxation: EU and international aspects”, en *Legisprudence* vol. II, n. 2, 2008, documento electrónico accesible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93590>, p. 95 ss.

cer su creciente importancia en el ámbito de las relaciones internacionales⁵ y cuyo empleo se ha extendido desde hace ya tiempo a múltiples sectores del ordenamiento. En este sentido, los instrumentos del “soft law” tienen una especial funcionalidad en relación a los tratados internacionales, porque facilitan la obtención de consensos relativamente amplios que luego pueden fundar modificaciones o alternativas a los mismo, proporcionan reglas detalladas y estándares técnicos necesarios para su aplicación y, por fin, pueden emplearse para su interpretación autorizada⁶.

Ahora bien, reconociendo la utilidad de dichos instrumentos, en este orden de consideraciones generales no pueden dejar se apuntarse algunos de los riesgos más evidentes del “soft law” y, entre ellos, algunos de especial relevancia a nuestros efectos. Son, fundamentalmente y sin pretensión alguna de exhaustividad, los siguientes:

- i) Es cierto que el empleo de estos instrumentos facilita la obtención de consensos y acuerdos internacionales, incluso aunque contengan previsiones relativamente detalladas y precisas. Pero no lo es menos, que ello puede explicarse porque las obligaciones asumidas y los efectos de un eventual incumplimiento son más limitados, dada su falta de efectos jurídicamente vinculantes y exigibles.
- ii) También es cierto que el empleo de estos instrumentos resulta sencillo y dinámico, porque los Estados no tienen dificultades especiales para adherirse a acuerdos no vinculantes. Sin embargo, ello hace posible la elusión de los procesos domésticos de ratificación de los tratados, previstos en las normas constitucionales, con lo que ello supone de elusión de los controles parlamentarios.
- iii) La facilidad en la modificación y reforma de los instrumentos del “soft law”, sobre todo cuando se encomienda a organizaciones internacionales, que sin duda tiene sus ventajas, supone al tiempo un riesgo, por la inestabilidad e inseguridad que genera en sus destinatarios desde el punto de vista de su eficacia temporal.

Sea como fuere, el empleo de estos instrumentos ha sido inicialmente típico de organizaciones internacionales carentes de poderes normativos y que, precisamente por ello, debían actuar a través de instrumentos no obligatorios, cuya eficacia exigía el empleo de mecanismos de coerción indirectos o no jurídicos. En este sentido, por situarnos en uno de los ámbitos que nos interesan, el empleo del “soft law” es constante en las múltiples áreas de actuación de la OCDE, que a través de sus diversos Comités elabora recomendaciones, directrices, principios e informes en materia de finanzas, gobierno corporativo, medio ambiente, fiscalidad, etc.⁷ a los que reconoce los atributos del “soft law”. En este sentido, por no poner más que un ejemplo, son muy expresivas las palabras

⁵ FUENTES, C. I. *Normative plurality in international law: the role of soft law in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*. Documento electrónico, 13 de octubre de 2008, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1134101> (acceso 18 de septiembre de 2010), p. 5-6.

⁶ BOYLE, A. “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, en GOWLLAND-DEBAS, V. *Multilateral treaty-making*. Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2000, p. 29-30.

⁷ Es ineludible la referencia al sitio en Internet de la OCDE, en <https://www.oecd.org/> (último acceso 22 de octubre de 2023) donde se encuentra abundante documentación relativa a sus trabajos, en muchas ocasiones de libre acceso.

de las *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, cuando descubren su valor de meras recomendaciones al indicar que “los países miembros de la OCDE son animados a seguir estas directrices en sus prácticas domésticas de precios de transferencia, y los contribuyentes son animados a seguir estas directrices al evaluar a efectos tributarios si sus precios de transferencia son acordes con el principio de plena competencia”.

Pese a que son los instrumentos de “soft law” elaborados por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE los que han suscitado los problemas de mayor enjundia a nuestros efectos, antes de entrar en su análisis nos interesa todavía poner de manifiesto cómo el empleo de este derecho “blando” se ha extendido también a otro tipo de organizaciones internacionales, dotadas de poderes normativos en sentido estricto, como la Unión Europea, e incluso a las organizaciones estatales.

Conviene señalarlo, porque la utilización de instrumentos “soft law” en el ámbito de la Unión Europea (UE en lo sucesivo) se encuentra ya reconocida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante), cuyo art. 288 se refiere a las recomendaciones como uno de los actos jurídicos de la UE, dictadas por la Comisión, el Consejo y el Banco Central (artículos 60, 97, 121, 126, 132, 148, etc. TFUE) que carecen de efectos vinculantes. Un tipo de acto cuya adopción supone también riesgos evidentes, porque – al menos en algunos casos – parece obedecer al intento de eludir el preciso sistema de atribución de competencias que los Tratados establecen, favoreciendo la armonización fiscal en ámbitos en que su realización por vía directa no resulta sencilla⁸. Por no mencionar más que un ejemplo – cuya justificación no se discute, aunque si el instrumento elegido al efecto – ese sería el caso de la Recomendación (UE) 2021/801, de la Comisión, de 18 de mayo de 2021, sobre el tratamiento fiscal de las pérdidas incurridas durante la crisis de la COVID-19, en que se dice querer establecer un enfoque coordinado para el tratamiento de las pérdidas y se recomienda en términos un tanto excesivos, ya que la pretendida recomendación establece que los Estados miembros “deben permitir” o “deben limitar”, empleando un lenguaje que va más allá de lo que en el lenguaje usual se entiende por consejo o sugerencia, que son los sinónimos de recomendación.

Menos problemas parece suscitar la incorporación de medidas de “soft law” en el derecho interno, en que también es visible la tendencia a sustituir las normas jurídicas imperativas por recomendaciones a las que se busca la adhesión de los agentes económicos afectados, por ejemplo, a efectos de favorecer la denominada relación cooperativa entre la Administración tributaria y los contribuyentes⁹. A ese respecto, si el empleo de recomendaciones podía tener sentido en el ámbito del gobierno corporativo, en que por esa vía se conseguían consensos que se trasladaban luego a los correspondientes textos

⁸ GRIBNAU, H. “Soft law and taxation: EU and international aspects”, en *Legisprudence* vol. II, n. 2, 2008, documento electrónico accesible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93590>, p. 70.

⁹ De nuevo, siguiendo las recomendaciones de la OCDE, de la que es ejemplo el Informe OECD (2013), *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing, París, edición accesible en <https://doi.org/10.1787/9789264200852-en> (último acceso 22 de octubre de 2023).

legales, las cosas parecen diferentes en ámbitos como el tributario, tradicionalmente regidos por el imperio de la ley, en que no se conciben otras obligaciones que las legalmente impuestas, pese a lo cual, no se renuncia al empleo del “soft law”, incluso en el ámbito interno, como demuestra el Código de buenas prácticas tributarias para grandes empresas, aprobado en 2010 y que se presenta como un conjunto no exhaustivo y flexible de “recomendaciones, voluntariamente asumidas por la Administración Tributaria y las empresas, tendentes a mejorar la aplicación de nuestro sistema tributario a través del incremento de la seguridad jurídica, la cooperación recíproca basada en la buena fe y confianza legítima entre la Agencia Tributaria y las propias empresas, y la aplicación de políticas fiscales responsables en las empresas con conocimiento del Consejo de Administración”¹⁰.

En todo caso, para comprender adecuadamente las razones de la preocupación que nos suscita el empleo del “soft law” en los ámbitos a que nos hemos referido, conviene detenerse brevemente en cada uno de ellos.

2. El significado de los Códigos de buenas prácticas tributarias

A ese respecto, el empeño de la Administración tributaria española por alentar, a través del denominado “Foro de grandes empresas”, la adopción de buenas prácticas, enlaza con los trabajos del Foro OCDE de Administración Tributaria¹¹ y, en esa misma medida, está llamado a incidir en escasa medida en la posición jurídica de los contribuyentes, ya que se orienta al establecimiento de un modelo de relaciones entre las Administraciones tributarias, los grandes contribuyentes y los llamados “intermediarios fiscales” – esto es, asesores fiscales y financieros, bancos de inversión, etc. – que “conduzcan a la reducción de riesgos fiscales significativos y a la prevención de aquellas conductas susceptibles de generarlos”¹².

Se trata, en definitiva, de establecer relaciones de cooperación entre todos los agentes implicados en los procesos de aplicación de los tributos, para limitar el empleo de la “planificación fiscal agresiva”. Por un lado, situando la fiscalidad entre las cuestiones centrales del gobierno de la empresa que deben ocupar a sus órganos de administración¹³, de modo que en los procesos de toma de decisiones consideren no sólo los costes,

¹⁰ AEAT, Agencia estatal de Administración Tributaria (2010), *Código de buenas prácticas tributarias para grandes empresas*, 2010, documento electrónico accesible en http://www.aeat.es/wps/portal/DetalleContenido?url=Le+interesa+conocer/Código+de+Buenas+Prácticas+Tributarias+para+Grandes+Empresas&content=091f20c4cfd9210VgnVCM1000004ef01e0aRCRD&channel=f6567bd5bb924210VgnVCM1000004ef01e0a_____&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80_____&idioma=es_ES&menu=0&img=0 (acceso 18 de septiembre de 2010), p. 2.

¹¹ OCDE. *OECD study into the role of tax intermediaries*, Paris, 2008, edición electrónica accesible en <http://www.oecd.org/dataoecd/28/34/39882938.pdf>.

¹² AEAT, Agencia estatal de Administración Tributaria, *Código de buenas prácticas tributarias para grandes empresas*, 2010, documento electrónico accesible en http://www.aeat.es/wps/portal/DetalleContenido?url=Le+interesa+conocer/Código+de+Buenas+Prácticas+Tributarias+para+Grandes+Empresas&content=091f20c4cfd9210VgnVCM1000004ef01e0aRCRD&channel=f6567bd5bb924210VgnVCM1000004ef01e0a_____&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80_____&idioma=es_ES&menu=0&img=0 (acceso 18 de septiembre de 2010), p. 4.

¹³ OWENS, J. P. “Good corporate governance: the tax dimension”, en SCHÖN, W. (ed.) *Tax and corporate governance*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, p. 10; SCHÖN, W. “Tax and corporate governance: a legal approach”, en SCHÖN, W. (ed.) *Tax and corporate governance*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, p. 49.

sino también los riesgos tributarios; lo que, de otro lado, debería facilitar a las Administraciones competentes la gestión de esos riesgos, discriminando entre empresas que colaboran y las que no, facilitando mayor información mediante la presentación voluntaria de anexos explicativos seguidos en la preparación de las declaraciones tributarias, etc.

En cuanto a lo primero, el planteamiento del Código de buenas prácticas, al pretender que los Consejos de administración estén informados de las políticas tributarias de la empresa, en especial antes de formular las cuentas anuales y de presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades, y debatan el tratamiento fiscal de las operaciones en que dicho aspecto sea de especial relevancia¹⁴, resulta por completo acertado y conforme a los principios del gobierno corporativo. Porque es cierto que los gestores pueden estar interesados en maximizar el resultado empresarial, aceptando riesgos fiscales que no asumirían los administradores, de modo que para que éstos puedan ejercer las responsabilidades que les incumben, las decisiones esenciales sobre la fiscalidad de la empresa deberían atribuirse a los Consejos u órganos de administración¹⁵.

Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto, resulta cuestionable que la adopción, o no, de esas buenas prácticas pueda tener consecuencias por vía de hecho que las leyes no prevén; por ejemplo, al incidir en la determinación del perfil de riesgo de los contribuyentes, que la Administración emplea para la elaboración de sus planes de control tributario¹⁶, o en los efectos que se atribuyen a los sistemas de cumplimiento normativo en materia tributaria como el de la Norma UNE 19602 de Sistemas de gestión de *compliance* tributario.

En ese mismo sentido, no pueden valorarse positivamente las pretensiones del repetido Código de buenas prácticas de introducir nuevos elementos – al margen de los legalmente establecidos – para la valoración de la diligencia, culpa o dolo a efectos sancionadores, o de incorporar novedades en la práctica de los procedimientos de inspección. Porque en esos aspectos existen regulaciones legales y reglamentarias que es imprescindible respetar y que no pueden siquiera verse modulados en virtud de la asunción, o no, de “buenas prácticas” que, si se consideran deseables, más allá de su proclamación “blanda” deberían tener el correspondiente reflejo legal.

No obstante, debe reconocerse que parece este un camino sin retorno, sobre todo si se tiene en cuenta que la UE ha establecido programas de cumplimiento cooperativo voluntario para empresas multinacionales, que operan como instrumentos de “soft law”, estableciendo un enfoque común para el análisis de riesgos fiscales por las administra-

¹⁴ AEAT, Agencia estatal de Administración Tributaria, *Código de buenas prácticas tributarias para grandes empresas*, 2010, documento electrónico accesible en http://www.aeat.es/wps/portal/DetalleContenido?url=Le+interesa+conocer/Código+de+Buenas+Prácticas+Tributarias+para+Grandes+Empresas&content=091f20c4cfd9210VgnVCM1000004ef01e0aRCRD&channel=f6567bd5bb924210VgnVCM1000004ef01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idioma=es_ES&menu=0&img=0 (acceso 18 de septiembre de 2010), p. 4-5.

¹⁵ SCHÖN, W. “Tax and corporate governance: a legal approach”, en SCHÖN, W. (ed.) *Tax and corporate governance*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, p. 49.

¹⁶ Como parece deducirse de las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2022, aprobadas por Resolución de 26 de enero de 2022, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

ciones tributarias, prescindiendo de que la imposición directa sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros¹⁷.

3. El recurso al “soft law” en el ámbito de la Unión Europea

Por su parte, el empleo en el ámbito de la UE de los instrumentos del “derecho blando” se ha venido extendiendo desde que, en la segunda mitad de los años noventa, la lucha contra la competencia fiscal perniciosa adquirió un carácter de urgencia que daría lugar, en ausencia de otros remedios, a la utilización decidida del “soft law”. En este sentido, la preocupación de la OCDE y de la Unión Europea por los riesgos derivados de la competencia fiscal cristalizó en el momento en que, tras la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre un Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea (COM/97/0564 final), el Consejo ECOFIN, en su reunión del 1 de diciembre de 1997, adoptó una Resolución relativa al Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas (DOCE 98/C 2/01)¹⁸, a la que seguiría la publicación del conocido Informe de la OCDE *Harmful tax competition. An emerging global issue*, consecuencia de los trabajos iniciados tras la solicitud de los Ministros en su reunión de mayo de 1996¹⁹.

Prescindiendo de otras cuestiones²⁰, lo que interesa señalar es que ambas iniciativas, aun compartiendo en cierta medida sus objetivos y plasmando en instrumentos de “soft law”, tienen un significado muy diverso desde la perspectiva que aquí interesa, tanto en lo que se refiere a su contenido y funciones, como en lo que afecta a su inserción en el ordenamiento jurídico del que forman parte.

En cuanto a lo primero, si la adopción de medidas contra la competencia fiscal lesiva en el ámbito de la OCDE suscita pocas dudas, ya que resulta perfectamente coherente con las finalidades de dicha organización, no puede decirse lo mismo cuando nos referimos al ámbito comunitario europeo. Porque la OCDE puede aconsejar, sin entrar en contradicción o conflicto con sus reglas institucionales, que los Estados combatan la competencia fiscal lesiva adoptando medidas anti-abuso tales como las relativas a la transparencia fiscal internacional, a instituciones de inversión colectiva extranjeras, a la inaplicación del método de exención para las rentas de fuente extranjera que se hayan beneficiado de prácticas constitutivas de competencia fiscal lesiva, etc. Por contra, en el ámbito de las Comunidades Europeas, la aplicación de medidas contra la competencia fiscal es en sí misma problemática, ya que su justificación no resulta sencilla en el ámbito de una organización que desde su Tratado fundacional ha querido constituirse como

¹⁷ CALDERON, J. M. y QUINTAS, A. “El programa europeo de cumplimiento cooperativo para grandes empresas multinacionales (ETACA)”, en *Revista de Contabilidad y Tributación CEF* n. 476, 2022, p. 57.

¹⁸ Puede verse la información relativa a los trabajos de la UE en esta materia en http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm; acceso 22 de marzo de 2010.

¹⁹ La información y documentos relativos a los trabajos de la OCDE, incluyendo el Informe citado, pueden localizarse en la página de Internet de la OCDE, en el sitio http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_33745_1_1_1_1,00.html; acceso 22 de marzo de 2010.

²⁰ ZORNOZA PÉREZ, J. “Las normas antiabuso frente a la competencia fiscal en el marco comunitario”, en CHICO DE LA CÁMARA, P. (dir.) *Repercusiones tributarias de la ampliación de la Unión Europea*, IEF, Madrid, 2010.

un “espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” (artículo 26.2 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE en lo sucesivo).

A este respecto, dado que el TFUE pretende garantizar la competencia entre agentes económicos que actúan libremente en el marco del mercado común, parece lógico plantearse por qué la competencia entre agentes económicos es deseable a esos efectos y no lo es la competencia entre los Estados en materia fiscal. Y la respuesta no es obvia, porque no existen razones completamente convincentes para que la competencia no se aplique también a las políticas fiscales, ya que las diferencias entre los sistemas tributarios de los Estados miembros “no tienen un impacto negativo, sino más bien estimulan el ejercicio de hecho de las libertades fundamentales”²¹. Precisamente por ello, las medidas de competencia fiscal no pueden considerarse prohibidas con carácter general, porque ello podría resultar contrario en ocasiones al entendimiento que el TJUE ha mantenido respecto al significado de las libertades comunitarias; y la armonización no puede ser el remedio contra la competencia fiscal, ya que las competencias armonizadoras se otorgaron a las instituciones comunitarias – no precisamente en el ámbito de la imposición directa – para maximizar las libertades económicas de los ciudadanos europeos y no para proporcionar seguridad a los presupuestos de ingresos de los Estados miembros.

De ahí que, por lo que toca a la segunda cuestión planteada, no deba extrañar que la lucha contra la competencia fiscal perniciosa o lesiva se desarrollara por parte de las instituciones europeas a través de instrumentos de “soft law”, como el Código de Conducta, que se presentan como tales de manera expresa, enfatizando en su Preámbulo que “es un compromiso político y no afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros a las respectivas esferas de competencia de los Estados miembros y de la Comunidad que resultan del Tratado”. Porque la adopción de ese enfoque “blando” permite a la Comisión Europea intervenir en la regulación de una materia respecto a la que no está segura de disponer de competencias sin que a ello hayan de oponerse unos Estados miembros que sólo asumen compromisos flexibles, conservando íntegramente sus competencias tributarias dado que el Código sólo incide de manera muy limitada en sus sistemas tributarios²². En efecto, la experiencia demuestra que procediendo “suavemente” donde las aproximaciones duras habían fallado, el Código de Conducta ha cosechado un acuerdo de principio para la coordinación de la imposición empresarial en el ámbito comunitario²³; de modo que el empleo en este caso del “soft law” es, en parte, una respuesta a la inercia institucional existente en ese ámbito y, también en parte, un intento de rodear o eludir las dificultades para alcanzar un acuerdo político unánime en torno a la armonización de la imposición sobre el beneficio empresarial²⁴.

²¹ STEICHEN, A. “Tax competition in Europe or the taming of Leviathan”, en SCHÖN, W. (ed.) *Tax competition in Europe*, Kluwer, Amsterdam, 2003, p. 45, 69 y 81.

²² MARTIN JIMENEZ, A. J. *Towards corporate tax harmonization in the EU*, Kluwer, Londres, 1999, p. 320-321.

²³ BRATTON, W. Y McCAHERY, J. A. (2001) “Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on Business Taxation”, en *Common Market Law Review* vol. 38, n. 3, 2001, p. 685.

²⁴ GRIBNAU, H. “Soft law and taxation: EU and international aspects”, en *Legisprudence* vol. II, n. 2, 2008, documento electrónico accesible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93590>, p. 93.

En definitiva, sin desconocer que es la aquiescencia de los Estados miembros la que permite este empleo de instrumentos “blandos” por parte de las instituciones europeas, pues no en vano el Código de Conducta fue adoptado mediante una Resolución conjunta del Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, a su través la Comisión y el Consejo alcanzan objetivos que no podrían alcanzar utilizando los procedimientos normativos ordinarios. Y no sólo eso, sino que lo que inicialmente fueron regulaciones “blandas” se terminan convirtiendo en derecho “duro”, aunque sea por procedimientos no regulares, al margen de los previstos en el Tratado y, por decirlo en términos gráficos, por la puerta de atrás²⁵. Eso es precisamente lo que ha ocurrido con el Código de Conducta que, como hemos dicho se presenta como un instrumento típico del “soft law”, pero termina por adquirir valor jurídico vinculante, ya que los trabajos del Grupo del Código de Conducta, presentados al Consejo ECOFIN el 29 de noviembre de 1999, que plasmaron en el denominado “Informe Primarolo” (SN 4901/99) se han terminado presentando a los Estados de la ampliación en 2004 y 2007 como parte del acervo comunitario²⁶, dotándoles así de un carácter obligatorio para dichos Estados²⁷ que encaja mal con el carácter “blando”, de puro compromiso político, que inicialmente se le quiso dar.

Por ello, sin desconocer la funcionalidad que el “soft law” ofrece en el ámbito del ordenamiento de la UE, debe destacarse que su empleo no carece de riesgos, por cuanto permite que la Comisión y el Consejo realicen actuaciones que van más allá de las competencias que tienen atribuidas, extendiendo el ámbito de la intervención de la UE. Junto a ello, el recurso a estos instrumentos habilita un proceso de toma de decisiones al margen de los procedimientos normativos ordinarios, dado que se trata de adoptar disposiciones “blandas” que, no obstante, el paso del tiempo y su asunción en la práctica por los Estados miembros pueden terminar por convalidar, convirtiendo en derecho “duro” – esto es, en derecho en sentido estricto – reglas surgidas al margen del sistema de producción normativa de la UE.

De hecho, buena parte de esas medidas anticipadas mediante instrumentos de “soft law”, han terminado incorporándose a posteriori al ordenamiento tributario de la UE, a través por ejemplo de la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, modificada luego por la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, que incorporó medidas – como un *exit tax*, una regla CFC, etc. – que resultan muy discutibles desde la perspectiva de la realización del mercado interior, a la vista de la jurisprudencia del TJUE en casos como *de Lasteyrie du Saillant* (C-9/02) y *Cadbury Schweppes* (C-196/04), relativos precisamente a las dos reglas citadas. En este sentido, el em-

²⁵ MARTIN JIMENEZ, A. J. *Towards corporate tax harmonization in the EU*, Kluwer, Londres, 1999, p. 301-302.

²⁶ Para comprobarlo basta con acceder a la información de la Comisión Europea, que puede verse en el sitio de Internet http://europa.eu/legislation_summaries/taxation/index_es.htm (acceso el 23 de marzo de 2010), donde se advierte que algunos de los nuevos Estados miembros (Hungria, Letonia, Lituania, República Checa o Bulgaria) deben “suprimir las medidas fiscales potencialmente perjudiciales y ajustarse, en el momento de la adhesión, al Código de conducta en lo relativo a la fiscalidad de las empresas”, lo que resulta extraordinariamente significativo.

²⁷ GRIBNAU, H. “Soft law and taxation: EU and international aspects”, en *Legisprudence* vol. II, n. 2, 2008, documento electrónico accesible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93590>, p. 685.

pleo del “soft law” avanza criterios y prepara el terreno para la posterior adopción de normas armonizadoras cuya justificación no es clara y que privilegian la protección del interés fiscal de los Estados miembros ante las prácticas de planificación fiscal agresiva, aunque sea a costa de sacrificar la realización del mercado interior²⁸.

Junto a ello, el “soft law” ha sido reconocido también a los efectos interpretativos, por la jurisprudencia del TJUE, que en las Sentencias de 26 de febrero de 2019²⁹, ha afirmado la pertinencia de interpretar el concepto de “beneficiario efectivo” empleado en la Directiva de intereses y cánones (Directiva 2003/49) a la vista del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE en adelante) y sus Comentarios (CMCOCDE en lo sucesivo), porque las disposiciones de la Directiva se habrían inspirado en el CMOCDE y persiguen sus mismos objetivos. Más allá del evidente efecto expansivo de que se dota, de ese modo, al evanescente concepto de beneficiario efectivo en la citada jurisprudencia, lo que interesa destacar es que el TJUE ha perdido de vista que existen diferencias entre el enfoque de la OCDE y el del derecho de la UE que impiden utilizar en uno de esos ámbitos, sin mayores matices, los conceptos e interpretaciones desarrollados en el otro. En este sentido, tanto en el MCOCDE, como en los CDIs que lo siguen, la regla del beneficiario no es una norma *anti-treaty shopping* de alcance general, sino simplemente una regla de alcance limitado, como ha reconocido la propia OCDE³⁰, por lo que genera muchas dudas su aplicación como regla contra el abuso de Directivas, máxime cuando en la Directiva matrices filiales (2003/123), en que no está expresamente recogida, se pretende conectar con un pretendido principio general anti-abuso del que sería una derivación lógica.

Resulta llamativo que el TJUE, que entiende pertinente acudir a los CMCOCDE, no haya después explicado cómo incide la interpretación que en ellos se mantiene respecto al caso concreto, ni tampoco porqué ha de acudirse a la versión más moderna de los Comentarios de la OCDE para interpretar una Directiva que se propuso en 1998 y se adoptó en 2003. Del mismo modo, el análisis del TJUE parece altamente contaminado por su vinculación con el principio general antiabuso, que conduce a otorgar a la regla del beneficiario efectivo un alcance que nunca ha tenido y que, por cierto, el TJUE se niega a precisar, remitiendo la cuestión al Tribunal de instancia³¹. Por decirlo de otro modo, dicha contaminación introduce un sesgo notable en el concepto de beneficiario efectivo, que tiene un significado y efectos diversos que las cláusulas generales antiabuso y pretende atajar comportamientos distintos, ya que aquel concepto exige identificar los

²⁸ BÁEZ MORENO, A. y ZORNOZA PÉREZ, J. “The general anti-abuse rule of the anti-tax avoidance directive”, en Almadí Cid, J. M., Ferreras Gutiérrez, J. A. y Hernández González-Barreda, P. *Combating tax avoidance in the EU: armonization and cooperation in direct taxation*, 2019, p. 115-116.

²⁹ Sentencias de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 (relativos al pago de intereses) y asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 (relativos al pago de dividendos), apartados 90 y ss.

³⁰ CALDERON, J. M. y RIBEIRO, J. S. The complex situation of intermediary holding companies in the EU after the CJEU landmark decisions on the “Danish cases”, en *UNIO – EU Law Journal* vol. 6, n. 1, January 2020, p. 75.

³¹ HASLEHNER, W y KOFLER, G. K. “Three observations on the Danish beneficial ownership cases”, en *Kluwer International Tax Blog*, March 13, 2019, accessible en <https://kluwertaxblog.com/2019/03/13/three-observations-on-the-danish-beneficial-ownership-cases/>.

pagos recibidos y realizados y su conexión, para concluir eventualmente que quien legalmente recibe los pagos no es su auténtico beneficiario, mientras que la cláusula general antiabuso demanda, además de un elemento objetivo, consistente en que se burle la finalidad de la norma aplicable, un elemento subjetivo que es inexistente en la regla del beneficiario efectivo³².

Por ello, hubiera sido preferible atender a las conclusiones de la Abogado general Juliane Kokott, en que indicaba que conforme a la jurisprudencia previa del TJUE³³, los CMCOE no pueden tener un efecto directo sobre la interpretación de una Directiva de la UE, aun cuando la terminología utilizada sea idéntica, debido a que los CMCOE son meras recomendaciones que reflejan la opinión de las Administraciones tributarias, pero no la de los legisladores nacionales ni del legislador de la UE. Junto a ello, se hubiera debido tener en cuenta que, debido a la diferente función de la regla del beneficiario efectivo en los CDIs y en el derecho de la UE, hubiera sido preferible mantener una interpretación autónoma respecto a la de los CMCOE, lo que hubiera permitido, además, huir del innecesario y perturbador debate sobre el carácter estático o dinámico de la interpretación derivada de los CMCOE, a que nos referiremos a continuación.

4. El empleo del “soft law” a efectos pretendidamente interpretativos: el ejemplo del Modelo de Convenio de la OCDE y sus Comentarios

Como hemos anticipado, una de las más reconocidas funcionalidades de los instrumentos del “soft law” en el Derecho Internacional consiste en proporcionar reglas detalladas y estándares técnicos necesarios para la aplicación de los Tratados y para su interpretación autorizada. Esa es la función que cumplen respecto a los Convenios para evitar la doble imposición (CDIs en adelante) los denominados modelos de Convenio y, en particular, las sucesivas versiones del MCOE, así como los CMCOE que elabora el Comité de Asuntos Fiscales de dicha organización, no sin que su empleo resulte polémico desde la perspectiva de la legalidad que aquí interesa.

Pese a que las discusiones respecto al valor que debe concederse tanto al MCOE como los Comentarios al mismo no pueden darse por cerradas³⁴, pocas dudas cabe de que nos encontramos ante típicos productos del “soft law”, dada la coincidencia general en que carecen de efectos legalmente vinculantes³⁵. En este sentido, conviene recordar que la adopción de los sucesivos MCOE se ha producido siempre bajo la forma de recomendaciones, al amparo del artículo 5 (b) de su Tratado constitutivo, de 14 de diciembre de 1960, en lugar de bajo la forma de decisiones que, conforme al apartado (a) de ese mismo artículo 5, son legalmente vinculantes en todos los países miembros, salvo que se establezca otra cosa. Porque el hecho de que se eligiera la recomendación es indi-

³² MARTIN JIMENEZ, A. J. “Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y ‘sentencias danesas’ del TJUE: como integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso Colgate)”, en *Revista de Contabilidad y Tributación CEF* n. 452, 2020, p. 91-92.

³³ Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2006, Margaretha Bouanich contra Skatteverket, asunto C-265/04.

³⁴ DOUMA, S. y ENGELEN, F. “General introduction”, en *Ibidem The legal status of the OECD commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2008, p. 2-3.

³⁵ NAVARRO, A. International tax soft law instruments: the futility of the static v. dynamic interpretation debate, en *Intertax* vol. 48, 2020, Issue 10, p. 848.

cativo de que nos encontramos ante disposiciones que no son legalmente vinculantes, pese a que no carezcan de relevancia práctica³⁶; esto es, ante disposiciones que reúnen las características propias del “soft law”.

No obstante, tanto el valor del MCOCDE como de los Comentarios al mismo se ven en cierto modo oscurecidos porque la OCDE, al adoptarlos, enfatiza que como resultado de la recomendación del Consejo, los países miembros, al celebrar o revisar sus CDI bilaterales “deberán ajustarse a este Modelo de Convenio, tal como lo interpretan los Comentarios al mismo y teniendo en cuenta las reservas que comprende, y sus autoridades fiscales al aplicar e interpretar las disposiciones de los respectivos convenios tributarios bilaterales basados en el Modelo de Convenio, deberán seguir dichos Comentarios, tal como resulten de sus modificaciones periódicas y sujetos a sus respectivas observaciones”³⁷⁻³⁸. Y es que al sugerir la existencia de un deber de adecuarse al Modelo y a lo previsto en sus Comentarios, se genera una cierta confusión sobre el valor que se les quiere atribuir; una confusión que se incrementa a la vista de otras declaraciones incluidas en la presentación al MCOCDE y sus Comentarios, para resaltar su valor jurídico práctico. En efecto, la confusión sobre el valor del Modelo y sus comentarios es natural a la vista de las declaraciones relativas a su gran utilidad en la interpretación y aplicación de los CDI, de su cita en las decisiones de los Tribunales de la mayor parte de los países miembros, en que juegan a veces un papel clave o, por fin, por los términos en que se afirma la pertinencia de una interpretación ambulatoria o dinámica, de acuerdo con la cual las reformas de los artículos del MCOCDE y la modificación de los Comentarios podrían producir efectos en la interpretación de CDI concluidos con anterioridad, salvo que tales reformas hayan sido substanciales, por cuanto “responden al consenso de los países miembros de la OCDE en cuanto a la interpretación correcta de las disposiciones existentes y su aplicación a determinados supuestos”³⁹.

Que el MCOCDE y sus Comentarios carecen de valor vinculante y, en consecuencia, su aplicación no debería producirse en ningún caso contraviniendo lo dispuesto en un CDI en vigor, debería ser evidente, dado que se trata de recomendaciones de una organización internacional y, en cuanto tales, no son legalmente obligatorios, ya que únicamente comprometen a los Estados a examinar de buena fe si su aplicación es oportuna, lo que obviamente no ocurrirá cuando la recomendación – esto es, el Modelo o sus Comentarios – entren en conflicto con un CDI existente⁴⁰. Ahora bien, pese a ello, carecería de sentido ignorar que, tal y como es propio de los instrumentos del “soft law”,

³⁶ BLOKKER, N. “Skating on thin ice? On the law of international organizations and the legal nature of the commentaries on the OECD Model Tax Convention”, en DOUMA, S. y ENGELLEN, F. *The legal status of the OECD Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2008, p. 15-17.

³⁷ OECD, *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, edición electrónica accesible en https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, p. 13.

³⁸ Empleamos la traducción no oficial OECD (2019), Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017, OECD Publishing, Paris/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, edición electrónica accesible en <https://doi.org/10.1787/765324dd-es>.

³⁹ OECD, *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, edición electrónica accesible en https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, p. 23-24.

⁴⁰ VOGEL, K. “The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, diciembre 2000, p. 614.

tanto el MCOCDE como los Comentarios al mismo producen efectos relevantes en la práctica, ya que – con fórmulas diversas y fundamentos variados – es habitual que se les reconozca un gran valor a efectos de la interpretación de los concretos CDI, tal y como ocurre en el caso español, en que tanto los Tribunales Económico-Administrativos, como la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han ido de manera progresiva otorgando al Modelo y a sus Comentarios un valor decisivo⁴¹.

Sin pretender negar, en modo alguno, la utilidad de las interpretaciones que plasman en los Comentarios al MCOCDE, la pretensión de convertirlas en obligatorias para los Tribunales internos, cuando deciden sobre casos en que resulta aplicable un CDI, es jurídicamente inadmisibile. Para empezar, porque dichos Comentarios no vinculan a los contribuyentes y sus asesores, ni tampoco a los Tribunales de justicia, que actúan con sometimiento pleno a la ley y al derecho, por lo que se encuentran obligados por los Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico, pero no por las recomendaciones de organismos internacionales⁴². Junto a ello, porque no puede presumirse que los países miembros de la OCDE introducen siempre reservas u observaciones a los Comentarios cuando están en desacuerdo con su contenido; de manera que el silencio o la ausencia de reservas a los Comentarios no puede entenderse como equivalente a la conformidad con su contenido⁴³. Y no cabe alegar, de contrario, que los principios de aquiescencia y estoppel, tal y como se formulan en el Derecho Internacional, exigirían a los Estados una obligación de hablar o actuar en el curso de la negociación cuando no deseen seguir los Comentarios⁴⁴; porque como muestra la jurisprudencia internacional al respecto, debe existir una clara y consistente aceptación por parte de un Estado para que pueda presumirse su aquiescencia en sentido técnico a una determinada interpretación o práctica, lo que obviamente no ocurre cuando simplemente se guarda silencio con motivo de la discusión multilateral del Modelo o sus Comentarios en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE⁴⁵. Además, debe tenerse en cuenta que los trabajos preparatorios de los CDI no se conocen normalmente, por lo que sería presuntuoso entender que la inexistencia de reservas se debe al silencio de los Estados contratantes sobre un determinado extremo, que sería signo de su aquiescencia o acuerdo con una de-

⁴¹ DELGADO PACHECO, A. "Valor en el derecho tributario internacional del modelo de convenio de la OCDE, de los comentarios al mismo y de las reservas u observaciones de cada Estado; el caso español", en ARRIETA/COLLADO/ZORNOZA (dirs.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria* vol. I, Aranzadi, Cizur Menor 2010, p. 418 ss.

⁴² VOGEL, K. "The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation", en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, diciembre 2000, p. 614 y VAN BRUNSCHOT, F. "The Judiciary and the OECD model tax convention and its commentaries", en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, enero 2005, p. 7.

⁴³ WARD, D. A. "Is there an Obligation in International Law of OECD Member Countries to follow the Commentaries on the Model?", en DOUMA, S. y ENGELEN, F. *The legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Amsterdam 2008, p. 93.

⁴⁴ ENGELEN, F. "How 'aquiescence' and 'estoppel' can operate to the effect that the States parties to a tax treaty are legally bound to interpret the Treaty in accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention", en DOUMA, S. y ENGELEN, F. *The legal status of the OECD Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2008, p. 62.

⁴⁵ WARD, D. A. "Is there an obligation in international law of OECD member countries to follow the commentaries on the model?", en DOUMA, S. y ENGELEN, F. *The legal status of the OECD commentaries*, IBFD, Amsterdam 2008, p. 87.

terminada interpretación, empleando una argumentación *a contrario* que no tiene cabida en el Derecho Tributario Internacional⁴⁶. Ello al margen de que la formulación de reservas carece de sentido respecto a simples recomendaciones como son las contenidas en el MCODE y sus Comentarios, pues de acuerdo con el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena de 1969, las reservas son declaraciones unilaterales realizadas respecto a los Tratados, para excluir o modificar los efectos jurídicos de algunas de sus disposiciones y que no tienen sentido respecto a simples recomendaciones carentes de efectos jurídicos vinculantes.

En todo caso, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España ha tendido a sobrevalorar los Comentarios al MCOCDE, que califica “*como elemento interpretativo auténtico y necesario*”, aunque carezca del valor normativo preciso para que su infracción pudiera fundar el recurso de casación (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2002, RJ. 2002\7724). Y ello hasta el punto de que en la Sentencia de 11 de junio de 2008 (RJ. 2008\4568), que por ello ha merecido la crítica generalizada de la doctrina⁴⁷, se da un paso más, reconociendo no sólo la vigencia interpretativa de los Comentarios⁴⁸, incluso respecto a CDI anteriores a su publicación, sino la posibilidad de aplicar cláusulas incorporadas a un Modelo posterior al CDI directamente aplicable, atendiendo a la interpretación realizada en los Comentarios a dicho Modelo.

Es cierto que tanto la citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 2008, como la posterior de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010, resuelven la cuestión que se les planteaban en términos que suponen un cierto avance respecto a la jurisprudencia anterior⁴⁹, al menos en cuanto al significado de la interpretación ambulatoria. Sin embargo, incluso aunque sea *obiter dicta* y sin incidencia directa en un fallo que parece fruto del más puro decisionismo, en ellas se realizan algunas afirmaciones respecto al valor del MCOCDE y sus Comentarios que no pueden pasar sin comentario,

⁴⁶ WARD, D. A. “Is there an obligation in international law of OECD member countries to follow the commentaries on the model?”, en DOUMA, S. y ENGELEN, F. *The legal status of the OECD commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2008, p. 76.

⁴⁷ GARCÍA PRATS, 2009, p. 30 y 35; DELGADO PACHECO, A. “Valor en el derecho tributario internacional del modelo de convenio de la OCDE, de los comentarios al mismo y de las reservas u observaciones de cada Estado; el caso español”, en ARRIETA/COLLADO/ZORNOZA (dirs.) *Tratado sobre la Ley General Tributaria* vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 420 ss.; con matices BÁEZ MORENO, A. “El enfoque look-through en la tributación internacional de artistas y deportistas y el ámbito objetivo del artículo 17 del MCOCDE. Algunos apuntes a la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010”, en *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y del Entrenamiento* n. 29, 2010, p. 320-321.

⁴⁸ Que la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009 ha corroborado, afirmando que “los Comentarios a los Modelos de Convenios de la OCDE, sin poseer fuerza normativa, si desempeñan un papel principalísimo para la delimitación de los significados de los conceptos y términos utilizados en los distintos Convenios de Doble Imposición, en tanto que no siendo legalmente vinculantes, no forman parte de los Convenios, las cláusulas de estos se conforman de acuerdo con los postulados de los Modelos de Convenio. Por ello, deben considerarse como algo más que una simple prueba de que se está en la interpretación correcta para resolver alguna duda o ambigüedad, en tanto que formando parte del contexto en el que se formulan las normas de los Convenios, aporta gran seguridad jurídica acudir a los mismos para delimitar el sentido de determinados conceptos o términos”.

⁴⁹ BÁEZ MORENO, A. “El enfoque look-through en la tributación internacional de artistas y deportistas y el ámbito objetivo del artículo 17 del MCOCDE. Algunos apuntes a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010”, en *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y del Entrenamiento* n. 29, 2010, p. 316-317.

por lo que representan respecto al valor de estas disposiciones de “soft law” en materia tributaria.

En este sentido, se incurre en una seria incorrección técnica cuando se pretende justificar el empleo de los Comentarios al MCOCDE apelando al artículo 31.2 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, por considerar que constituyen el contexto de los CDI. Para empezar, porque los Comentarios no se refieren a los concretos CDIs aplicables, sino a los MCOCDE, respecto a los que pueden existir en cada caso diferencias significativas, como ocurría en los supuestos considerados, en que los Comentarios en absoluto pueden considerarse contexto de los CDI aplicables. Además, junto a ello, el contexto se refiere desde la perspectiva temporal al momento de la celebración del tratado, por lo que debería resultar evidente que unos Comentarios relativos a un MCOCDE posterior al CDI aplicable nunca pueden considerarse su contexto ni, en consecuencia, concederles el valor interpretativo que la jurisprudencia citada les otorga⁵⁰.

Con todo, lo peor es que en las citadas sentencias todavía son perceptibles los restos de un incorrecto entendimiento de la llamada interpretación ambulatoria o dinámica, mantenida por nuestros Tribunales Económico-Administrativos⁵¹, visibles cuando en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008 se admite sin reparos la interpretación dinámica de los CDI, afirmando que “el art. 18 del Convenio Hispano-Holandés debe pues, ser interpretado a la luz de los comentarios del Comité Fiscal de la OCDE en relación con el Modelo de Convenio vigente en la actualidad”.

Con independencia de que resulta jurídicamente inadmisibles otorgar a los Comentarios al MCOCDE un valor jurídico vinculante con el pobre apoyo de las manifestaciones del Comité de Asuntos Fiscales, que es precisamente el autor de tales Comentarios y que carece de competencia para decidir sobre la interpretación de los preceptos de los CDI aplicable, ya que su competencia se extiende sólo a la interpretación de los Modelos a través de los Comentarios⁵²; las afirmaciones transcritas pueden amparar la pretensión de considerar que la interpretación ambulatoria o dinámica permite aplicar cláusulas previstas en los nuevos Modelos a CDIs aprobados con anterioridad y que no las incorporaron, con el simple apoyo de los Comentarios.

Dicha pretensión es inadmisibles, por múltiples razones que expondremos de forma sucinta; a saber:

- 1) Para empezar, porque supondría una infracción del Tratado constitutivo de la OCDE que a través de los Comentarios se pretendiera convertir en obligatorias

⁵⁰ WARD, D. A. “The role of the commentaries on the OECD model in the tax treaty interpretation process”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, marzo 2006, p. 99 y 2008, p. 85 y BÁEZ MORENO, A. “El enfoque look-through en la tributación internacional de artistas y deportistas y el ámbito objetivo del artículo 17 del MCOCDE. Algunos apuntes a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010”, en *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y del Entretenimiento* n. 29, 2010, p. 315-316.

⁵¹ Vid. las Resoluciones del TEAC de 8 de septiembre de 2000 (JT 2000/1847) y de 22 de junio de 2001 (JT 2002/565), a que se refiere BÁEZ MORENO 2010, p. 316-317.

⁵² ENGELEN, F. “How ‘Aquiescence’ and ‘estoppel’ can operate to the effect that the States Parties to a Tax Treaty are legally bound to interpret the Treaty in accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention”, en DOUMA, S. y ENGELEN, F. *The legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Amsterdam, 2008, p. 67-68.

- las cláusulas de un Modelo que según su artículo 5 (b) constituye una simple recomendación que no tiene carácter obligatorio para los Estados.
- 2) Junto a ello, en términos de pura lógica jurídica, lo dicho en unos Comentarios que constituyen una simple recomendación, carente de fuerza obligatoria, no puede servir de fundamento para afirmar el carácter jurídicamente vinculante de una determinada interpretación en ellos contenida.
 - 3) De otro lado, pretender que los representantes de las Administraciones estatales, reunidos en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, pueden a través de la modificación de los Modelos y sus Comentarios incidir sobre el contenido y significado de los CDI existentes resulta contrario a las más elementales reglas sobre la creación de normas. En efecto, los Modelos y sus Comentarios son acuerdos entre Administraciones, elaborados al margen del procedimiento de aprobación de los Tratados internacionales, por lo que no son Tratados de carácter multilateral⁵³ y mucho menos puede admitirse que incidan sobre CDI vigentes.
 - 4) Es más, los Modelos y sus Comentarios son recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la OCDE y, por ello, no vinculan a los contribuyentes y sus asesores, dado que por la composición del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, evidencian un enfoque marcadamente administrativo al privilegiar la visión que de las diferentes cuestiones abordadas se tiene desde las Administraciones de los Estados miembros de la organización internacional, desatendiendo en cierto modo los intereses y derechos de los contribuyentes⁵⁴.
 - 5) Por razones estrictamente técnicas, dichos instrumentos –que no se publican en los diarios oficiales – tampoco pueden vincular a los Tribunales de justicia, que actúan con sometimiento pleno a la ley y al derecho, por lo que se encuentran obligados por los Tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico, pero no por las recomendaciones de organismos internacionales⁵⁵, que no forman parte del sistema normativo del Derecho Tributario, por mucho que se les reconozca un cierto peso a efectos interpretativos.
 - 6) En el fondo, cuando se otorga tan desmesurado valor a los Modelos y sus Comentarios en la interpretación de los CDIs es desde una visión de estos como Tratados internacionales, que obligarían exclusivamente a los Estados; olvidando que ello puede ser cierto en el plano del ordenamiento internacional, pero no desde la perspectiva del derecho interno, en que los CDIs son normas que contribuyen a determinar el tratamiento tributario de las personas que realizan operaciones con conexiones internacionales⁵⁶ y no pueden ser modificados sino por los procedimientos constitucionalmente establecidos.

⁵³ VOGEL, K. “The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, diciembre 2000, p. 613.

⁵⁴ CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. “Globalización económica y poder tributario: ¿Hacia un nuevo derecho tributario?”, en *REDF Civitas* n. 114, 2002, p. 264.

⁵⁵ VOGEL, K. “The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, diciembre 2000, p. 614 y VAN BRUNSCHOT, F. “The Judiciary and the OECD model tax convention and its commentaries”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, enero 2005, p. 7.

⁵⁶ AVERY JONES, J. F. “The ‘one true meaning’ of a tax treaty”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, junio 2001, p. 222.

- 7) Por ello, permitir la aplicación de una cláusula no existente en el CDI relativo al caso, al amparo de una interpretación dinámica, por entender que su inclusión en un posterior MCOCDE lo hace posible, dado que los Comentarios así lo afirman, es jurídicamente inadmisibile, no sólo porque se estaría otorgando a disposiciones de derecho “blando” el valor de reglas jurídicas “duras”; sino porque, dando un paso más, se estaría permitiendo que esas disposiciones de “soft law” tuvieran – por vía de su efecto ambulatorio – una eficacia retroactiva que difícilmente se admitiría respecto a una regla jurídica del mismo contenido incorporada a la legislación interna, dados los límites a la retroactividad en materia tributaria que ha establecido la jurisprudencia constitucional.

Y conviene llamar la atención sobre este último punto, porque durante algunos años la argumentación desplegada por los Tribunales españoles, a partir de un entendimiento inexacto del significado de los CDI y de sus relaciones con los Modelos y Comentarios de la OCDE, termina por dar lugar a que el derecho “blando” no sólo produzca sus efectos, imponiéndose a las normas de un CDI en vigor, sino que lo haga en términos que no serían admisibles si se tratara simplemente de derecho, esto es, de reglas jurídicas consagradas en normas con rango de ley. Dicho con otras palabras, al aceptar las recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al pie de la letra se termina legislando por la puerta de atrás, mutando la naturaleza de unas disposiciones de “soft law” que terminan convertidas en auténticas “*back door rules*”, que no se someten a los procedimientos para su aprobación por los Parlamentos nacionales, tienen su origen en reuniones mantenidas por representantes de Estados miembros ante una organización internacional (generalmente, funcionarios de las diferentes Administraciones nacionales) y, por tanto, no gozan de la legitimidad, posibilidades de debate, publicidad y transparencia que ostentan las “fuentes normativas clásicas”⁵⁷.

Afortunadamente, al menos en España parece haberse producido una reacción en la jurisprudencia, que relativiza la fuerza de la llamada interpretación dinámica, minimizando el impacto que los CMCOE pueden tener en la interpretación de CDIs anteriores⁵⁸, al menos a partir del caso Colgate⁵⁹. Y en términos puramente conceptuales, tiene toda la lógica que dicha discusión pierda importancia, pues si se parte de que los CMCOE carecen de valor jurídicamente vinculante, la posterior discusión sobre su posible aplicación dinámica, para la interpretación de CDIs anteriores a la fecha de los Comentarios, pierde buena parte de su sentido. Porque resulta inútil discutir si una versión más reciente de un texto no vinculante debe, o no, prevalecer, sobre otra versión anterior, dado que ambas carecen de eficacia legalmente vinculante y, en consecuencia, solo serán atendibles en la medida que lo sean los argumentos que en ellas se emplean⁶⁰.

⁵⁷ CAAMAÑO ANIDO, M. A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. “Globalización económica y poder tributario: ¿Hacia un nuevo derecho tributario”, en *REDF Civitas* n. 114, 2002, p. 264.

⁵⁸ MARTIN JIMENEZ, A. J. “Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y ‘sentencias danesas’ del TJUE: como integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso Colgate)”, en *Revista de Contabilidad y Tributación CEF* n. 452, 2020, p. 113.

⁵⁹ Resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020 (Rec. 1996/2019).

⁶⁰ NAVARRO, A. International tax soft law instruments: the futility of the static v. dynamic interpretation debate, en *Intertax* vol. 48, 2020, Issue 10, p. 859.

Sin embargo, no puede prescindirse de que los CMCOEDE de 2017 siguen manteniendo su tesis tradicional, de que los CDIs existentes deben interpretarse “conforme al espíritu de los nuevos Comentarios”, aunque no recogieran sus términos precisos, salvo que los nuevos preceptos “difieran sustancialmente de los artículos revisados”⁶¹. Por ello, máxime tras la incorporación al MCOEDE de 2017 de los contenidos resultantes del Plan de acción BEPS y la entrada en vigor de la Convención Multilateral, los problemas y discusiones a que hemos hecho referencia se plantearán una y otra vez, debido a la utilidad del “soft law” para las administraciones tributarias, que mediante su empleo consolidan criterios de interpretación de las normas que aparecen revestidos de una autoridad de la que carecen en estrictos términos técnicos.

5. Conclusión

A la vista de lo dicho se comprenderá la preocupación que suscita la expansión de este tipo de instrumentos de “soft law”, que en el ámbito interno, comunitario e internacional produce, en la práctica, una subversión del sistema de producción normativa y, en consecuencia, una quiebra del imperio de la ley como regla básica del estado de derecho.

Obviamente resultaría estúpido desconocer la existencia e importancia de este tipo de instrumentos, que parecen corresponderse con una nueva forma de gobierno de los asuntos públicos en que las reglas legales jerárquicamente ordenadas pierden protagonismo frente a la búsqueda de acuerdos y consensos horizontales con los agentes afectados por las regulaciones de que se trate⁶². De unos acuerdos y consensos que sólo pueden formalizarse bajo formas de “soft law”, que aparece así como una categoría que permite salvar la incomodidad de considerar como “no derecho” toda una serie de instrumentos –recomendaciones, comunicaciones, códigos de conducta, etc. – que pese a no ser jurídicamente obligatorios producen efectos prácticos y son aceptados por sus destinatarios. Sin embargo, la creación de esa nueva categoría no sólo no resuelve los problemas existentes, sino que enturbia, si cabe, las relaciones entre los instrumentos propios de ese nuevo estilo de gobierno y las reglas jurídicas tradicionales con las que interactúan de forma poco clara.

Precisamente por eso, no puede dejar de advertirse que tales formas de gobierno “blando” tienen también sus riesgos, porque difuminan las responsabilidades y se muestran, en muchas ocasiones, inhábiles para la resolución de conflictos allí donde el acuerdo o el consenso no resultan posibles; cuando no generan, a su vez, nuevos conflictos derivados de su problemática relación con las normas jurídicas tradicionales. Por ello, partidario como soy de una concepción del Estado de derecho basada en el imperio de la ley, que contiene una suerte de exigencia de normativismo⁶³, me gustaría poder concluir proclamando, como se ha hecho de forma un tanto exagerada, que si el “soft law”

⁶¹ OECD, *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, edición electrónica accesible en https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, p. 24-25.

⁶² GRIBNAU, H. “Soft law and taxation: EU and international aspects”, en *Legisprudence* vol. II, n. 2, 2008, documento electrónico accesible en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=93590>, p. 85 ss.

⁶³ LAPORTA, F. J. *El imperio de la ley una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 84.

no es vinculante no es derecho en absoluto, sino sólo algo de potencial relevancia futura si a lo largo del tiempo se convierte en derecho consuetudinario o da lugar a obligaciones políticas, que no legales⁶⁴.

No obstante, tal conclusión resultaría ilusoria y desconocería la complejidad de los modernos sistemas jurídicos internacionales, también en materia tributaria, por lo que – cuando menos en estos momentos – quizás haya que reclamar un esfuerzo de reflexión sobre la problemática realidad que el “soft law” supone y sobre las vías más adecuadas para su conciliación con los principios del Estado de derecho, para evitar que las garantías y derechos que se asocian a los principios y reglas que regulan el ejercicio del poder tributario, la actuación administrativa en la aplicación de los tributos y su control jurisdiccional pueda ser sustituidos por la voluntad expresada por los órganos de determinadas Organizaciones internacionales que, por mucha que sea su importancia, no pueden “desplazar al legislador nacional y a la expresión constitucional de la voluntad estatal de vincularse internacionalmente (a través de los CDI) en la configuración de los elementos esenciales del tributo”⁶⁵.

⁶⁴ WARD, D. A. “The role of the commentaries on the OECD model in the tax treaty interpretation process”, en *Bulletin – Tax Treaty Monitor*, marzo 2006, p. 99.

⁶⁵ GARCÍA PRATS, 2009, p. 35.

Os Papéis da Lei Complementar Tributária no Desenho Federativo Brasileiro

Valter de Souza Lobato

Muito me honra o convite para participar desta bonita e mais do que merecida homenagem. Há 20 anos, Luís Eduardo Schoueri, enquanto Professor Titular da Universidade de São Paulo, em todo seu brilhantismo, ilumina o intelecto daqueles que têm e tiveram o privilégio de serem seus alunos. Gerações atuais e futuras de tributaristas não seriam as mesmas, não fossem as valiosas lições e a invejável didática do nosso homenageado.

Não é exagero algum afirmar que a voz de Schoueri é hoje uma das mais poderosas da doutrina tributária brasileira. Qualquer assunto que aborde, a obra do catedrático do Largo do São Francisco é referência, consistindo em leitura obrigatória para qualquer um que ouse se ativar no estudo do direito tributário. Tais qualidades, certamente, foram conquistadas com muito estudo e, especialmente, muita seriedade. Seriedade com o Direito. E devo testemunhar que presenciei o Professor Schoueri na sala de aula e o amor com que ele se dedica aos alunos; confesso que poucas vezes vi aquele olhar e confesso que nele me espelho.

Nesta singela contribuição em homenagem às duas décadas de titularidade do Professor, serão tratados os papéis da lei complementar tributária no desenho federativo brasileiro. A escolha não se dá por mero acaso: não são poucas as contribuições que a obra de Schoueri oferece sobre o tema, que estarão a iluminar este breve estudo.

1. Introdução

Durante muito tempo, discutiu-se quantas e quais seriam as funções da lei complementar tributária no desenho federativo brasileiro. A origem da discussão remonta à redação do art. 18, § 1º, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (ou Constituição de 1969, para alguns), que dispunha que “lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência nesta matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar”¹.

Para parte da doutrina, partidária do que se convencionou chamar de teoria dicotômica, a menção do dispositivo à edição de normas gerais de direito tributário possuía o seu sentido esvaziado, na medida em que a uma norma geral de direito tributário não poderia caber outra coisa, senão cumprir as funções de dispor sobre os conflitos de

¹ Alguns autores compreendem ainda que a primeira Constituição Republicana, de 1891, já previa, em seu art. 34, uma lei orgânica que exerceria funções similares às de uma lei complementar. Ver: BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*: coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1933. vol. 2, p. 477 e SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

competência e de regular as limitações constitucionais do poder de tributar. Estas duas últimas, portanto, seriam as únicas verdadeiras funções da lei complementar tributária – daí o “dicotômica”.

De outra sorte, os defensores da teoria tricotômica divisavam, na edição de normas gerais, uma terceira função autônoma da lei complementar tributária, i.e., que não seria absorvida pelas duas demais funções, por assim dizer.

Como bem observou Schoueri², hoje, com as disposições da Constituição de 1988 acerca do tema, a controvérsia parece resolvida: a teoria tricotômica é que foi abraçada pelo constituinte. É ver o que reza o art. 146, *caput* e incisos, da CR/1988:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.”

O arrolamento de funções da lei complementar tributária em três incisos revela inequivocamente a adoção da teoria tricotômica pelo constituinte. Vale dizer: a Constituição de 1988 acena para a existência de uma função de estabelecer normas gerais que não necessariamente se confunde com e nem se perde nas demais funções; não é à toa que a individualizou em um inciso próprio.

Não se ignora, contudo, que, conquanto a opção do constituinte de 1988 tenha sido pela teoria tricotômica, os papéis da lei complementar tributária não param por aí. Conforme a melhor doutrina – como é a de Schoueri³ – vem reconhecendo, os incisos do art. 146 revelam tão somente papéis *genéricos*. Haveria, ainda, o que se pode chamar de funções *tópicas* da lei complementar tributária. A atuação dessas funções consistiria em nada mais do que na observância das exigências de lei complementar elencadas pela Constituição. É assim que se pode, com Coêlho⁴, reunir essas funções tópicas num conjunto, que se apresentaria como um quarto papel da lei complementar tributária: o de fazer atuar certos ditames constitucionais⁵.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.i.

⁵ Schoueri (*Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019) exemplifica com o art. 148 (empréstimos compulsórios), com o art. 153, VII (imposto sobre grandes fortunas), e com o § 11 do art.

Todos esses quatro papéis são notadamente desempenhados pela Lei n. 5.712, de 1966 (Código Tributário Nacional) – a lei complementar tributária “por excelência”⁶. Em que pese tenha sido o referido diploma baixado como lei ordinária no ordenamento jurídico brasileiro, hoje já não se discute mais a sua recepção, pela Constituição de 1988, como lei complementar.

A seguir, passa-se a investigar cada um dos quatro papéis da lei complementar tributária com maior detalhamento, a começar pelo papel de estabelecer normas gerais em matéria de direito tributário. Contudo, ao final, como também próprio do homenageado, serão lançadas algumas provocações sobre um quinto papel que pode estar sendo atribuído à lei complementar pela reforma tributária (PEC 45). A provocação também faz parte da homenagem, na medida em que o homenageado, além de genial na doutrina, sempre gostou de lançar provocações e reflexões para manter a inquietude que é própria dos estudiosos.

2. Funções da lei complementar tributária

2.1. Funções genéricas

2.1.1. Estabelecer normas gerais

A função da lei complementar tributária de estabelecer normas gerais guarda íntima relação com o desenho federativo. É que as normas gerais, expressão do poder nacional que são, consistem em normas que conferem um mínimo de uniformização a um sistema descentralizado de poder político, ao mesmo tempo que respeitam a autonomia política de cada ente da federação. Cumpre esclarecer.

Coube a Kelsen teorizar sobre a coexistência de variadas ordens jurídicas num arranjo federativo. Para o mestre vienense, é possível divisar “um ordenamento parcial com validade para todo o território (‘parcial’ porque competente para apenas um âmbito parcial objetivo); e vários ordenamentos parciais com validade apenas para partes do território”⁷.

No caso brasileiro, os Estados e, peculiarmente, também os Municípios – ambos politicamente autônomos⁸ – organizam-se em ordenamento jurídico próprio, parcial, sendo que as leis que editam valem somente para os seus respectivos territórios. Pode-se dizer, com Barroso⁹, que Estados e Municípios titularizam o chamado *poder federado*.

Também a União se organiza em ordenamento jurídico parcial, mas com a diferença de que as leis por ela editadas (leis federais, editadas pelo Congresso Nacional) valem para todo o território nacional. Daí dizer-se que a União organiza-se em um ordena-

195 (limites dos débitos para os quais se admitirá a concessão de anistia ou remissão de determinadas contribuições sociais), que são instituídos ou permitidos por lei complementar.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 53.

⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, liberdade e direitos fundamentais. *REI – Revista Estudos Institucionais* vol. 4, n. 1, ago. 2018, p. 118-157, p. 127. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/266/215>. Acesso em: 01 jul. 2023.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* [recurso eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.i.

mento jurídico central, ou, noutro giro linguístico, que titulariza o chamado *poder federal*.

Há, ainda, um ordenamento que se apresenta como a “soma” dos demais. Este ordenamento, ao invés de parcial, é total, e funda-se em uma Constituição total (*Gesamtverfassung*). A ele corresponde o que se pode chamar de *poder nacional*. Também as leis emanadas deste ordenamento (leis nacionais) possuem, como âmbito de validade espacial, todo o território nacional, sem contar que elas são também editadas pelo Congresso Nacional.

Onde está, então, a diferença? A resposta, que esconde atrás de si a complexa questão da coexistência de ordens jurídicas, soa simples: a lei federal vincula apenas a União, ao passo que a lei nacional vincula todos os entes da Federação – daí o nome “norma geral”. Explicamos.

Por um lado, não se verifica qualquer relação de subordinação entre as ordens jurídicas parciais, senão de isonomia, não podendo uma ordem interferir na outra. Trata-se, na lição de Baleeiro, de “corolário lógico da descentralização dinâmica”¹⁰. Por isso que não é dado à União, cuja ordem é parcial, tratar de matérias que sejam de interesse ordinário de outro ente da Federação. É bastante elucidativo o exemplo que dá Schoueri:

“Assim, por exemplo, a legislação que trata da remuneração do funcionalismo público paulista não terá relevância para a relação entre o Estado de Minas Gerais e seus funcionários. Nesse sentido, a ordem jurídica (parcial) estadual paulista não se confunde com a ordem jurídica (parcial) mineira. Do mesmo modo, a legislação que versa sobre o funcionalismo público federal é inócua para os Estados-membros. Ou seja: a ordem jurídica (parcial) federal é diversa das ordens jurídicas (parciais) mineira e paulista.”¹¹

Por outro lado, é justamente da essência das leis nacionais (que veiculam normas gerais) “interferir” nas ordens jurídicas parciais, por assim dizer. É que, como já se deixou entrever, as normas gerais têm como função conferir uma uniformidade mínima ao tratamento de determinadas matérias – aquelas arroladas no art. 24 da Constituição, dentre as quais se inclui a matéria tributária – por *todos os entes da Federação*.

Essa opção do constituinte – de conferir um tratamento minimamente uniforme a certas matérias – parte da compreensão de que a autonomia política dos entes federados, com conseqüente capacidade de auto-organização em ordenamento jurídico próprio, não é absoluta. Observou Torres: “a *autonomia* da unidade requer também *heteronomia*, com normas externas de regulação das relações interestatais, no âmbito interno do federalismo”¹².

Não cabendo aprofundar no assunto, vale brevemente referir que a justificativa para esse tratamento uniforme remete ao princípio da cooperação, ou melhor, ao federalismo cooperativo plasmado na Constituição de 1988. É que, como corretamente de-

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 14. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. i.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹² TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: Teoria da Constituição Financeira*. São Paulo: RT, 2014, p. 308.

fende Ferraz Jr., “o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração”¹³.

Como um contraponto à uniformização de tratamento de determinadas matérias pelos entes da Federação por meio da edição de normas gerais, atua o princípio da subsidiariedade. Trata-se de princípio que impõe a maximização do “contributo de cada indivíduo para a formação da vontade comunitária”, como ensina Zippelius¹⁴. Para o que importa aqui, o que esse princípio exige é, em última análise, que a interferência do ordenamento total nos ordenamentos parciais dê-se “apenas na medida do necessário”.

Assim, se o poder nacional, no bojo da competência concorrente, descer a pormenores na regulação de uma determinada matéria, terá invadido competência estadual ou municipal, e seu ato padecerá do vício de inconstitucionalidade. Ter-se-á “o arbítrio, o exercício do poder imoderado, ilegítimo e inválido”¹⁵.

É importante observar como que, tratando-se de Estado federativo, é no bojo da competência concorrente que as normas gerais revelam a sua mais precípua importância. Seu estudo remete ao art. 24 da Constituição, cujos parágrafos contêm as seguintes regras: no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (§ 1º); a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (§ 2º); inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (§ 3º); a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§ 4º).

Fica claro como os parágrafos do art. 24 da CR/1988 encerram essa contraposição dialética entre subsidiariedade e cooperação, entre autonomia e heteronomia, ou, ainda, entre diversidade e unidade, como prefere Garcia Pelayo¹⁶.

Aqui, um alerta é necessário. Somente em se tratando de normas gerais é que a matéria tributária se insere no âmbito da competência concorrente. Para a instituição de tributos, a competência é privativa de cada pessoa política. Com a precisão e a didática de praxe, registrou o homenageado:

“Vê-se, assim, que o constituinte inseriu a matéria tributária no âmbito da legislação concorrente. O referido dispositivo deve ser lido com cautela, já que numa primeira aproximação poder-se-ia crer que a União se limitaria a editar leis gerais em matéria

¹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* vol. 90, 1995, p. 249.

¹⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 159, *apud* DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (org.). *Estado Federal e Guerra Fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 471.

¹⁵ BERNARDES, F. C.; GONTIJO, P. A. C. A função das normas gerais de direito tributário e de direito financeiro no federalismo brasileiro. *Revista Internacional Consinter de Direito* vol. 9, n. 16. Paraná, 2023, p. 293. DOI: 10.19135/revista.consinter.00016.12. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/474>. Acesso em: 13 ago. 2023.

¹⁶ GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 8. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1967, p. 218, *apud* HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 346-347.

tributária, o que não é correto. [...] Todas as pessoas jurídicas de direito público têm competência privativa (e não concorrente) para instituírem seus tributos.”¹⁷

Pois bem. Foi visto que a Constituição atribui à lei complementar o papel de editar normas gerais em matéria tributária. Não é por acaso. A verdade é que a lei complementar guarda relação muito íntima com as normas gerais. Como observou Schoueri, “se a lei complementar é editada dentro de seus limites constitucionais, então será ela instrumento para a conformação da ordem jurídica nacional”¹⁸. Para provar este seu ponto, o homenageado, com muita felicidade, reproduz trecho de relatório apresentado por Rubens Gomes de Sousa, aprovado pela Comissão Especial para elaboração do Projeto do CTN. Nesse trecho, fica claro como a Comissão tinha em mente o caráter nacional do Código, de “lei complementar da Constituição” (o Código somente foi baixado como lei ordinária em face da inexistência, à época, da categoria “lei complementar”). É ver:

“7. Uma peculiaridade do Código Tributário brasileiro, que o distinguirá de todos os demais da mesma natureza, é justamente o caráter nacional decorrente da sua aplicabilidade simultânea aos três níveis de governo integrantes da Federação. [...]

A Comissão não descurou a circunstância de que o Código, embora fazendo necessariamente parte do complexo das leis complementares da Constituição, e embora colocado, por isso e pelo caráter normativo de suas disposições, em uma posição intermediária entre a Constituição e a lei ordinária, entretanto será, ele próprio, lei ordinária [...].”¹⁹

Mas, se é certo que há uma grande aproximação entre os conceitos de norma geral e de lei complementar, disso não se segue que as normas gerais só possam ser veiculadas por leis complementares. Vale o alerta de Scaff, para quem “o conceito de normas gerais é muito mais do que um conceito formal, devendo ser buscado em seu conteúdo, de unificação de procedimentos mínimos e gerais para todos os entes federativos”²⁰. Quer-se com isso dizer: nas matérias em geral, as normas gerais podem, sim, ser veiculadas por leis ordinárias, que têm um feixe de possibilidades legislativas muito maiores que o das leis complementares (o que ainda será comentado).

Exceção fica justamente com o Direito Tributário, por força da expressa previsão constitucional do art. 146, III (já abordado), que reserva à lei complementar a edição de normas gerais em matéria tributária.

E, da mesma forma que não é verdade que as normas gerais só podem ser veiculadas por lei complementar, também não é verdade que a lei complementar somente pode veicular normas gerais. De maneira mais simples: *em que pese a forte aproximação conceitual*

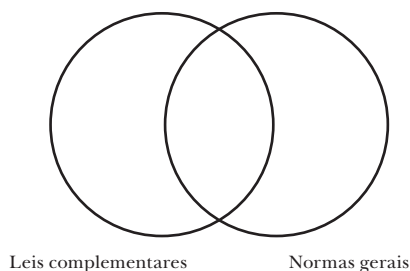
¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. i.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁹ Ministério da Fazenda. Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro, 1954, p. 89-90, *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

²⁰ SCAFF, Fernando Facury. O que são normas gerais de direito financeiro? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Tratado de direito financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1, p. 30-44.

da lei complementar com as normas gerais, há tanto normas gerais que não são veiculadas por lei complementar como há, também, leis complementares que veiculam coisa outra, que não normas gerais. Propomos o seguinte esquema ilustrativo:



No caso em que a lei complementar não veicular uma norma geral, estará ela realizando uma função meramente tópica (que ainda será analisada com maior vagar), qual seja a de fazer atuar certos ditames constitucionais. É que a Constituição, por vezes, exige o veículo da lei complementar mesmo tratando-se de matéria de interesse ordinário da União, como no caso da instituição de empréstimos compulsórios (art. 148). Novamente, na escorreta lição do homenageado:

“Por fim, importa ver que conquanto a lei complementar tenha, numa aproximação sistemática, a característica de lei nacional, integrante da ordem jurídica nacional, o constituinte de 1988 houve por bem valer-se do mesmo mecanismo para temas que nada tinham a ver com a ordem jurídica nacional. São circunstâncias em que o mesmo veículo é utilizado para inovar na ordem jurídica parcial federal.”²¹

Para concluir este breve estudo sobre a função da lei complementar tributária de estabelecer normas gerais, algumas observações são dignas de nota.

A primeira é que, por mais que a lei complementar tenha a basilar função de estabelecer normas gerais, podendo-se mesmo dizer que há uma forte aproximação entre esses dois conceitos, e por mais que as normas gerais se prestem para subordinar os entes federados no tratamento de determinadas matérias, não é lícito dizer que a lei complementar tenha, por essa razão, superioridade hierárquica em face da lei ordinária. Não tem. Desde o poderoso estudo de Major Borges²² sobre a questão da hierarquia da lei complementar, a boa doutrina já não discute mais isso.

Leis ordinárias e leis complementares possuem cada qual, isso sim, campos privativos que não se interpenetram²³. Assim, da mesma forma que à lei ordinária não é dado revogar a lei complementar, também a recíproca é verdadeira. Oportuno lembrar as consequências que se seguem à interpenetração inconstitucional dos campos privativos de legislação, em quatro hipóteses distintas:

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. i.

²² BORGES, Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.

²³ No mesmo sentido, Schoueri afirma que a teoria da hierarquia foi ultrapassada, uma vez que a lei complementar e ordinária não versam sobre a mesma matéria, não existindo antinomia. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

“Se a lei complementar (a) invadir o âmbito material de validade da legislação ordinária da União, valerá tanto quanto uma lei ordinária federal.

[...]

Se, inversamente, (b) a lei ordinária da União invadir o campo da lei complementar estará eivada de visceral inconstitucionalidade porque a matéria, no tocante ao processo legislativo, somente poderia ser observada com observância de um *quorum* especial e qualificado, inexistente na aprovação da lei ordinária.

[...]

Se ocorrerem as hipóteses (c) de invasão, pela lei complementar, da esfera de competência legislativa dos Estados-membros e Municípios ou (d) de a lei ordinária dos Estados-membros e Municípios invadir o campo privativo da lei complementar, estaremos diante de atos inconstitucionais do Congresso ou das Assembleias Legislativas e Câmaras dos Vereadores, conforme a hipótese.”²⁴

Ademais, vale lembrar que as alíneas do art. 146, III, constituem rol meramente exemplificativo, *numerus apertus*. O vocábulo “especialmente”, em “(cabe à lei complementar) estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, *especialmente* sobre [...]” não permite outra conclusão.

Como uma última observação, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre leis ordinárias de Estados que exigiram impostos sem lei complementar prévia, considerando o art. 24, § 3º e o art. 146, I e III da CR/1988. Nesse sentido, destacam-se os julgamentos sobre: (i) o adicional de imposto de renda (RE n. 140.88715 e RE n. 136.21516); (ii) o ICMS sobre transporte aéreo (ADI n. 1.089); (iii) instituição do IPVA (AI n. 167.777-5 e RE n. 236.931); e, recentemente, (iv) o ITCMD em situações relacionadas com o exterior (RE n. 851.108 e ADO n. 67)²⁵.

Assim, pode-se dizer que o Tribunal segue o seguinte racional: quando se depara com um potencial conflito de competência sobre a matéria julgada (art. 146, inciso I)²⁶, exige lei complementar para disciplinar o tema. Por outro lado, quando entende o tema não atra possíveis conflitos, os entes podem exercer suas competências tributárias ainda que não haja lei complementar disciplinando a matéria – como no caso do IPVA. Sobre vindo lei complementar posterior, esta prevalece, como ensina Schoueri²⁷.

2.1.2. Regular as limitações constitucionais ao poder de tributar

As limitações constitucionais ao poder de tributar são compreensivas de pelo menos três coisas²⁸. Primeiro, da própria repartição de competências: a Constituição, ao outorgar competência a determinada pessoa política, necessariamente a nega às demais, com isso definindo o alcance (limitando) do poder de tributar. Segundo, dos princípios

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 26-27.

²⁵ Sobre esse tema, ver: GODOI, Marciano Seabra de; FURMAN, Melody Araújo Pinto. Os Estados e o Distrito Federal podem cobrar o imposto sobre heranças e doações em situações internacionais antes da edição da Lei Complementar prevista na Constituição? *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* vol. 13, 2018, p. 1-44.

²⁶ A existência de um real conflito de competência será tratada adiante.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

²⁸ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário* [recurso eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. i.

constitucionais-tributários: a Constituição, ao colocar princípios tributários, condiciona a atuação do legislador e, portanto, o próprio exercício da competência tributária, traçando limites ao *ius tributandi*. Terceiro, das imunidades tributárias: a Constituição, ao colocar as imunidades, delimita negativamente, i.e., nega competência tributária a determinadas pessoas, ou a diz inexistente em determinadas situações.

E, em meio a isso, onde entra o papel da lei complementar em regular essas limitações? Isso depende. Como bem observou Coêlho²⁹, três são os cenários de que se pode cogitar:

- a) Se a Constituição, tópica e expressamente, não exige a intermediação da lei complementar para a atuação da limitação, então a sua edição será facultativa. É o caso da imunidade dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado à sua impressão;
- b) Se a Constituição, tópica e expressamente, exige a intermediação da lei complementar para a atuação da limitação, então sua edição será obrigatória. Nesse caso, a lei complementar tanto poderá prestar-se para conter a eficácia da norma limitadora (norma de eficácia contível) quanto para liberar a sua eficácia (norma de eficácia limitada), conforme seja o caso. Como um exemplo desta última hipótese, tem-se o exemplo da imunidade dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social (“atendidos os requisitos da lei”);
- c) Por fim, se a Constituição colocar uma imunidade que, por sua própria natureza, é dotada de eficácia plena, então não terá espaço a lei complementar para regulá-la. Como exemplo, pode-se citar o princípio da legalidade tributária formal (exigência de lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributo), depreendido do art. 150, I, da CR/1988.

2.1.3. Dispor sobre conflitos de competência

Como um último papel genérico da lei complementar tributária, deve-se mencionar o papel de dispor sobre conflitos de competência.

Exemplo sempre lembrado de (potencial) conflito de competência é aquele que se dá entre a competência estadual para cobrança do ICMS e a competência municipal para cobrança do ISS. O limite entre essas duas competências pode ser “nebuloso” e, no caso, cumpre à Lei Complementar n. 116/2003 “clareá-lo”: fá-lo por meio da definição de quais hipóteses constituem a materialidade do ISS, assim evitando conflitos.

Aqui, cabe uma interessante e importante consideração, apesar de intrincada: a doutrina diverge quanto à possibilidade de real ocorrência de um *conflito* de competências tributárias, propriamente falando. Cumpre esclarecer.

Para parte da doutrina, o sistema constitucional de repartição de competências tributárias ostenta elevada rigidez e perfeição, não podendo jamais dar margem a verdadeiros conflitos de competência. Assim, se o limite entre a competência do ICMS e do ISS mostrar-se nebuloso, dando azo a invasões de competência, o problema não estará

²⁹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. i.

tanto na repartição constitucional de competências (que é rígida e perfeita), mas na “insuficiência intelectual”³⁰ dos intérpretes (neste caso, Estados e Municípios), que falam em compreender os limites de suas próprias competências. Assim entende Coêlho:

“Dá-se, porém, que não são propriamente conflitos de competência que podem ocorrer, mas invasões de competência em razão da insuficiência intelectual dos relatos constitucionais pelas pessoas políticas destinatárias das regras de competência relativamente aos fatos geradores de seus tributos, notadamente impostos. É dizer, dada pessoa política mal entende o relato constitucional e passa a exercer a tributação de maneira mais ampla que a prevista na Constituição, ocasionando fricções, atritos, em áreas reservadas a outras pessoas políticas. Diz-se então que há um conflito de competência, mais subjetivo do que objetivo.”³¹

Para os que perfilham deste entendimento, o papel da lei complementar de dispor sobre conflitos de competência seria mais bem entendido não como uma *delimitação* do alcance das competências tributárias (já que esta já se encontra esgotada no texto constitucional, de maneira rígida e perfeita), mas como um mero *aclaramento* deste alcance.

Nos casos de discordância entre pessoas políticas quanto aos limites de suas competências, sempre a controvérsia poderia ser levada ao Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição. A lei complementar, ao (meramente) *aclarar* os alcances das competências tributárias, prestar-se-ia tão somente para agilizar o apaziguamento da disputa. Acontece que, mesmo com o esclarecimento da lei complementar, os entes poderiam não se convencer e continuar controvvertendo, não restando outra opção senão a solução judicial do problema³².

Já para outra parte da doutrina, para quem o sistema constitucional de repartição de competências tributárias não ostentaria tamanha rigidez e perfeição, os conflitos de competências efetivamente ocorreriam, e o papel da lei complementar de dispor sobre conflitos de competência traduzir-se-ia, realmente, como o de uma delimitação. A lei complementar efetivamente moldaria, daria os contornos, definiria os limites das competências.

Subjaz toda essa discussão a seguinte pergunta: o constituinte de 1988, ao repartir as competências tributárias entre as pessoas constitucionais, lançou mão de tipos ou de conceitos?

Como brilhantemente trabalhado por Derzi³³, conceito é abstração que denota o seu objeto por meio da colocação de alguns poucos elementos ou notas rígidas, necessárias (individualmente) e suficientes (conjuntamente) para a caracterização do objeto. O exercício, aqui, é de subsunção. “Se o conceito A possui as notas ‘a, b, c’, na investigação

³⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

³¹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

³² COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

³³ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

jurídica, somente se afirma o conceito A se o conceito do fato contiver as mesmas características ‘a, b, c’.³⁴

Por outro lado, o tipo tem como características “a abertura, a gradação, o sentido, a inteireza e a aproximação da realidade”³⁵, enfim, a fluidez. É também abstração, só que “uma abstração rica de conteúdo, uma descrição plena de dados referenciais do objeto”³⁶. Não exige, como se passa nos conceitos, o aperfeiçoamento *in concreto* de cada nota ou característica sua. Algumas delas poderão ficar de fora e, ainda assim, poder-se-á dizer típico um objeto.

Numa apertadíssima síntese, pode-se dizer que aqueles autores que veem uma inerente rigidez e perfeição na alocação de competências tributárias entendem que o constituinte, para reparti-las, utilizou-se de conceitos; já para os que não vislumbram tal rigidez e perfeição, o constituinte teria se valido de tipos.

Entende Derzi pela “repartição conceitual”:

“Ora, o tipo como ordenação do conhecimento em estruturas flexíveis, de características renunciáveis, que admite as transições fluidas e contínuas e as formas mistas, não se adapta à rigidez constitucional de discriminação da competência tributária.”³⁷

A este autor, este posicionamento parece e sempre pareceu o mas acertado.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que são tentadores e poderosíssimos os argumentos que oferecem os defensores da “repartição tipológica” – encabeçada exemplarmente na doutrina por Schoueri. Para o ilustre catedrático do Largo do São Francisco, a menção da Constituição à função da lei complementar de dispor sobre conflitos de competência não permitiria outra conclusão, senão a de que o constituinte repartiu tipologicamente as competências tributárias:

“A conclusão a respeito da utilização de tipos pelo constituinte se demonstra quando se lê, no inciso I do art. 146 da Constituição, ser papel da lei complementar ‘dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios’. Ora, tratassem os elencos dos artigos 153, 155 e 156 de conceitos, então se extraíram dali seus limites, dispensando-se o emprego de lei complementar.”³⁸

Vê-se como, no pensamento do autor, o papel da lei complementar ao dispor sobre conflitos de competência seria não o de meramente aclarar, mas o de definir os limites das competências. Caberia à lei complementar denotar o mesmo objeto que a Constituição – as competências – só que conceitualmente, conferindo-lhe os seus contornos defi-

³⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

³⁵ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 79.

³⁶ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 80.

³⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 48.

³⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário* [recurso eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. i.

nitivos. Devo confessar que as provocações lançadas pelo homenageado, juntamente com as lições da minha Mestre, é que me fizeram aprofundar no tema.

2.2. Função tópica: fazer atuar certos ditames constitucionais

Cabe anotar uma última função da lei complementar tributária; não genérica, como as demais, mas tópica: a de fazer atuar certos ditames constitucionais.

Como já se deixou entrever, esta função consiste em nada mais do que na observância das exigências que faz a Constituição, caso a caso, de adoção do veículo da lei complementar. Neste ponto, a atuação da lei complementar tanto poderá prestar-se para conter a eficácia de dispositivo constitucional (norma de eficácia contível) quanto para liberar a eficácia de dispositivo constitucional que, de outra forma, ficaria com sua eficácia bloqueada (norma de eficácia limitada). É nesse sentido que se pode dizer que a lei complementar *faz atuar certos ditames constitucionais*.

Pode ser que a Constituição exija o veículo da lei complementar justamente para dispor sobre conflitos de competência, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar ou mesmo para estabelecer normas gerais em matéria de direito tributário. Nestes casos, a lei complementar performará uma dupla função (a tópica e uma outra genérica).

Mas pode ser, também, que a exigência de lei complementar dê-se por mero “capricho” do constituinte, sem que qualquer função genérica esteja sendo atendida. É o caso do já trazido exemplo do art. 148, que exige lei complementar para a instituição de empréstimos compulsórios, ou do art. 153, que requer o mesmo para a instituição do imposto sobre grandes fortunas. Oportuno lembrar que, nesses casos, a lei complementar certamente não consistirá em lei nacional, senão em lei federal, i.e., disporá sobre matéria de interesse ordinário da União (o que é plenamente possível, conforme o esquema ilustrativo trazido acima).

Como uma última observação neste ponto, cumpre observar que o rol de matérias para as quais a Constituição reserva o veículo de lei complementar é exaustivo, não podendo o legislador infraconstitucional expandi-lo. Trata-se de constatação firme na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores³⁹.

Como visto com Maior Borges, lei complementar e lei ordinária têm cada qual o seu campo privativo de matérias. Certamente que se a lei ordinária invadir o campo da lei complementar, haverá vício de inconstitucionalidade formal, por inobservância do *quorum* especial e qualificado exigido para esta última.

A recíproca, contudo, não é verdadeira: se lei complementar tratar de matéria pertencente ao campo privativo de lei ordinária, inconstitucionalidade não haverá. Afinal, “quem pode o mais pode o menos”, como lembrou Coêlho⁴⁰. O que haverá é, isso sim, o fenômeno da adaptação⁴¹: a lei, votada como complementar, valerá como lei ordinária.

³⁹ Tanto STF como STJ entendem que a lei complementar “meramente formal”, i.e., a lei votada como complementar, mas que dispõe sobre matéria não reservada à lei complementar (pertencente ao campo privativo da lei ordinária), é passível de revogação por lei ordinária.

⁴⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. i.

⁴¹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro* [recurso eletrônico]. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

3. Considerações finais e reflexões para o futuro

A Constituição incumbe à lei complementar tributária os papéis de estabelecer normas gerais, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, dispor sobre conflitos de competência e fazer atuar certos ditames constitucionais. Os três primeiros são genéricos e, o último, tópico.

Ao estabelecer normas gerais, a lei complementar pretende, no bojo da competência concorrente, conferir um tratamento minimamente uniforme à matéria tributária ao longo de todos os entes da Federação, em homenagem ao princípio da cooperação. Contrapõe-se dialeticamente a esse papel o princípio da subsidiariedade.

Ao regular limitações constitucionais ao poder de tributar, a lei complementar, seja mandatoriamente, seja facultativamente, atua liberando ou, então, contendo a eficácia de determinadas normas (normas de competência, princípios ou imunidades).

Ao dispor sobre conflitos de competência, a lei complementar, conforme o entendimento que adota este autor, aclara a extensão e os limites das normas de competência tributária, numa tentativa de precaver-se de invasões de competência. Outra parte da doutrina entenderá que o que faz a lei complementar não é meramente aclarar, mas propriamente definir os contornos da competência.

Ao fazer atuar certos ditames constitucionais, a lei complementar observa as reservas de lei complementar, definidas exaustivamente no texto constitucional. Pode ser (e é comum) que a lei complementar, ao desempenhar esta função, desempenhe também alguma das três funções genéricas.

Por fim, algumas reflexões para o futuro:

1 – Em março de 2022, por ato conjunto do Presidente do Senado Federal, o Senador Rodrigo Pacheco, e do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luiz Fux, foi criada a Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que modernizem o processo administrativo e tributário nacional (CJADMTR), tendo a Ministra Regina Helena Costa sido nomeada como Relatora do trabalho a ser realizado. A Comissão entregou uma série de projetos de leis e leis complementares visando reduzir, de alguma maneira, a alta litigiosidade existente em nosso país. Entre estes projetos encontra-se o Anteprojeto de Lei Complementar de Normas Gerais de Prevenção de Litígios, Consensualidade e Processo Administrativo Tributário Nacional. O anteprojeto culminou no Projeto de Lei Complementar n. 124, de 2022, ora em tramitação no Senado.

Pois bem, é viável uma lei complementar dispor sobre tais questões na Federação e o efetivo papel das normas gerais em nosso Ordenamento Jurídico? Este autor pensa que sim, tendo recentemente escrito sobre isso, mas isso não mudará o desenho atual, pois tais normas consistem em manifestações do poder nacional que possuem, enquanto normas gerais, o papel de conferir tratamento minimamente uniforme, em toda a Federação, à legislação sobre Direito Tributário e sobre procedimentos em matéria processual, assim homenageando o federalismo cooperativo insculpido na Constituição de 1988, bem como forma de prestigiar a segurança jurídica e a estabilidade nas relações entre contribuintes e Fiscos. Assim fazendo, contrapõem-se dialeticamente à autonomia política dos entes da Federação, devendo, sob pena de violá-la, atentarem-se ao princípio constitucional implícito da subsidiariedade.

2 – Na *Proposta de Emenda à Constituição n. 45/2019* a Lei Complementar passa a desempenhar um novo papel? Com efeito, na referida proposta, já aprovada pela Câmara Federal, há – entre tantas outras mudanças – a criação do IBS (Imposto sobre Bens e Serviços) e da CBS (contribuição sobre Bens e Serviços), deixando à lei complementar a própria instituição do tributo: “Art. 156-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [...]” e o § 5º do mesmo dispositivo traz outras funções para a lei complementar.

Ora, ao que parece, a pressupor sua constitucionalidade frente ao Federalismo, tem-se aqui um novo fenômeno que precisa ser estudado, ou seja, uma nova função da lei complementar que passa a exercer o papel de instituir tributo da competência de outros entes federativos. Um novo papel que pode – repita-se, pressupondo sua constitucionalidade – ressignificar a definição de competência tributária.

3 – Independentemente das provocações acima, de fato, é preciso se debruçar mais sobre a *lei complementar em matéria tributária*, seja porque ela integra – como bem ensina nosso professor homenageado – o Texto Constitucional, como é a grande responsável – já nas funções atuais – de implementá-lo. Certamente deve-se deixar tais reflexões para o futuro, que já se avizinha, mas também é certo dizer que a ausência (formal e material) das leis complementares de 1988 até hoje, nestes 35 anos da Constituição de 1988, pode ter sido a grande responsável por não implementar os ditames ali descritos⁴².

Por fim, a homenagem de sempre a este Professor cujo site sempre consulto (schoueri.com.br) para ver as novidades que, via de regra, me trazem inquietudes e ensinamentos. Mais do que tudo, não é exagero agradecer ao catedrático da Universidade de São Paulo, que ora completa fascinantes duas décadas de titularidade na instituição, pelas reflexões, pelo estudo e, em especial, pelo amor ao Direito.

Obrigado pelas lições de sempre!

⁴² Alguns poucos exemplos: os conflitos em torno do IPVA, o ITCMD de bens no exterior, o diferencial de alíquotas do ICMS, a não cumulatividade plena etc.

PARTE V

TRIBUTAÇÃO DIRETA

A Tributação da Renda sobre os Atos Ilícitos e as Sanções Pecuniárias

Alexandre Naoki Nishioka

Juliana Ferretti Lomba

1. Tributo ao Professor Luís Eduardo Schoueri

É com grande prazer que participamos dessa importante obra em homenagem aos 20 anos de titularidade do Professor Luís Eduardo Schoueri na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Um acadêmico ímpar, que contribuiu e continua a contribuir de forma valiosa para os estudos e o desenvolvimento do Direito Tributário no país a partir de suas pesquisas e aulas. Dispensam-se apresentações sobre o rigor com que conduz o seu trabalho, a excelência que impõe a seus alunos e que também está sempre presente em sua obra.

Em comemoração a esse marco, que por si só demonstra uma carreira acadêmica de sucesso, a presente obra, composta por grandes nomes do Direito, acadêmicos e alunos do Professor Schoueri, é um tributo merecido ao Professor Advogado que traz sempre importantes lições e promove o conhecimento do direito tributário como poucos conseguem fazer.

2. A tributação da renda sobre o ato ilícito: contexto recente

Na última década, o Brasil passou por grandes conturbações no cenário político, especialmente em razão da Operação Lava Jato, o que acarretou consequências nas diversas searas do direito, dentre elas o direito tributário. A celebração de delações premiadas e acordos de leniência renovou as discussões sobre a tributação decorrente de atos ilícitos. Desde a glosa de despesas até a responsabilização da fonte, passando pela inversão do ônus da prova entre fiscal e contribuinte, como ocorre na aplicação do art. 61, § 1º, da Lei n. 8.981/1995, diversas têm sido as práticas da Administração Tributária Federal na tentativa de tributar os atos ilícitos.

Essas práticas, entretanto, não afetam apenas aqueles envolvidos em escândalos de corrupção ou que incorreram em comprovados crimes, tendo se estendido aos contribuintes em geral, de forma que a fiscalização tributária vem alargando a aplicação de teses sobre atos ilícitos para aumentar a imposição de tributos e sanções sobre os contribuintes.

A partir das lições da doutrina, das quais se destacam aquelas do Professor Luís Eduardo Schoueri, em especial sobre o princípio da renda líquida e sobre a tributação de atos ilícitos, o presente trabalho busca analisar a possibilidade de glosa de despesas e outras práticas atuais da fiscalização federal em relação à imposição do imposto de renda sobre as situações decorrentes de crimes e outros atos ilícitos.

3. O conceito de renda

Com o intuito de averiguar o conceito de renda enquanto materialidade prevista constitucionalmente para o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza,

deve-se observar a importância da delimitação constitucional dos conceitos centrais para a determinação da competência tributária. Nesse contexto, Heleno Tórres¹ avalia que o art. 153, inciso III, e § 2º, da Constituição Federal é o ponto de partida para a hermenêutica do sistema de tributação da renda, que não só institui o imposto, mas, adicionalmente, determina que esse deverá ser informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, além da necessária observância ao princípio da capacidade contributiva.

O autor explica que, no Brasil, o conceito de renda, central e irradiador de elementos materiais e finalísticos do sistema de tributação da renda, é dado pela Constituição. A opção brasileira pela inclusão dos conceitos definidores de competências tributária no texto constitucional difere de muitos países, mas funda-se na segurança jurídica, de forma que, necessariamente, deve-se falar no conceito constitucional de “renda”, “ainda que este possa ser definido pelo legislador segundo as notas qualificadoras que explicitam o seu conteúdo”².

Em consonância com esse entendimento, Hugo de Brito Machado³ esclarece que não cabe ao legislador ordinário, e nem mesmo ao legislador complementar dar um conceito à renda que não se adeque ao sentido previsto na Constituição, mas apenas “escolher uma das significações razoáveis dessa expressão”. Ainda sobre o tema da liberdade do legislador para versar sobre a renda, Roque Antonio Carrazza⁴ reitera o ideal de que, no Brasil, “a competência tributária é assunto exclusivamente constitucional” e que as normas infraconstitucionais só podem “quando muito, explicitar o que se encontra implícito na Constituição, sem, no entanto, agregar-lhe ou subtrair-lhe algo substancialmente novo”. Por este motivo, o art. 153, III, da Constituição Federal não deu “carta branca” ao legislador ordinário para impor o imposto de renda sobre “tudo que considere renda. Muito pelo contrário, limitou-se a conferir-lhe a faculdade de, observados os princípios constitucionais, fazê-lo incidir apenas sobre o que, à luz da ciência jurídica, realmente tipifique um destes fatos”.

A partir da doutrina e da jurisprudência, o direito tributário pátrio entende o conceito de renda tributável como equivalente ao “acréscimo patrimonial”, alicerçado em uma grandeza relacional, aferível mediante a comparação entre (i) um patrimônio inicial, determinado no tempo, e (ii) um patrimônio final, apurado após transcurso de certo período⁵.

Sobre o tema, Ricardo Mariz de Oliveira⁶ também conclui que o conceito constitucional de renda está relacionado à ideia de acréscimo patrimonial⁷. Por este motivo, o

¹ TÓRRES, Heleno Taveira. Conceito constitucional de renda. In: DONIAK JR., Jimir (coord.). *Novo RIR – aspectos jurídicos relevantes do regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

² TÓRRES, Heleno Taveira. Conceito constitucional de renda. In: DONIAK JR., Jimir (coord.). *Novo RIR – aspectos jurídicos relevantes do regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

³ MACHADO, Hugo de Brito. O conceito legalista de renda. *Revista CEJ*/vol. 13, n. 47, out./dez. 2009. Recuperado de [//revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1306](http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1306).

⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵ TÓRRES, Heleno Taveira. Conceito constitucional de renda. In: DONIAK JR., Jimir (coord.). *Novo RIR – aspectos jurídicos relevantes do regulamento do Imposto de Renda 2018*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁷ Nas palavras do autor:

autor expõe que o “patrimônio” seria um “quase-princípio” informador das definições do fato gerador do imposto de renda. Portanto, o patrimônio é indissociável do conceito de renda e “impõe-se sobranceiro em toda a disciplina jurídica desse tributo”. Ademais, a renda não é um acréscimo qualquer, pois deve observar a “universalidade” do patrimônio (em conformidade com a sua concepção própria do direito privado – uma universalidade de bens e direitos), subtraindo-se os recursos necessários para a realização dessa variação positiva.

Divergente dos entendimentos expostos, mas apenas em parte, Luís Eduardo Schoueri⁸ explica que várias teorias foram desenvolvidas para definir renda sob a perspectiva econômica, tendo elas se reunido em torno de duas maiores: a da renda-produto e a da renda-acréscimo patrimonial. Em resumo, para a primeira, a renda seria o *produto* do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, sendo o fruto periódico de uma fonte permanente. Por sua vez, para a segunda, a renda seria a diferença positiva entre a situação patrimonial em dois momentos distintos, um inicial e outro final. O autor leciona que as duas teorias apresentam falhas se analisadas isoladamente, seja porque a teoria da renda-produto não permitiria a tributação de ganhos eventuais, uma vez que pressupõe uma fonte permanente, enquanto a segunda teoria permitiria ao contribuinte gastar tudo que tenha auferido no período, sem uma análise desses gastos.

4. A renda líquida como princípio informador do Imposto de Renda

A capacidade contributiva é tema de extrema importância na análise dos impostos, estando relacionado a teoria das causas aplicada ao direito tributário. Conforme Fernando Aurelio Zilveti⁹, a causa é o escopo efetivo do negócio jurídico, de forma que, no direito privado, “a causa é o escopo individual que as partes perseguem com sua estipulação”. Mas, no direito tributário, o escopo é a lei, pois é ela que determina a obrigação de pagar. Portanto, a “causa do tributo é a circunstância ou critério que a lei define como razão para justificar que da verificação de um determinado pressuposto de fato derive a obrigação tributária”.

Quando observarmos o critério ou circunstância previsto em lei que justifica a tributação, podemos verificar uma causa final no direito tributário, a qual se revela como uma justificativa (medida) para a obrigação tributária, qual seja, a capacidade contributiva¹⁰. Os autores Klaus Tipke e Douglas Yamashita¹¹ lecionam que, assim como a previsão da Constituição Federal brasileira de que os tributos devem observar o caráter pes-

“Realmente, hoje em dia é comum a assertiva, em doutrina e em jurisprudência, de que o imposto de renda incide sobre o acréscimo patrimonial.

Na verdade, salvo algumas reticências, ninguém mais duvida de que o fato gerador do imposto de renda seja a existência de acréscimo patrimonial [...]”.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a.

⁹ ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹¹ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

soal e ser graduados conforme a capacidade econômica “sempre que possível”, a capacidade contributiva está difundida pelo mundo todo, presente em outras Constituições, e lastreia-se no próprio princípio do Estado Social, pois propõe que somente irão pagar tributos aqueles que podem o fazer. Por consequência, seria inaceitável exigir tributos em proporção inversa à capacidade contributiva em um Estado Social.

Sobre a capacidade contributiva, Moris Lehner¹² demonstra que o princípio da capacidade contributiva demanda uma interpretação “humanamente justa” das normas com finalidade arrecadatória, o que significa que se deve observar “fundamentos de peso” para sua aplicação, dos quais destaca a “necessidade para a existência (humana)”. Revela-se aqui o princípio da renda líquida para concretizar o princípio da capacidade contributiva no imposto sobre a renda.

Conforme lição de Klaus Tipke¹³, no direito do imposto de renda, o princípio da renda líquida é um subprincípio do princípio da capacidade contributiva. De forma resumida, o autor analisa que, se a renda é “todo acréscimo de valor que habilita o contribuinte a conduzir sua vida privada, a satisfazer suas necessidades particulares”, então o que o contribuinte aplica em seus objetivos profissionais (despesas) não lhe fica disponível para a satisfação de suas necessidades e, por consequência, deve ser reduzido das bases da tributação, o que configura a renda líquida.

Luís Eduardo Schoueri¹⁴ explica que “renda disponível é renda líquida”. Em resumo, o autor leciona que não existiriam ingressos sem gastos prévios, que reduzem o montante disponível para o pagamento de tributo. Logo, não seria possível falar em disponibilidade de renda bruta, mas apenas de renda líquida: “disponível é apenas a renda líquida, já diminuída dos gastos necessários a seu surgimento”. Conforme as próprias disposições do art. 43 do CTN, a positivação do princípio decorre da exigência da disponibilidade (“portanto, algo de que se possa abrir mão”) do produto (“resultado líquido”) ou do acréscimo patrimonial, de forma que não pode o legislador ordinário afastar o princípio da renda líquida na instituição do imposto de renda.

Ou seja, o contribuinte não pode lançar mão de alguma riqueza sem abater as despesas necessárias para a sua obtenção, logo, somente pode haver a obtenção da renda disponível após as respectivas deduções¹⁵. Isso significa dizer que somente há capacidade tributária para o pagamento do imposto de renda quando há renda líquida.

¹² LEHNER, Moris. Consideração econômica e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidades arrecadatórias. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; e ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

¹³ TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019.

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Considerações acerca da disponibilidade da renda: renda disponível é renda líquida. In: ZILVETI, Fernando; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019.

Nas palavras de Ramon Tomazela dos Santos¹⁶, o princípio da renda líquida é uma reconstrução não apenas do princípio da capacidade contributiva, mas que conjuga diversas regras e princípios constitucionais, dentre os quais, proibição de confisco, proteção do mínimo existencial e dissociação de outras materialidades constitucionais, como o patrimônio, o capital, o faturamento e o lucro. Segundo o autor, a renda líquida configura tanto uma regra (ao impor a existência de um acréscimo patrimonial para a incidência do imposto e que se permitam as deduções dos gastos necessários para auferir renda), como também tem caráter principiológico, pois orienta a instituição e a interpretação das regras jurídicas que disciplinam o imposto de renda.

Em que pese o teor constitucional do princípio da renda líquida, é interessante ressaltar, como fazem André Mendes Moreira e Pedro Henrique Neves Antunes¹⁷, que, desde a instituição do imposto de renda no Brasil, por meio da Lei n. 4.625/1922, previu-se a sua incidência sobre o “conjunto líquido dos rendimentos de qualquer origem”. Diante da necessidade de observação das deduções das “despesas ordinárias” e materialidades como “impostos e taxas; juros de dívidas; perdas extraordinárias”, o princípio “é mandamento legal do imposto de renda no Brasil desde a sua origem”.

Pode-se concluir, portanto, que a capacidade contributiva no imposto de renda é verificada pela disponibilização da renda líquida. Para que o contribuinte tenha a capacidade de dispor sobre a parte do patrimônio adquirida no período disposto pela lei e pagar o tributo, não bastará que essa riqueza se integre de forma definitiva à sua esfera patrimonial, mas que represente, ao final, um efetivo acréscimo em relação à situação anterior, devendo ser considerados os fatores positivos e negativos para verificar a totalidade da renda adquirida. Por este motivo, não pode o legislador instituir imposto de renda que recaia sobre os custos e despesas necessários à obtenção da renda (resultado), pois esta hipótese acabaria descaracterizando a própria materialidade prevista na Constituição.

5. Dedutibilidade e a base de cálculo do imposto sobre a renda

O princípio da renda líquida está atrelado ao reconhecimento daquilo que compõe e não compõe o aumento patrimonial, ou seja, de receitas, custos e despesas que, ao final de um período, permitirão verificar o aumento da riqueza do contribuinte e, por consequência, a ocorrência do fato gerador. Dessa forma, a análise das deduções possíveis para a apuração da renda é tema de extrema importância no estudo deste tributo e que gera diversas controvérsias.

Antes de adentrar numa análise mais aprofundada sobre o tema das deduções, deve-se lembrar da lição de Luís Eduardo Schoueri¹⁸ sobre o fato de que a base de cálculo

¹⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. O princípio da renda líquida. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT* ano 17, n. 101. Belo Horizonte, set./out. 2019.

¹⁷ MOREIRA, André Mendes; ANTUNES, Pedro Henrique Neves. O centenário do imposto sobre a renda no Brasil e a dedutibilidade das despesas decorrentes de atividades ilícitas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do imposto sobre a renda no Brasil*. São Paulo: MP, 2022.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010b.

lo é matéria reservada ao legislador e que inexiste um “verdadeiro” lucro, ainda que apurado por meio da sistemática do lucro real, pois mesmo esta apresenta “uma série de presunções e aproximações, que não mais são do que concessões à praticabilidade, sem as quais se tornaria inviável a apuração do imposto e, conseqüentemente, a manutenção financeira do Estado”.

À luz dessa importante consideração, deve-se observar que a lei pode, sim, versar sobre os limites e critérios para a dedução de despesas, ainda que o princípio da renda líquida tenha teor constitucional. É necessário, entretanto, que a atuação do legislador ao definir essas questões respeite as materialidades previstas na Constituição, o que acarreta muitas discussões sobre a constitucionalidade de parte dessas regras diante de uma zona cinzenta.

Para a apuração da base de cálculo do IRPJ, o art. 43 Lei n. 4.506/1964 dispõe que o lucro operacional “será formado pela diferença entre a receita operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por lei”. Tem-se, assim, que o conceito de custos se relaciona com os gastos decorrentes diretamente da própria produção de bens e serviços, enquanto as despesas se relacionam com a manutenção da atividade empresarial, nos termos dos arts. 46 e 47 da referida lei, respectivamente.

Diante da maior amplitude que se pode dar ao conceito de despesas, o art. 47 da Lei n. 4.506/1964 esclarece que não são todas as que são dedutíveis, mas apenas aquelas *necessárias* à atividade empresarial e à manutenção da fonte produtora. O artigo ainda dispõe, nos §§ 1º e 2º, que assim se classificam as despesas “pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade de empresa”, sendo admitidas aquelas que são “usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa”.

Conforme explicam André Mendes Moreira e Pedro Henrique Neves Antunes¹⁹, o conceito de “despesas necessárias” foi trazido da contabilidade, sendo consideradas “aquelas que tenham relação com a atividade empresarial”, em contraposição àquelas “que não têm qualquer relação – insuscetíveis, pois, de dedução”. Na mesma linha, Ricardo Mariz de Oliveira²⁰ expõe sobre a disposição do § 1º do art. 47 da Lei n. 4.506/1964 que “são necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa, o parágrafo confirma que não são dedutíveis as que não são exigidas pela atividade empresarial, ou seja, estranhas à empresa”.

Por sua vez, no que tange ao § 2º, ao dispor que as despesas ainda deverão ser “usuais ou normais”, Luís Eduardo Schoueri²¹ explica que não se trata, necessariamente, daquelas que ocorrem com frequência, até porque isso obstaría a criatividade e a inova-

¹⁹ MOREIRA, André Mendes; ANTUNES, Pedro Henrique Neves. O centenário do imposto sobre a renda no Brasil e a dedutibilidade das despesas decorrentes de atividades ilícitas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do imposto sobre a renda no Brasil*. São Paulo: MP, 2022.

²⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Dedutibilidade de despesas (o que é dedutibilidade?). In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do imposto sobre a renda no Brasil*. São Paulo: MP, 2022.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur; FOLLONI, André. *Tributação do ato ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018.

ção. Portanto, citando a lição de Bulhões Pedreira, informa que “o que importa não é a prática histórica da empresa, mas o tipo de atividade que ela exerce”.

Diante dessas breves considerações sobre a dedutibilidade das despesas *necessárias e usuais*, cita-se a lição de Ricardo Mariz de Oliveira²²) sobre a interpretação das disposições do art. 47 e seus parágrafos:

“A este propósito, vale inclusive dizer que a norma do art. 47, em seu todo, de cabeça e §§ 1º e 2º, é uma norma verdadeiramente explicitadora do que, afinal, vem a ser a renda líquida, isto é, expletiva de todas as despesas que precisam ser deduzidas para que se obtenha a verdadeira base de cálculo do imposto, dentro daquele regime inicialmente exposto, segundo o qual a regra geral é a de dedução das despesas que contribuem para a formação do resultado da empresa, independentemente de menção a cada uma delas, e no qual são relacionadas apenas as exceções.”

Em resumo, o que é preciso se ter em mente é que as despesas necessárias e usuais não precisam ser frequentes, mas devem estar relacionadas à manutenção da atividade empresarial ou à consecução dos objetivos da empresa, não podendo ser deduzidas despesas realizadas com desvio de finalidade, ou no interesse de terceiros. Cumprindo esse requisito, não cabe à fiscalização realizar juízo de valores sobre o gasto, como sobre a sua legitimidade/legalidade, ou se seria a mais apropriada.

A dedutibilidade dos custos e despesas necessárias ainda se relaciona aos princípios da universalidade e da generalidade que informam o imposto de renda. Quanto ao princípio da universalidade, ele dispõe que, sendo a renda o aumento patrimonial, necessariamente a diferença entre a universalidade patrimonial inicial e a universalidade patrimonial final será composta pela totalidade de fatores positivos e negativos que afetaram esse patrimônio no mesmo período de tempo. Logo, o princípio da universalidade também se relaciona à isonomia, pois “contribui para evitar tratamentos desiguais a situações equivalentes, isto é, contribui para que aumentos patrimoniais iguais sejam tratados igualmente”²³).

Sobre a generalidade, Ricardo Mariz de Oliveira²⁴ leciona que “significa tratar todas as situações sob uma norma geral, no sentido de ser aplicável a todos os contribuintes e em contraposição à seletividade”. Reforça ainda, que essa disposição se aplica a qualquer aumento patrimonial, *independentemente* dos tipos de renda ou proventos que contribuam para sua formação, além de outras circunstâncias externas ao contexto da hipótese de incidência. O autor ainda explica que isso também ocorre quando a origem dos rendimentos for atividade ilícita²⁵.

²² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Dedutibilidade de despesas (o que é dedutibilidade?). In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do imposto sobre a renda no Brasil*. São Paulo: MP, 2022.

²³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

²⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

²⁵ “Assim, por força da generalidade, qualquer aumento patrimonial deve ser tratado por igual com todos os demais, sem distinções derivadas de quaisquer critérios discriminatórios. Sejam aumentos patrimoniais derivados do trabalho do capital, sejam do trabalho autônomo ou assalariado, ou sejam produzidos por atividade ilegais, isto é, de qualquer causa pessoal ou patrimonial eficiente, devem todos receber tratamento idêntico.

Ainda sobre o tema, Ramon Tomazela Santos²⁶ explica que, apesar de impedir a outorga de privilégios de índole pessoal e o tratamento discriminatório, o princípio da generalidade permite estabelecer tratamento diferenciado para contribuintes que estejam em uma situação específica, ou para certos tipos de rendimentos, contanto que a distinção encontre respaldo na Constituição. Ou seja, para justificar o tratamento tributário diferenciado, o legislador somente poderá mitigar o princípio da generalidade para atingir outros objetivos consagrados pelo texto constitucional.

Portanto, a partir de ambos os princípios, percebe-se que a dedução dos custos e despesas, essencial para a apuração da renda líquida, é medida que se impõe porque há apenas um patrimônio, uma universalidade de bens e direitos, que funciona como medida para a apuração da capacidade contributiva no imposto de renda, não podendo rendas equivalentes serem tratadas de formas diferentes.

Outra importante distinção sobre o conceito de despesa necessária, e que condiz com os princípios da renda líquida e da capacidade contributiva, é realizada por Luís Eduardo Schoueri²⁷ ao falar sobre o conceito de “consumo”. Consumo seriam os gastos tidos com bem-estar (e não apenas com aqueles que são necessários) e, portanto, refletem uma maior capacidade econômica do contribuinte. Logo, a tributação sobre a renda deverá se dar sobre o acréscimo patrimonial e o consumo (gastos com bem-estar), o que equivaleria ao resultado da exclusão dos gastos necessários em relação à renda bruta.

Por fim, destaca-se que, para as pessoas físicas, a regra é a que a lei descreva quais são as possíveis deduções da renda para a apuração da base de cálculo do IRPF. Referida situação decorre de uma lógica própria quanto à disponibilização e aquisição de renda, além de capacidade contributiva para esse tipo de contribuinte. A pessoa física não existe por seus fins econômicos ou produtivos, e a garantia de um mínimo existencial e da sua dignidade é que pautam a análise da capacidade contributiva, não sendo possível, muitas vezes, verificar qual o “custo” necessário para gerar o seu aumento patrimonial.

Portanto, verificar o que é “gasto necessário” e o que é “consumo” para pessoas naturais é muito diferente do que se faz para empresas, motivo pelo qual cabe à lei dispor sobre formas diferentes de apuração da base de cálculo da pessoa física.

Em resumo, o que pode se depreender da análise sobre as regras de dedutibilidade de custos e despesas é que elas podem ser estabelecidas por lei, uma vez que são parte essencial na definição da base de cálculo do imposto de renda. Nada obstante, o legislador federal não pode se utilizar dessa prerrogativa para tentar alargar a base de cálculo do imposto de tal maneira que ultrapasse a própria materialidade prevista constitucionalmente sob o pretexto de mera operacionalização do imposto. Assim, também não

Isto se amolda à própria natureza do imposto de renda, cujo substrato ínsito e necessário é existir acréscimo patrimonial, não havendo razões jurídicas válidas para distinguir um aumento de outro.” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008)

²⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. O princípio da universalidade na tributação da renda: análise acerca da possibilidade de atribuição de tratamento jurídico-tributário distinto a determinados tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012. Recuperado de <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1759>.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010b.

cabe ao legislador, e muito menos à Administração Tributária, limitar a dedução de despesas e custos diante de seu próprio juízo de valores.

6. *Pecunia non olet*: a tributação de atos ilícitos

Para a análise da tributação sobre atos ilícitos e de sanções pecuniárias, é imprescindível que seja realizado um estudo do princípio *pecunia non olet*. Para iniciá-lo, há que se observar a própria definição de tributo prevista no art. 3º do CTN²⁸, que veda a sua utilização como sanção. Entretanto, é no art. 118 do CTN que pode se verificar a integral positividade do princípio, uma vez que a definição do fato gerador deve ser interpretada abstraíndo-se “da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como a natureza do seu objeto ou dos seus efeitos” e “dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos”.

Ou seja, à luz dos arts. 3º e 118 do CTN, por meio dos quais se positivou o princípio *pecunia non olet*, depreende-se que a verificação do fato gerador deve se dar independentemente de os fatos praticados serem de natureza lícita ou ilícita, vedando-se também ao legislador realizar diferença entre os contribuintes com base nesse critério. Sob a perspectiva do imposto de renda, isso significa que somente a aquisição de renda é importante para a incidência do tributo, e não a licitude de sua origem²⁹.

Entretanto, o princípio *pecunia non olet* se mostra uma moeda de duas faces, serve para resguardar o direito estatal de impor o tributo independentemente da licitude da situação em que ocorreu o fato gerador, como também resguarda o contribuinte de não se ver punido pelo tributo, e sim pela via adequada (seja administrativa, civil ou penal).

Como explicam Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino³⁰, o sistema tributário não se presta a sancionar ilícitos porque não é desenhado para tanto: não guarda qualquer proporcionalidade com a gravidade do ato que se pretende punir, mas apenas com o valor da operação econômica, ao mesmo tempo que a imposição tributária como sanção é arbitrária e não resguarda as garantias processuais penais para a aplicação proporcional da pena.

Em consonância com as considerações aqui realizadas, Luís Henrique Marotti Toselli³¹ lembra que a renda proveniente de ato ilícito consiste em um aumento patrimonial, ou seja, configura hipótese de incidência do imposto de renda, assim como revela capacidade contributiva de seu beneficiário. O autor expõe que, se a Constituição Federal e o Legislador Complementar elegeram como renda um fenômeno econômico, seria

²⁸ “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

²⁹ Sobre o tema, Alcides Jorge Costa (1975) explica que a disposição do art. 118 do CTN visa abarcar a tributação dos atos anuláveis, nulos ou ilícitos: “Obviamente, estes últimos não são tributados como atos ilícitos. Apenas são tributados porque desses atos ilícitos saem consequências idênticas às dos atos lícitos. Se tenho um lucro vendendo azeitonas, e pago imposto por isso, seria um pouco injusto que aquele que vende heroína ou morfina obtivesse um lucro e não pagasse imposto.”

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur; FOLLONI, André. *Tributação do ato ilícito*: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributários – IET. São Paulo: Malheiros, 2018.

³¹ TOSELLI, Luiz Henrique Marotti. A tributação da “propina”, efeitos penais e práticas adotadas pela fiscalização. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida. *Crimes contra a ordem tributária*: do direito tributário ao processo penal. São Paulo: Almedina, 2018.

irrelevante a natureza e/ou a validade jurídica das atividades que lhe dão origem, ou seja, a incidência recai sobre a “disponibilidade da renda enquanto produto de ações praticadas com a combinação do capital, do trabalho, ou de qualquer outro meio que possa gerar acréscimo patrimonial, e não as ações propriamente ditas”³².

A impossibilidade de tratamento diferenciado das atividades lícitas e ilícitas diante do fato que deu origem à renda é corroborada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citando-se, a título exemplificativo, o acórdão prolatado pela Corte no HC n. 77.530-4/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, por meio do qual se declarou não ter ocorrido sonegação fiscal na montagem de uma estrutura de empresas para o pagamento do imposto de renda sobre o produto de tráfico de drogas³³.

Ou seja, a coerência na aplicação do princípio do *pecunia non olet* e dos arts. 3º e 118 do CTN implica que, se para tributar a renda, independe a licitude em que se envolve o fato gerador, o mesmo deve ser aplicado na análise do que *não* é renda.

O imposto de renda sofre grande influência do princípio da igualdade isonômica, diante da observação dos princípios da generalidade e da universalidade, previstos no art. 153, § 2º, da Constituição, aplicando-se às diferentes situações *em razão da renda auferida*, e não dos atos que lhe deram origem³⁴. Referida lógica também se corrobora pela observação do princípio *pecunia non olet* e pelas disposições do Código Tributário Nacional, norma geral tributária.

Logo, Constituição e Código Tributário Nacional, que fornecem a base do sistema jurídico-tributário, vão na mesma direção, impondo que a apuração da renda se dê em

³² Ao frisar que o imposto de renda incide sobre um efeito econômico (renda), e não sobre a prática de um ato, Luís Henrique Marotti Toselli (2018, p. 131) exemplifica bem sua lição com as seguintes palavras:

“Uma coisa é a prática do ato, outra coisa são seus efeitos econômicos. Tributável pela renda é o salário, mas não o trabalho. Tributáveis são os juros, mas não o capital investido. Tributável é a renda proveniente do crime, não o crime. Enfim, tributa-se a riqueza gerada na figura da ‘renda’ – esta sim qualificada juridicamente no antecedente da norma de direito tributário –, mas não a sua causa, que pode ou não integrar o território da ‘facticidade jurídica’.”

³³ “Ementa:

Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: ‘non olet’.

Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultuosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair, pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação.

A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio da isonomia fiscal, de manifestação inspiração ética.

[...]

Voto:

De resto, afora a persistência de objeções de peso, como a de Ives Granda Martins (RT 712/118), não parece que no art. 118, I, do CTN, se possa fazer distinções quanto à maior ou menor carga de imoralidade da razão da invalidez de determinado ato, para subtrair da tributação o resultado econômico do fato criminoso.

Quicá possam contrariar o princípio da moralidade os dispositivos legais que fazem do pagamento do tributo causa elisiva da punibilidade do crime, não, a tributação do seu produto econômico, sem prejuízo da sanção penal.” (STF, 1ª Turma, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, HC n. 77.530-4/RS, julgado em 25.08.1998 – destaques nossos)

³⁴ NISHIOKA, Alexandre Naoki; LOMBA, Juliana Ferretti. As glosas de despesas nos “pagamentos sem causa” (Lei 8.981/1995, art. 61) e os atos ilícitos. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; PINTO, Alexandre Evaristo. *100 anos do imposto sobre a renda no Brasil*. São Paulo: MP, 2022.

desconsideração da licitude ou ilicitude dos atos que lhe deram origem, mas a partir da efetiva apuração de aumento patrimonial, enquanto conjunto universal de bens e direitos.

7. Dedutibilidade de custos e despesas decorrentes de atos ilícitos e de sanções pecuniárias

Diante de todas as considerações realizadas ao longo deste estudo, deve-se concluir que a licitude dos gastos realizados, tanto em função da produção de bens e serviços (custos), como aqueles necessários à manutenção da empresa (despesas necessárias), não pode interferir na possibilidade de sua dedução na apuração da base de cálculo do imposto de renda. Da mesma forma que a receita de origem ilícita demonstra a existência de capacidade contributiva, os gastos com essa atividade também demonstram a inexistência dela.

Nesse ponto, deve-se observar que, se nem mesmo a despesa, quando necessária, pode ser desconsiderada na apuração da base de cálculo do imposto de renda em razão da ilicitude de sua origem, quicá poderia o próprio custo, uma vez que este está diretamente relacionado à produção de bens e serviços (a exemplo dos insumos).

Quanto às sanções, em geral, a lei não prevê qualquer tratamento diferenciado que impeça a sua dedução. A única disposição nesse sentido se refere à regra prevista no art. 41, § 5º, da Lei n. 8.981/1995³⁵, que veda, apenas e tão somente, a dedutibilidade de multas impostas em decorrência de infrações fiscais, excepcionando aquelas com natureza compensatória ou que não decorram da falta de pagamento de tributo.

Em que pese a ausência de vedação legal expressa, ainda assim há discussão sobre a dedutibilidade das demais formas de sanções pecuniárias, especialmente aquelas aplicadas pelo Poder Público. Da mesma forma que deve se permitir o reconhecimento de receitas e de despesas necessárias relacionadas a atos ilícitos, as multas resultantes destes atos também devem ser reduzidas da base de cálculo do imposto de renda, pois não caracterizam um aumento patrimonial, assim como não se configuram como mero “consumo”. Em outras palavras, deve-se observar que, no mundo real, as sanções são parte do cotidiano das empresas, diante dos riscos que assumem, e que o seu pagamento é necessário para a manutenção de sua atividade³⁶.

³⁵ “§ 5º Não são dedutíveis como custo ou despesas operacionais as multas por infrações fiscais, salvo as de natureza compensatória e as impostas por infrações de que não resultem falta ou insuficiência de pagamento de tributo.”

³⁶ Em sentido semelhante ao defendido pelo presente trabalho, cita-se o entendimento esposado no acórdão n. 1401-001.793 pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme o voto vencedor do Conselheiro Guilherme Adolfo dos Santos Mendes: “Multas aplicadas pelo Bacen. Dedutibilidade. É da natureza da prática empresarial submeter-se ao imponderável, inclusive no âmbito dos deveres jurídicos. Para o exercício de atividades econômicas, é absolutamente necessário atirar-se num vasto campo do imprevisível e suportar as suas consequências, inclusive aquelas de índole punitiva. Na verdade, podemos dizer com a mais absoluta segurança que é praticamente impossível, em muitos setores econômicos, conseguir guiar um empreendimento sem arcar com multas impostas pela administração pública. O risco faz parte do negócio, e suas consequências também, inclusive aquelas de cunho pecuniário punitivo. Desse modo, das multas impostas pela Administração Pública correlatas ao exercício da atividade do empresário, apenas aquelas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias principais não são dedutíveis em razão de expressa previsão legal (§ 5º, art. 41, Lei n. 8.981/95).”

A partir das lições aqui observadas, percebe-se que, nem à luz do conceito constitucional de renda, nem dos preceitos do Código Tributário Nacional, pode-se permitir a vedação à dedutibilidade de custos, despesas necessárias e sanções pecuniárias com base apenas na ilicitude do ato que lhes deu origem. A lei não pode impedir que seja realizada a sua dedução, primeiramente, porque o imposto de renda deve incidir sobre a renda líquida, e a verificação de infração legal não altera a valoração do aumento patrimonial e nem mesmo a capacidade contributiva de quem a auferiu. Da mesma forma, uma vez que o tributo não pode ser usado como sanção, é impossível que se realize a distinção entre contribuintes e a forma de apuração da base de cálculo do imposto de renda também com fundamento nesse critério, o que se corrobora diante do princípio *pecunia non olet*.

8. Conclusões

A partir da delimitação do conceito constitucional de renda e, por consequência, da competência da União para a instituição do imposto de renda, depreende-se que a sua materialidade impõe a existência de um acréscimo patrimonial, ou seja, um aumento decorrente da análise do patrimônio em um momento inicial e em um momento final, não podendo ser caracterizado por meras passagens de receitas ou expectativas de direito, já que não foram incorporadas pelo contribuinte, mas sim por uma *entrada* patrimonial definitiva. Entretanto, conforme as lições do Professor Luís Eduardo Schoueri, para que seja completo o conceito, também deve se observar a *renda-produto*, configurada pelo produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos, sendo o fruto periódico de uma fonte permanente.

Por sua vez, a delimitação da base de cálculo dos tributos é matéria sujeita à definição pela lei. Dessa forma, considerando que a renda é composta pelo resultado de receitas, custos e despesas, é possível que o legislador infraconstitucional verse sobre os limites e critérios para a dedução de despesas, desde que não contrarie o princípio da renda líquida, além da universalidade e generalidade que informam o imposto de renda.

À luz do estudo realizado, concluiu-se que a licitude ou a ilicitude dos atos que dão origem à receita, ou permitem a manutenção da atividade econômica, não podem ser utilizados como forma de impedir a dedução dos respectivos gastos, desde que se caracterizem como custos ou despesas necessárias. Em outras palavras, a ilicitude dos atos do contribuinte não altera a natureza do gasto como custo ou despesa necessária. Caso a lei, ou a autoridade lançadora, utilize-se desse argumento para afastar a dedutibilidade de referidos gastos, acabaria violado o princípio da renda líquida, ao mesmo tempo em que seriam violados os arts. 3º e 118 do CTN, uma vez que o tributo passaria a ser utilizado como sanção, também ferindo o princípio *pecunia non olet*, que permite tanto a tributação do ato ilícito quanto a dedução de custos e despesas necessários decorrentes de atos ilícitos.

Por fim, diante da mesma lógica, também as sanções pecuniárias impostas pela prática de atos ilícitos são dedutíveis, quando se observar que estes atos foram realizados em razão da atividade econômica, seja diretamente na produção de bens e serviços, seja na manutenção da atividade comercial (ou seja, seja como custo ou despesa necessária ao negócio).

Ganhos e Perdas com a Adoção dos IFRS: o Caso da Metodologia de Equivalência Patrimonial e sua Utilidade para Fins Fiscais nos Dias de Hoje

Elidie Palma Bifano

Bruno Fajersztajn

1. Introdução ao tema

É com imensa satisfação que atendemos à convocação formulada pelos coordenadores da coletânea de artigos intitulada *Direito Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri*, coordenada pelos Profs. Drs. Ricardo Mariz de Oliveira, Fernando Aurelio Zilveti, Roberto Quiroga Mosquera e Tadeu Puretz, sob a chancela do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. A iniciativa reveste-se, sem dúvida alguma, de imensa significação, pela estatura jurídica do homenageado que tanto tem contribuído para o engrandecimento do Direito Tributário, no Brasil e no exterior, bem como pelo brilhantismo de sua carreira acadêmica.

O tema escolhido pelos autores versa sobre os ganhos e perdas da adoção dos *International Financial Reporting Standards* – IFRS, com foco na metodologia de equivalência patrimonial – MEP.

De forma geral, como já se vem comentando após a edição da Lei n. 11.638/2007, a adoção dos IFRS para as demonstrações individuais das entidades gerou perplexidade desde o primeiro momento, porque tais padrões foram idealizados para aplicação em demonstrações consolidadas que permitem entender a dinâmica de geração de resultados e lucros entre controladas e controladora. As demonstrações consolidadas não se prestam ao pagamento de dividendos nem tampouco para o cálculo dos tributos sobre a renda e o lucro, sendo, tão somente, instrumentos apropriados para que os investidores, no mercado, possam conduzir suas decisões, especialmente protegidos pela força que os grupos econômicos formados pela controladora e suas controladas propiciam.

À luz desses fatos e considerando-se que o Imposto sobre a Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro são apurados a partir do lucro líquido contábil de cada entidade, não sendo permitida a consolidação para fins tributários¹, a adoção dos IFRS nos balanços individuais exigiu, e ainda exige, o recurso a uma série muito grande de ajustes, visto que diversas metodologias utilizadas pelos IFRS resultam na apuração de resultados prospectivos, que somente se realizarão no futuro, como é o caso, por exemplo, do valor justo. Do ponto de vista econômico-contábil, esse efeito prospectivo é perfeito, pois o investidores precisam conhecer o futuro das entidades em que investem, mas tal critério é de impossível utilização para fins dos tributos acima citados, uma vez que a renda/os lucros a serem tributados devem estar realizados, incorporados no patrimônio social,

¹ Desde a revogação do art. 2º do Decreto-lei n. 1.598/1977 pelo Decreto-lei n. 1.648/1978.

suscetíveis de fruição, inclusive à luz do conceito de disponibilidade e realização da renda, fruto da aplicação do princípio da capacidade contributiva em matéria de tributos sobre a renda, plasmado no art. 43 do Código Tributário Nacional.

Para registrar adequadamente o lucro a ser tributado, criaram-se subcontas que devem ser registradas na contabilidade, já em desacordo com o objetivo da Lei n. 11.638/2007 que, ao adotar os IFRS, se propôs a expurgar a Contabilidade de quaisquer reflexos fiscais. Com isso, as obrigações acessórias fiscais para cumprir tal objetivo foram substancialmente incrementadas, bem como os riscos de autuação. Hoje, o que se observa, são fortes críticas à adoção desse padrão contábil nas demonstrações financeiras individuais, em processo totalmente contrário ao adotado no resto do mundo, uma vez que os balanços individuais seguem os padrões locais, os chamados GAAPs – *Generally accepted accounting principles*. O que se argumentou, à época, é que se os padrões IFRS mostram excelência para representar o fato econômico e social objeto das demonstrações consolidadas, eles também seriam o melhor para as demonstrações individuais.

Sem adentrar na seara contábil, o fato é que passados quase dez anos da Lei n. 12.973/2014, que adaptou a legislação tributária aos padrões IFRS, restam muitos aspectos não devidamente regulados, bem como têm surgido manifestações fiscais que trazem dúvidas quanto ao caminho que a lei brasileira teria adotado em matéria tributária. Um destes pontos diz respeito ao MEP e sua real utilidade, para fins fiscais.

Na realidade, essa indagação pode surpreender a muitos porque o MEP, desde sua introdução no sistema jurídico brasileiro, é dito como neutro para fins de cálculo dos tributos. Entretanto, reexaminando suas origens e premissas, o que faremos em rápida abordagem, é possível destacar algumas incoerências no sistema. Além disso, a partir da aplicação do MEP, originou-se um dos maiores contenciosos tributários do Brasil, vinculado à apuração e à amortização do chamado ágio na aquisição de participações societárias.

Outro fato relevante é que a partir da Lei n. 11.638/2007, com a adoção dos IFRS, para fins de relatórios financeiros, afastou-se a contabilidade das empresas brasileiras de quaisquer padrões locais ou fiscais, tornando-as aptas a adentrar em mercados internacionais, pois as informações a elas referentes guardam conformidade e uniformidade com aquelas das demais nações. A par de a Contabilidade brasileira ter incorporado as manifestações dos órgãos internacionais especializados em matéria contábil, também a legislação voltada aos tributos sobre o lucro/resultados e sobre receitas foi revisitada para se adaptar/neutralizar aos possíveis reflexos das novas práticas contábeis. Há, contudo, situações/hipóteses em que essas práticas resultaram incorporadas para fins tributários, dentre elas, as aquisições de participações societárias em controladas² que, para fins da nova padronização contábil, encontram-se sob o “guarda-chuva” das chamadas combinações de negócios.

À luz de todos esses fatos, portanto, é muito oportuna uma revisão do instituto do MEP, da literatura técnica sobre ele, bem como da correspondente legislação, para que se possam medir todos os seus reflexos, inclusive se há justificativa para, hoje, mantê-lo para fins tributários.

² Veja-se o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, alterado pela Lei n. 12.973/2014, art. 2º.

2. Breve histórico do instituto MEP

2.1. Introdução do MEP³ no Brasil

O MEP tem origem na Inglaterra e nos Estados Unidos, nos idos da década de 1970, como uma demonstração complementar às demonstrações consolidadas de grupos econômicos, uma vez que estas pressupõem controle e não seriam aplicáveis às situações que envolvem sociedades sobre as quais não se tem controle, mas influência. Essa metodologia permitiria reconhecer, efetivamente, os lucros que cabem à investidora nessa situação de coligação.

A Lei n. 6.404/1976, Lei das Sociedades por Ações, contempla um capítulo voltado às demonstrações financeiras, Capítulo XV, tendo a lei sido editada exatamente no período em que as práticas nesses países utilizavam o MEP, nos termos acima comentados. Além disso, nessa época, um dos assuntos mais abordados, internacionalmente, era a normatização contábil, que teve influência relevante da prática norte-americana, uma vez que as empresas sediadas nos Estados Unidos já utilizavam padrões contábeis evoluídos e voltados ao mercado. Coube a Manoel Ribeiro da Cruz Filho, conceituado auditor contábil independente, que havia vivido nos Estados Unidos, onde tomara conhecimento de tais novidades, elaborar esse capítulo da Lei n. 6.404/1976⁴. Associando-se a influência da Contabilidade norte-americana, e seu trânsito nos mercados globais, à grande massa de investidores norte-americanos, no Brasil, justificou-se a escolha dessa metodologia de avaliação de investimentos no país.

Assim, a Exposição de Motivos da Lei n. 6.404/1976, subscrita pelo então Ministro da Fazenda, destacado economista Professor Mario Henrique Simonsen, em sua Seção IV, ao tratar das demonstrações financeiras, esclarece:

“Na avaliação, no balanço patrimonial, de investimento considerado relevante, o princípio geral do custo de aquisição, atualizado monetariamente, não é critério adequado, porque não reflete as mutações ocorridas no patrimônio da sociedade coligada ou controlada. Daí as normas do artigo 249 que impõem, nos casos que especifica, a avaliação com base no patrimônio líquido. Quando esses investimentos correspondem a parcela apreciável dos recursos próprios da companhia, nem mesmo o critério de avaliação com base no patrimônio líquido é suficiente para informar acionistas e credores sobre a sua situação financeira: somente a elaboração de demonstrações financeiras consolidadas, segundo as normas constantes do artigo 251, poderá proporcionar esse conhecimento.” (Destques nossos)

Lida com atenção a Exposição de Motivos, é de se observar que o legislador, à época, já reconhecia que o MEP não era o método único e exclusivo de avaliação de um investimento, e que já estaria, então, suplantado pelas demonstrações consolidadas. Contudo, o art.183 da Lei n. 6.404/1976, que trata da avaliação de ativos, assim dispunha e segue dispondo em seu inciso III, no que se refere à avaliação de investimentos em participações societárias:

³ Neste estudo os autores tomam a liberdade, daqui para frente, de adotar a expressão “o MEP”, em referência ao instituto e não apenas à metodologia.

⁴ Disponível em: <https://congressousp.fipecafi.org/anais/artigos142014/104.pdf>.

“Art. 183. No balanço, os elementos do ativo serão avaliados segundo os seguintes critérios:

[...]

III – os investimentos em participação no capital social de outras sociedades, *ressalvado o disposto nos artigos 248 a 250*, pelo custo de aquisição, deduzido de provisão para perdas prováveis na realização do seu valor, quando essa perda estiver comprovada como permanente, e que não será modificado em razão do recebimento, sem custo para a companhia, de ações ou quotas bonificadas; [...]" (Destques nossos)

Os arts. 248 e 249 da Lei n. 6.404/1976, tinham, à época, a seguinte redação:

“Art. 248. *No balanço patrimonial da companhia, os investimentos relevantes (artigo 247, parágrafo único) em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital social, e em sociedades controladas, serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido, de acordo com as seguintes normas:*

I – o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II – o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III – a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 249. *A companhia aberta que tiver mais de 30% (trinta por cento) do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas nos termos do artigo 250.*" (Destques nossos)

Destaque-se que o art. 249 mantém sua redação original desde 1976, logo, o conceito de demonstrações consolidadas não se alterou, tendo sido apenas temperado pelas normas da CVM, relativamente às companhias abertas.

Ocorre que o Decreto-lei n. 1.598/1977, o qual alterou a legislação do imposto sobre a renda à luz da Lei n. 6.404/1976, incorporou o MEP, em seu art. 20, dispondo que o contribuinte que avaliasse investimento pelo valor de patrimônio líquido deveria, por ocasião da aquisição da participação, desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido e ágio ou deságio, sobrepreço ou desconto em relação ao valor do patrimônio líquido, nessa data. Rigorosamente, o registro contábil do MEP e os fundamentos econômicos do ágio/deságio, e sua realização, foram dados pelo Decreto-lei n. 1.598/1977, antes de que a Contabilidade o fizesse, o que somente ocorreu com a edição da Instrução da Comissão de Valores Mobiliários – CVM n. 01/1978, que dispunha sobre

as normas e procedimentos para contabilização e elaboração de demonstrações financeiras, relativas a ajustes decorrentes da avaliação de investimento relevante de companhia aberta em sociedades coligadas e em sociedades controladas. A regulação fiscal foi além do disposto no inciso III do art. 248, tratando a diferença entre o preço pago e o valor do patrimônio líquido como ágio/deságio e criando regras para seu registro e realização. Esse fato demonstra como nesta fase da Contabilidade a regulação legal se conectava, até se impondo, com a contábil, logo Direito e Contabilidade caminhavam juntos, fenômeno que perdurou até 2007, com a edição da Lei n. 11.638/2007.

Como se pode observar das disposições da Instrução CVM n. 01/1978, diferentemente do que ocorria nos Estados Unidos, o MEP foi aqui adotado para avaliar investimentos em controladas e coligadas e não apenas em sociedades sobre as quais não se tem controle, mas para investimentos que se revestissem de relevância para a companhia (sócio), ainda que não controlador. Relembrando, o art. 247 da Lei n. 6.404/1976, em sua versão original, considerava como relevante o investimento em coligada, igual ou superior a 10% do patrimônio líquido da investidora e igual ou superior a 15% desse mesmo patrimônio, no conjunto de coligadas e controladas.

À luz do Decreto-lei n. 1.598/1977, a regulação fiscal do MEP tinha, e tem, como pressupostos:

- i) Neutralidade da contrapartida levada a resultado do fruto da aplicação do MEP no balanço patrimonial, por ocasião da elaboração do balanço, ou seja, não dedução das perdas apuradas no investimento, em contrapartida da não tributação dos ganhos (art. 23);
- ii) Cômputo da atualização do investimento (acréscimo/redução do valor do investimento após aplicação do MEP) para fins de cálculo do ganho/perda de capital na realização do investimento (art. 33);
- iii) Impossibilidade de dedução, para fins de cálculo do imposto sobre a renda, do ágio pago mediante amortização periódica (art. 25, redação original), salvo em determinadas situações excepcionais, observadas as condições legais;
- iv) Tributação, para fins de cálculo do imposto sobre a renda, do deságio auferido, observadas as condições legais (art. 33).

À luz desses fatos, já à época da adoção do MEP, no Brasil, havia uma diferença de aplicação, para fins contábeis, em relação à prática internacional, adotado que o MEP foi para controladas e coligadas. Uma outra conclusão é que os investimentos registrados pelo custo têm tratamento tributário diverso daqueles avaliados pelo MEP, por ocasião de sua venda, pois no caso é apurado ganho de capital sobre a totalidade de sua valorização positiva em relação ao custo de aquisição, enquanto a valorização dos investimentos avaliados pelo MEP, a despeito de ser tratada como neutra, no momento de aplicação do método, gerando receita não tributável, ainda assim integra o custo dedutível. A perda dos investimentos avaliados pelo MEP reduz, igualmente, o custo para efeito de ganho ou perda de capital, a despeito de gerar despesa indedutível, quando contabilizada periodicamente.

2.2. Discutindo os reflexos fiscais: período anterior à edição das novas práticas contábeis (Lei n. 11.938/2007)

Por ocasião da edição do Decreto-lei n. 1.598/1977, o ágio/deságio na aquisição de participação societária, nos termos da lei, deveria ser amortizado no exercício social em que os bens que os haviam justificado fossem baixados por alienação ou perecimento, conforme redação original do art. 25, revogado pelo Decreto-lei n. 1.730/1979. Na hipótese de mais-valias decorrentes de fundo de comércio ou rentabilidade futura, elas somente seriam computadas na alienação do investimento.

No ano de 1997, foi editada a Lei n. 9.532, que regulou a dedução do ágio/deságio nos seguintes termos:

“Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

I – deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea ‘a’ do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, em contrapartida à conta que registre o bem ou direito que lhe deu causa;

II – deverá registrar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea ‘c’ do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, em contrapartida a conta de ativo permanente, não sujeita a amortização;

III – poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea ‘b’ do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

IV – deverá amortizar o valor do deságio cujo fundamento seja o de que trata a alínea ‘b’ do § 2º do art. 20 do Decreto-lei n. 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados durante os cinco anos-calendários subsequentes à incorporação, fusão ou cisão, à razão de 1/60 (um sessenta avos), no mínimo, para cada mês do período de apuração.

§ 1º O valor registrado na forma do inciso I integrará o custo do bem ou direito para efeito de apuração de ganho ou perda de capital e de depreciação, amortização ou exaustão.

[...]”

Essa disposição de lei consubstanciou benefício consistente em permitir que o investidor pudesse antecipar a dedução de parcela do custo de aquisição representada pelo ágio pago, observadas as condições previstas no art. 7º, IV, da Lei n. 9.532/1997, ou seja, desde que investida e investidora se integrassem em operação societária de incorporação, assim comprovando-se a sinergia entre elas, o que teria, fundamentalmente, determinado o pagamento do ágio. Esse dispositivo nasceu, exatamente, à época da venda das participações da União nas empresas de telefonia, que pertenciam ao então Sistema Telebrás, tratando-se, pois, de um atrativo adicional para os possíveis investidores, tendo em vista que não se poderia entender que aplicações em investimentos de longo prazo, como era o caso, dificilmente seriam objeto de alienação, pelo menos em curto prazo. A dedução do ágio amortizado implicava redução de desembolso de recur-

sos, economia transitória, em curto prazo, de tributos, justificando-se em momento de efetivo investimento. Embora inspirada nas privatizações em curso na época, a lei não se limitava às aquisições resultantes de desestatizações, aplicando-se a qualquer aquisição de participação avaliada pelo MEP, o que representou um grande fator de indução de operações de M&A, incentivo que se mantém até hoje, como se verá.

A partir da edição da Lei n. 9.532/1997, as autoridades fiscais tornaram-se extremamente rigorosas na fiscalização de operações de aquisição de investimentos com o pagamento de ágio, especialmente por conta da possibilidade de dedução antecipada de parte do custo de aquisição (ágio pago). Muitas teses foram levantadas pelo Fisco com o objetivo de impedir a dedução desse custo, a saber:

- Ágio na subscrição: pagamento de ágio no aumento de capital social, para entrada de novo sócio, seguido de redução de capital ou retirada de sócio antigo, permitiria alienação de participação societária sem pagamento de tributos sobre o ganho de capital eventualmente gerado;
- Ausência de propósito negocial no pagamento do ágio: argumento extraído do direito estrangeiro quando, no máximo caberia argumentar, e se fosse o caso, ausência de causa jurídica;
- Abuso de direito, fraude e simulação na aquisição de participação, com a construção de operações não verdadeiras;
- Uso ilegal de empresa-veículo para aquisição de participações, apenas com a finalidade de gerar ágio e tirar proveito tributário;
- Aplicação do conceito de ágio interno, apurado segundo conceitos contábeis (o grupo é uma única entidade) e não com fundamentos jurídicos;
- Impossibilidade de transferência do ágio para outra entidade, com a finalidade de impedir o real adquirente de usufruir o benefício;
- Impossibilidade de geração de ágio, na ausência de caixa na aquisição, figura própria da Contabilidade, inexistente no Direito;
- Inobservância de requisitos contábeis no registro do ágio;
- Uso de prazos de amortização diversos dos autorizados em lei ou no laudo de avaliação do patrimônio líquido contábil;
- Fundamentação do ágio, pelo contribuinte, exclusivamente em rentabilidade futura, com desprezo a outros fundamentos econômicos;
- Deficiências do laudo de avaliação do patrimônio líquido;
- Impossibilidade de deduzir a amortização do ágio para fins de Contribuição Social sobre o Lucro – CSL.

Em resumo, o benefício fiscal da Lei n. 9.532 gerou um contencioso de centenas de bilhões, que ocupa o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf, bem como os tribunais judiciais, como é de todos conhecido, a ponto de o próprio Fisco já ter proposto mais de um programa para parcelar os tributos devidos em decorrência da amortização do ágio, o que não logrou ser exitoso junto aos contribuintes. Assim, o que deveria ser um benefício para o contribuinte que agiu de acordo com a lei, tornou-se um tormento, gerando custos com consultores e advogados, além da angústia de ter que pagar multas sobre o tributo supostamente não arrecadado, quando não agravado com uma

representação penal em relação aos sócios/administradores. Em algumas circunstâncias, os contribuintes chegaram a sopesar o benefício de deduzir essas parcelas do custo de aquisição, antecipadamente, direito que lhes é garantido na baixa do investimento, comparado com os riscos de questionamento fiscal, assim abrindo mão desse direito⁵.

2.3. Leis n. 11.638/2007 e n. 12.973/2014: as novas práticas contábeis e os tributos

A Lei n. 11.638/2007, como já se disse, alterou e revogou diversos dispositivos da Lei n. 6.404/1976, incorporando padrões internacionais de Contabilidade, os IFRS. Além disso, de acordo com as normas emitidas pela CVM as demonstrações financeiras das companhias abertas devem ser preparadas em consonância com os padrões internacionais de contabilidade adotados nos principais mercados de valores mobiliários, cabendo ao Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC elaborar pronunciamentos em consonância com os IFRS, tudo na forma da Lei n. 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de capitais, estando a elas submetidas, além das companhias abertas, as sociedades de grande porte. Como já se comentou, o Brasil aparenta ser o único, ou um dos únicos se outro houver, país que adotou os padrões IFRS para o balanço individual, visto que tais padrões são voltados às demonstrações consolidadas.

No que tange ao tema sob debate, aquisição de participação societária, MEP e amortização de ágio, os IFRS trouxeram substanciais mudanças.

As novas práticas contábeis são voltadas à escrituração contábil e às demonstrações financeiras de entidades que reportam, as quais não são, necessariamente, entidades legais e que, tampouco, compreendem somente entidades legais vinculadas pelo relacionamento controladora-controlada (CPC 00 (R2)), diversamente do MEP. Os IFRS voltam-se aos negócios, geralmente tratados como atividades geradoras de fluxos de caixa, independentemente de haver ou não pessoa jurídica exercendo-a.

Com as novas práticas, foi introduzida a figura da Combinação de negócios – CPC 15 (R1), ou operação/qualquer outro evento por meio do qual um adquirente obtém o controle de um ou mais negócios, de uma parte independente, qualquer que seja a forma jurídica da operação. O substrato da combinação de negócios reside, pois, na obtenção de controle de um ou mais negócios, de um terceiro (fora do grupo econômico) quando os critérios de avaliação e contabilização dos ativos e passivos que integram esse negócio estão suportados no chamado valor justo, ou seja, 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 n. 46). O preço pago deve estar vinculado e encontrar alocação entre os ativos e passivos do negócio adquirido, conforme mensurado. O saldo que não encontrar melhor alocação será tratado como *goodwill*, ou rentabilidade futura, registrado como intangível não sus-

⁵ Sobre os efeitos nefastos, para os contribuintes, decorrentes do reconhecimento e dedução do ágio amortizado, veja-se trabalho anterior dos autores em O pagamento de ágio na compra de participações societárias e a segurança jurídica. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.). *Estudos de direito tributário: em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 493-533.

cetível de amortização contábil, podendo ser objeto de *impairment* ou imparidade, baixa, total ou parcial, na contabilidade por perda das condições de realização.

Para a correta alocação do preço de ativos e passivos, a contabilidade da entidade se vale de um PPA – *Purchase Price Allocation*, demonstrativo que indica os ativos e passivos aos quais o preço pago (valor justo) deve ser alocado, inclusive ativos/passivos não escriturados, sendo que valores não alocados são nele identificados como *goodwill* ou rentabilidade futura. Essa alocação, na Contabilidade internacional, é documental e pode estar contemplada em nota explicativa, sem contabilização até o momento em que o valor justo se realize. As orientações contábeis não exigem que terceiros, independentes, preparem o PPA. Contudo, se a contabilização inicial de uma combinação de negócios estiver incompleta ao término do período de reporte em que a combinação ocorrer, período de mensuração, o adquirente deve, em suas demonstrações contábeis, reportar os valores provisórios para os itens cuja contabilização estiver incompleta. De toda sorte, o período de mensuração não pode exceder a um ano da data da aquisição.

É interessante destacar que a despeito das manifestações do CPC, a Lei n. 6.404/1976 não foi alterada para contemplar, em sua inteireza, as práticas dos IFRS. Assim, no capítulo das demonstrações financeiras, para fins de avaliação de ativos e passivos (valor justo, ajuste a valor presente, teste de imparidade e outros), segue tratando de pessoas jurídicas, sociedades, tema que lhe é afeito, e não de entidades, conceito contábil muito mais amplo. Da mesma forma trata da metodologia de aquisição de investimentos, participações societárias e não de negócios, dispondo em seu art. 184-A caber à CVM estabelecer, com base na competência conferida no § 3º de seu art. 177, normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis à aquisição de controle. A lei societária volta ao tema em seu art. 226, que trata das operações de incorporação, fusão e cisão sendo que, nesse caso, as operações realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado (§ 3º), conforme redação da Lei n. 11.941/2009.

No que tange ao MEP, na lei societária, tampouco ele foi revogado para incorporar a combinação de negócios, tida como a forma mais adequada, do ponto de vista dos IFRS, de trazer a informação financeira aos usuários das demonstrações contábeis. Assim manteve-se a prática do MEP, adotada desde 1976, também mantidas na íntegra as disposições sobre demonstrações consolidadas.

Para fins fiscais, a Lei n. 12.973/2014 fez a adaptação/recepção da legislação tributária às novas práticas contábeis. No que tange ao MEP, reformulou o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/1977, que passou a ter a seguinte redação:

“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 artigo 21; e

II – *mais ou menos-valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de que trata o inciso I do caput; e*

III – *ágio por rentabilidade futura (goodwill)*, que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do *caput*.

§ 1º Os valores de que tratam os incisos I a III do *caput* serão registrados em subcontas.

[...]

§ 3º O valor de que trata o inciso II do *caput* deverá ser baseado em *laudo elaborado por perito independente que deverá ser protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil* ou cujo sumário deverá ser registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação.

[...]

§ 5º A aquisição de participação societária sujeita à avaliação pelo valor do patrimônio líquido exige o reconhecimento e a mensuração:

I – primeiramente, dos ativos identificáveis adquiridos e dos passivos assumidos a valor justo; e

II – posteriormente, do *ágio por rentabilidade futura (goodwill)* ou do ganho proveniente de compra vantajosa.

§ 6º O ganho proveniente de compra vantajosa de que trata o § 5º, que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da participação adquirida, em relação ao custo de aquisição do investimento, será computado na determinação do lucro real no período de apuração da alienação ou baixa do investimento.

§ 7º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo, podendo estabelecer formas alternativas de registro e de apresentação do laudo previsto no § 3º.”

O exame desse dispositivo evidencia que, embora a lei societária não tenha incorporado, expressamente, as recomendações do CPC 15(R1), delegando essa tarefa à CVM, a lei em matéria tributária incorporou terminologias e procedimentos, nele previstos, criando, de fato, um sistema híbrido na adaptação dos IRFS, o qual misturou técnicas de MEP com as de combinação de negócios, o que, se verá, complicou, sobremaneira, o que de per si, já era complexo, como comentado. O que atesta a criação desse terceiro modelo de tratar a aquisição de controle de participações societárias/negócios são os seguintes elementos:

- i) Manutenção expressa do MEP (Decreto-lei n. 1.598/1976, art. 20, *caput*), que não é mais aplicável na relação controlada/controladora para fins contábeis, como disposto no CPC n. 15 (R1);
- ii) Registro da mais ou menos-valia, decorrente da diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor de patrimônio líquido, fórmula contábil para aquisição de negócios, em subcontas da conta de investimento;
- iii) *Ágio (goodwill)*, que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores de que tratam os incisos I e II do *caput*, não vinculado, diretamente aos ativos e passivos, mas à rentabilidade futura;
- iv) Ganho proveniente de compra vantajosa que corresponde ao excesso do valor justo dos ativos líquidos da investida, em relação ao preço de aquisição (desconto obtido);

- v) Exigência, para fins de registro de mais-valias e do ágio, de laudo elaborado por perito independente, protocolado na Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, ou registro de seu sumário em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, até o último dia útil do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da aquisição da participação, o que não consta nas regras contábeis;
- vi) Aplicação desse modelo contábil-societário a investimentos em coligadas com influência que, se verã, é outra hipótese diversa da prevista nos IFRS.

Até o momento, desconhecemos autuações fiscais relacionadas às novas normas introduzidas pela Lei n. 12.973/2014; contudo, no que tange ao registro e amortização do ágio, a própria RFB já se posicionou no sentido desse modelo híbrido no tratamento da aquisição de participações societárias, como se pode ver na Solução de Consulta Cosit n. 39/2020, que examina operação de fechamento de capital de uma sociedade, em que a controladora adquiriu ações de minoritários, aumentando sua participação, mas não afetando a situação de controle, hipótese em que, por força do CPC 15 (R1), não devem ser registradas mais ou menos-valias e, tampouco, *goodwill* ou resultado de compra vantajosa (ágio/deságio). Dado esse fato, a despeito da Lei n. 6.404/1976 e do Decreto-lei n. 1.598/1977 disporem que a aquisição de participação em sociedade controlada deve ser objeto de registro contábil pelo MEP, apurando-se mais/menos-valias e *goodwill*/resultado de compra vantajosa, a RFB entendeu que deveria ser aplicado o CPC n. 15 (R1), sendo vedada a apuração de mais-valias e ágio/deságio, a saber:

“Aquisição de participação societária. Ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*). Existência. Incorporação. Exclusão do *goodwill* no Lalur. Possibilidade. Necessidade de observância das normas contábeis e da legislação societária. Desde que o *goodwill* seja existente e registrado em conformidade com as normas contábeis, a aquisição de participação societária decorrente de operação regular de aquisição patrimonial realizada em estrita observância à legislação societária, com substância econômica, real, com ausência de dolo, fraude ou simulação [...] terá o tratamento dispensado pelo art. 20 do DL 1.598.” (Destques nossos)

Ou seja, prioriza-se o tratamento contábil em detrimento do tratamento legal. Esse impasse criado pela legislação e pela própria RFB traz, mais um vez, intranquilidade para os contribuintes, confirmando que até hoje a adoção dos IFRS se fez e se faz pela metade, ao sabor do interesse da arrecadação.

Acresça-se que a exigência de registro de subcontas para identificar mais-valias, como comentado, implica nítida interferência de exigência fiscal na contabilidade das sociedades/entidades, resultando em absoluta distorção dos propósitos do IFRS, como pretendido pela Lei n. 11.638/2007, além de multiplicar sobremaneira as obrigações acessórias dos contribuintes.

3. Mas, afinal, o IFRS utiliza o MEP?

O IASB (*International Accounting Standards Board*) é uma organização internacional dedicada ao estudo, preparo e divulgação de Normas Internacionais voltadas ao Relatório Financeiro, tendo como foco a harmonização das práticas contábeis em todo o mundo, garantindo assim que as empresas possam reportar suas informações financeiras de

maneira uniforme e acessível, de forma globalizada. As manifestações ou pronunciamentos do IASB, outrora, eram designados por IAS – *International Accounting Standards*, os quais vêm sendo, lentamente, substituídos pelos nossos conhecidos IFRS.

De acordo com manifestação do IASB⁶, o IAS 28 exige que a entidade investidora contabilize o seu investimento em coligadas e empreendimentos conjuntos, consoante o MEP, assim também exigindo o IFRS 12 em relação aos investimentos em *joint ventures*. Para tais fins, coligada (*associate*, em inglês) é uma entidade sobre a qual o investidor exerce influência significativa ou o poder de participar nas decisões de política financeira e operacional da investida sem o poder de controlar ou controlar conjuntamente tais políticas. Esclarece, ainda, que se uma entidade detém, direta ou indiretamente, 20% ou mais do poder de voto da investida, presume-se que a entidade tem influência significativa. Já uma *joint venture* é um acordo pelo qual as partes, por deterem controle conjunto, têm direitos sobre os ativos líquidos do negócio.

Por fim, esclarece o IASB que ainda que tais investimentos estejam sujeitos ao MEP, no seu reconhecimento inicial, seja em coligada ou *joint venture*, ele é feito pelo custo, sendo esse valor aumentado ou reduzido (MEP) para reconhecer a parte do investidor nos lucros ou prejuízos subsequentes da investida e para incluir essa parte dos lucros ou perdas da investida nos lucros ou prejuízos do investidor. As distribuições (lucros) recebidas de uma investida reduzem o valor contábil do investimento. Ajustes no valor contábil também podem ser necessários para alterações na participação proporcional do investidor na investida e para outros resultados abrangentes da investida.

Observe-se que o CPC 18, embora calcado no IAS 28, é substancialmente diverso deste, sendo sua abrangência “Investimento em coligada, em controlada e em empreendimento controlado em conjunto”. Com isso, ele resultou uma cópia das regras locais anteriores sobre aquisição de participação societária e reconhecimento de ágio e deságio, aplicável, até mesmo, a entidades não controladas, diversamente do preconizado pelo IAS 28. Reitera esse entendimento o *Manual de Contabilidade IFRS/CPC, Demonstrações financeiras consolidadas* – PWC⁷, ao tratar do IAS 28, frisando que ele se aplica a “Investimentos em coligadas”. Na nota 27.92BR, esse Manual pontua a diferença entre o IAS 28 e a lei societária, que acaba sendo utilizada para fins fiscais⁸. No mesmo sentido posiciona-se Eliseu Martins *et al.*, advertindo que até 2014 não existia nos padrões IFRS a possibilidade de utilização do MEP para avaliação de investimentos em controladas. Contudo, por ser adotado por alguns países, como é o caso brasileiro, foi incluída a possibilidade de utilização dessa metodologia nas demonstrações separadas, individuais, o que permitiu a adoção, no caso brasileiro, nas demonstrações financeiras da controladora, que resulta ser uma demonstração individual, do MEP. Até essa revisão do IAS 27, em

⁶ Disponível em: <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-28-investments-in-associates-and-joint-ventures/>.

⁷ *Manual de Contabilidade IFRS/CPC, Demonstrações financeiras consolidadas*, PWC. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Ed. Ltda, 2011, p. 459.

⁸ *Manual de Contabilidade IFRS/CPC, Demonstrações financeiras consolidadas*, PWC. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Ed. Ltda, 2011, p. 483.

2014, o tema era objeto de evidenciação dessa diferença nos balanços individuais, no Brasil⁹.

Assim constata-se que o MEP, adotado pela Lei n. 6.404/1976 e pelo Decreto-lei n. 1.598/1977, não é critério de avaliação de investimentos em entidades controladas, de acordo com os IFRS, visto que elas são vistas, do ponto de vista econômico, como um único grupo, sujeitas às Demonstrações Consolidadas. O CPC 36 (R3), que trata das Demonstrações Financeiras Consolidadas, correspondência ao IFRS 10, esclarece que demonstrações consolidadas são as demonstrações contábeis de um grupo por meio das quais os ativos, passivos, patrimônio líquido, receitas, despesas e fluxos de caixa da sociedade controladora e de suas controladas são apresentados como se fossem uma única entidade econômica. A investidora, enquadrada na figura de entidade de investimento, deve mensurar e avaliar o desempenho de seus investimentos, salvo alguma exceção, com base no valor justo, pois o uso do valor justo resulta em informações mais relevantes do que a consolidação de suas controladas ou o uso do método da equivalência patrimonial para suas participações em coligadas ou empreendimentos controlados em conjunto.

As demonstrações consolidadas são relevantes para o mercado investidor, pois evidenciam a proteção de que desfrutam suas inversões, dada a força que o grupo desfruta em relação a entidades vistas isoladamente. Os próprios investidores minoritários ganham do investidor no lucro ou prejuízo da investida, sendo objeto de destaque nas demonstrações consolidadas, e sua relação com a controladora também é tratada como transação de sócios.

Como se observa, o Brasil mantém o MEP, na lei societária, em relação a sociedades controladas, não em total conformidade com o conjunto de padrões contábeis que adotou, os IFRS. Rigorosamente, para fins societários e de distribuição de lucros, o mercado utiliza as práticas dos IFRS, à exceção das instituições financeiras que, agora, também começam a migrar para tal modelo. Sendo assim, por que manter o vetusto modelo de MEP para entidades controladas? Observe-se que o registro de investimentos, em controladas, obedece a regras especiais (valor justo de ativos e passivos), no momento da aquisição de controle, sendo irrelevante qualquer outro método adicional para tanto.

No ano de 2018 houve uma tentativa, por parte de integrantes de RFB, de simplificar o balanço utilizado para fins de cálculo do Imposto sobre a Renda, afastando-se do IFRS, contemplando, dentre outras novidades, a eliminação do MEP, para fins fiscais. Quais seriam, rigorosamente, os principais reflexos desse movimento? É o que se passa a ver.

4. Qual seria o fruto da eliminação do MEP, para fins fiscais?

Parece evidente que, sendo as contrapartidas da aplicação do MEP neutras para fins fiscais, a sua manutenção em negócios envolvendo controladora e controladas resul-

⁹ *Manual de Contabilidade Societária aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 181.

ta uma complicação desnecessária, muito mais voltada a uma certa nostalgia societária e tributária. A opção da Lei n. 12.973/2014, pela adoção, ao menos para fins de mensuração dos ativos, do instituto da combinação de negócios, CPC n. 15(R2), permite que as regras de avaliação nele previstas sejam amplamente praticadas. Rigorosamente, a nosso ver, todas as etapas do MEP se encontram, em detalhes, na aplicação do CPC n. 15, por ocasião da aquisição de controle de novo negócio.

Ocorre que para fins societários e fiscais, no Brasil, o MEP é aplicado nas seguintes situações:

- i) Na aquisição de participação societária em controlada e coligada com influência, sendo aplicável, a nosso ver, ainda que não seja a primeira aquisição e que a investidora já desfrute a condição de controladora;
- ii) Nas demonstrações financeiras, individuais, exigidas por lei (anuais ou não); e
- iii) Na alienação/baixa do investimento.

Como o uso do MEP foi autorizado pelo IASB, em 2014, para demonstrações separadas/individuais, permitindo às controladoras utilizarem-no nas demonstrações consolidadas (balanço individual da controladora), esse uso também permite que as investidoras reconheçam *goodwill*/ágio não só na aquisição de controle como nas aquisições subsequentes, prática contra a qual as autoridades fiscais, como se viu, já se manifestaram. Dessa forma, vislumbra-se a criação de um novo contencioso tributário, de vez que as autoridades só querem reconhecer o ágio oriundo da aquisição de controle, desconhecendo a autorização de uso do MEP pelo IASB.

O já comentado registro de mais-valias em subconta, da mesma forma, tem um grande potencial de gerar controvérsias, de vez que ele foi criado para permitir que as autoridades fiscais examinem sua realização, na controladora e na controlada/coligada, e a ausência desse registro compromete a dedução do ágio amortizado.

Diante desses fatos, o que se propõe é que o CPC 15 seja adotado para fins societários e fiscais, no caso das controladas, abandonando-se o MEP que, como se observa, é uma exceção no mundo globalizado da Contabilidade, reconhecendo-se ágio na primeira aquisição, sem qualquer prejuízo de se manter como custo de aquisição os subsequentes desembolsos na aquisição de novas participações em controladas. O histórico do registro e amortização do ágio, para fins fiscais, tem se mostrado foco de grandes disputas entre contribuintes e o Fisco, há mais de 30 anos e, certamente, as disposições atuais têm potencial de gerar mais controvérsia.

Em julho de 2019, técnicos da RFB¹⁰ apresentaram projeto denominado “Nova Visão para o IRPJ com Base no Lucro Real: Lucro Real com Base no Lucro Líquido no Resultado Fiscal” no qual buscam eliminar a conexão do lucro real com a Contabilidade, a exemplo dos Estados Unidos e do Reino Unido, usuários desse modelo de apuração do lucro tributável.

No caso de alienação das participações societárias, sugeriu-se que seja adotado o custo de aquisição, para fins de apuração do respectivo ganho de capital. Quanto aos

¹⁰ Slides apresentados em Seminário Controvérsias, 2019, liderado pelo Fipecafi.

ágio/deságio apurados, sugerem que eles sejam dedutíveis/tributáveis a partir da data da aquisição do investimento, em 20 anos. Parece-nos que esse prazo de 20 anos teria como fundamento o fato de que investimentos em controladas são adquiridos com objetivo de manutenção por longos períodos, de modo que se permita uma dedução condizente com esse pressuposto sem a necessidade de se aguardar uma eventual alienação, o que nos parece, em certa medida, razoável e sem potencial de geração de mais litígios. Com isso, a nosso ver, seriam afastadas todas as discussões hoje existentes quando se alega que a amortização do ágio não se vincula ao negócio, mas apenas à oportunidade tributária. Mais do que nunca, esse projeto se justifica, especialmente para afastar o tratamento híbrido que as novas práticas contábeis vêm recebendo por parte da RFB.

De toda sorte, eliminar o MEP para fins fiscais também eliminará, por certo, o contencioso tributário que ele acarretou, poupando os contribuintes, os tribunais e os investidores de preocupações e gastos que correm o risco de se eternizar no contexto tributário brasileiro.

O Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas sobre Ganhos Líquidos Obtidos em Bolsa: o Caráter Definitivo da Incidência de 15%

Paulo Victor Vieira da Rocha

Introdução

Com o propósito declarado de *fomentar o mercado de capitais brasileiro*, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 11.033/2004, como um conjunto de regramentos específicos para a tributação do mercado financeiro e de capitais. Em meio a tais prescrições, encontra-se uma segunda a qual as vendas de ativos em mercado bursátil implicam um dever de retenção, pelo agente intermediário, de 0,005% do preço recebido pelo alienante.

A lei trata esta retenção sob a forma de imposto de renda retido na fonte por antecipação, já que o próprio contribuinte (alienante) tem o dever de apurar seus ganhos líquidos no período (mensal) e sobre eles aplicar a alíquota de 15% de imposto e, deste resultado, deduzir aqueles valores que tenham sido objeto de retenção pelo agente intermediário da transação. Este imposto (já deduzido o imposto retido) deve ser recolhido pelo contribuinte no mês subsequente à realização do ganho.

Em relação às pessoas físicas, a tributação desses rendimentos se encerra aí. Os 15 pontos percentuais sobre os ganhos líquidos implicam, em certa medida, uma tributação cedular¹ desses rendimentos, não devendo a pessoa física incluí-los na sua apuração anual de rendimentos tributáveis, sujeitos à tabela progressiva do imposto (até a alíquota de vinte e sete e meio por cento). Sabe-se que autores de enorme prestígio, como Ricardo Mariz de Oliveira², entendem inconstitucionais regras de tributação que diferenciem rendimentos em termos de alíquota e que imponham tributação de rendimentos de forma isolada, sem levar em consideração o acréscimo patrimonial em bases anuais. Mas aqui esta discussão não será enfrentada e será assumida a validade dessas regras, pelo fato de não terem tido sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário até então, bem como porque tal discussão exige por si só um trabalho especificamente dedicado a ela.

¹ Sobre o conceito de tributação cedular da renda: SELIGMAN, Edwin R. A. *The Income Tax: a study of the history, theory and practice of income taxation at home and abroad*. 2. ed. New York: The Macmillian Company, 1914, p. 36-37. TILBERY, Henry. *O novo Imposto de Renda do Brasil. Comentário à Lei 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989, p. 16-17. McNULTY, John K. *Federal Income Taxation of Individuals*. 6. ed. St. Paul (Minn): West Group, 1999, p. 30. COSTA, Alcides Jorge. História do direito tributário II. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 70-101 (85-88). SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a renda das pessoas físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. São Paulo: Campos, 2010, p. 1-26 (12-13). SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 440-442. SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 250.

² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. vol. I, p. 340-341.

Assim, a tributação isolada dos ganhos líquidos mencionados decorre do art. 2º da Lei n. 11.033/2004, que, por sua vez, abrindo exceção ao regime mais amplo da tributação dos rendimentos decorrentes do mercado financeiro e de capitais, posto pelo art. 1º da mesma lei, impõe tanto a incidência cedular específica de 15% sobre esses rendimentos (inciso II do *caput*) quanto o dever de retenção pelo intermediário da operação (§ 6º) e o direito à dedução ou compensação (§ 7º), o que, com efeito, evidencia o caráter antecipatório da retenção (que será analisado mais detidamente adiante).

Retenha-se até aqui que o art. 1º da Lei n. 11.033/2004 institui, como regra geral, uma tabela regressiva no tempo (de no máximo 22,5%) de incidência do imposto de renda sobre rendimentos auferidos a partir de aplicações financeiras de renda fixa e renda variável. Por sua vez, o art. 2º abre uma exceção a essa regra, estabelecendo uma alíquota única de 20% sobre ganhos auferidos em operações de *day-trade* e outra alíquota única de 15% sobre ganhos líquidos auferidos por meio de todas as outras vendas de ações que não configurem *day-trade*.

Inexiste no imposto de renda da pessoa física um regramento prescrevendo a não inclusão desses rendimentos na apuração mais ampla dos rendimentos tributáveis, sujeitos ao chamado “ajuste anual”, na forma da tabela progressiva de até 27,5%, mas tampouco há notícia de que já se tenha cogitado tal inclusão, o que parece decorrer da metarregra de interpretação legal segundo a qual regra especial prevalece sobre regra geral³.

Fixe-se, portanto, que não se cogita sejam tais ganhos adicionados aos rendimentos tributáveis por ocasião do ajuste anual, embora não exista dispositivo legal prescrevendo a sua “não inclusão”. A incidência cedular à alíquota de 15%, como dito, seria regra especial, em relação a uma regra geral, que é a submissão dos rendimentos da pessoa física à tabela progressiva⁴.

Em relação às pessoas jurídicas, contudo, a questão não é tão simples, pois não foi revogado o art. 32 da Lei n. 8.981/1993, segundo o qual os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo artigo anterior (art. 31) deveriam ser acrescidos à base de cálculo apurada segundo os arts. 28 ou 29 da mesma Lei n. 8.981/1993. Assim, em princípio, haveria, para pessoas jurídicas, uma regra expressa determinando a adição desses rendimentos no lucro real ou presumido, diferentemente do que se descreveu em relação a pessoas físicas.

Isso porque o art. 31 da Lei n. 8.981/1993 definia “receita bruta”, mas foi expressamente revogado pela Lei n. 12.973/2014. Assim, os ganhos que não integrassem a receita bruta deveriam ser adicionados à base de cálculo do imposto, que, segundo o próprio art. 32, seria aquela definida pelo art. 28 ou pelo art. 29 da referida lei.

Por sua vez, o art. 28 definia, a partir da receita bruta, a base de cálculo do imposto pago sob a forma de antecipações mensais, no caso das pessoas jurídicas sujeitas ao lucro

³ RÜTHERS, Bernd; FISCHER, Christian; BIRK, Axel. *Rechtstheorie mit Jusristische Methodenlehre*. 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2013, p. 416, número de margem 771.

⁴ De certo modo, é o que se pode encontrar na posição de Tilbery, ainda que se referindo mais especificamente ao caráter antecipatório da retenção na fonte, como regra geral. TILBERY, Henry. *O novo Imposto de Renda do Brasil. Comentário à Lei 7713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989, p. 43.

real que optassem pelo regime de pagamentos baseados em estimativas mensais. Mas tal dispositivo já estava revogado desde 1995, pela Lei n. 9.249 daquele ano. Já o art. 29 rege a apuração da base de cálculo do imposto de renda de instituições financeiras e algumas assemelhadas.

Portanto, o art. 32, ainda que determine a adição de determinados ganhos ao lucro real, ele parece se referir a formas específicas de apuração do lucro real, uma delas, inclusive, revogada e a outra, obviamente, não aplicável ao caso. Ele poderia até merecer, no passado, uma interpretação mais ampla que essa. Mas com o advento da Lei n. 11.033/2004, senão revogado tacitamente, ele, no mínimo teve seu âmbito de aplicação fortemente restringido, como procura demonstrar este trabalho.

No entanto, talvez o art. 32 da Lei n. 8.981/1993 fosse o único dispositivo que pudesse dar alguma base legal para o art. 70 da IN n. 1.585/2015, segundo o qual (*caput*) “o imposto de renda retido na fonte sobre os rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa ou de renda variável *ou pago sobre ganhos líquidos mensais*” (destaquei) será (inciso I) “deduzido do devido no encerramento de cada período de apuração ou na data de extinção, no caso da pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado”, contudo, tal imposto será (inciso II), “definitivo, no caso de pessoa física ou de pessoa jurídica optante pela inscrição no Simples Nacional ou isenta”.

Esse dispositivo da IN delinea, portanto, que, para pessoas jurídicas enquadradas nos regimes de lucro real, presumido ou arbitrado, os 15% recolhidos pelo próprio contribuinte não seriam definitivos, senão uma “segunda antecipação” do imposto devido com base no lucro real, presumido ou arbitrado.

Ocorre que esta distinção entre, de um lado, pessoas físicas, pessoas jurídicas isentas ou optantes pelo Simples Nacional e, de outro, as demais pessoas jurídicas (a apurarem seu imposto de renda sobre o lucro real, presumido ou arbitrado) só é feita pela Administração Tributária, por meio da Instrução Normativa, não constando de lei, em sentido estrito, o que já sugere uma questão de legalidade.

A prescrição da IN até poderia decorrer da vigência do art. 32, mencionado, que como dito, não foi expressamente revogado. Isso, contudo, ganha novas cores quando se percebe ter sido tal dispositivo objeto de uma clara derrogação parcial tácita, pela Lei n. 11.033/2004. O presente trabalho enfrenta essa questão, mas, não se limitando a ela, sustenta que há outras (e muito mais fortes) razões para se concluir que o regime hoje vigente no Brasil para tributação de ganhos líquidos obtidos em ambiente bursátil não distingue pessoas físicas e jurídicas, sendo ambas sujeitas à mesma alíquota cedular, definitiva, de 15%. É o que se passa a fazer.

1. A ilegalidade do art. 70 da IN RFB n. 1.585/2015 de acordo com o plano literal

Como visto acima, o art. 70 da IN RFB n. 1.585/2015 determina, de forma geral, em seu § 1º, que os ganhos líquidos obtidos em bolsa de valores integram o lucro tributável da empresa, seja ele o lucro real, presumido ou arbitrado e vários dos parágrafos subsequentes deste artigo regulam detalhadamente a tributação decorrente de tal inclusão.

Ocorre que esta integração ao lucro real, presumido ou arbitrado não tem fundamento legal. Isso porque a Lei n. 11.033/2004 prescreve uma regra especial para a tributação desses rendimentos, tornando-a, de certa maneira, cedular ou, pelo menos, isolada. Com efeito, a regra geral do imposto de renda da pessoa física é a submissão da renda à tabela progressiva. Uma série de regras especiais abrem exceção a esta regra geral e submetem alguns rendimentos a uma incidência específica e segregada dos demais rendimentos, o que ganha traços do que na literatura se chama de “tributação cedular”⁵.

O termo vem de razões históricas, já que, no passado, este modelo de tributação dos rendimentos de forma analítica era baseado no conceito de “cédulas”, como categorias às quais cada tipo de rendimento deveria ser submetido e para tributação⁶. Dito de outro modo, em vez de um imposto “sobre a renda”, considerada de forma universal ou global, tem-se um imposto “sobre os rendimentos”, considerados e tratados pela legislação do imposto de forma segregada, a depender de suas fontes⁷. Com efeito, embora o imposto de renda brasileiro tenha deixado de ser cedular, ele guarda ainda uma série de traços deste regime, a exemplo das regras que impõem tributação exclusiva e definitiva na fonte de determinados rendimentos e tributação isolada dos ganhos de capital, como apontado por Schoueri⁸.

Assim, o art. 1º da Lei n. 11.033/2004, por meio de uma exceção, submete os rendimentos decorrentes de aplicação de renda fixa e renda variável a um regramento especial, já que segrega esses rendimentos dos demais e lhes retira do âmbito de incidência da tabela progressiva (com alíquota de até 27,5%). Em vez dessa regra geral (tabela progressiva de até 27,5% sobre vários tipos de rendimentos considerados sinteticamente), os rendimentos previstos no art. 1º da Lei n. 11.033/2004 se submetem analiticamente (de forma segregada dos demais rendimentos) a uma tabela regressiva no tempo de 22,5% até 15%. Assim, em princípio, o regramento especial do art. 1º da Lei n. 11.033/2004 abrangeria todos os rendimentos de renda fixa e de renda variável.

Perceba-se a diferença entre regra geral e regra especial, inclusive no tocante à função das alíquotas. A regra geral é a incidência de alíquotas progressivas em *função da base de cálculo* do imposto. A regra especial é a incidência de alíquotas regressivas em

⁵ SELIGMAN, Edwin R. A. *The Income Tax: a study of the history, theory and practice of income taxation at home and abroad*. 2. ed. New York: The Macmillian Company, 1914, p. 36-37. TILBERY, Henry. *O novo Imposto de Renda do Brasil. Comentário à Lei 7.713/88 ajustado aos novos métodos de atualização monetária*. São Paulo: IOB, 1989, p. 16-17. McNULTY, John K. *Federal Income Taxation of Individuals*. 6. ed. St. Paul (Minn): West Group, 1999, p. 30. COSTA, Alcides Jorge. História do direito tributário II. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 70-101 (85-88). SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto sobre a renda das pessoas físicas. In: JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira; PASIN, João Bosco Coelho (coord.). *Tributos em espécie: fundamentos e elementos*. São Paulo: Campos, 2010, p. 1-26 (12-13). SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 440-442. SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 250.

⁶ COSTA, Alcides Jorge. História do direito tributário II. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 70-101 (85-88).

⁷ McNULTY, John. K. *Federal Income Taxation of Individuals*. Saint Paul (Minn), 1999, p. 30.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 441.

função do tempo do investimento, de modo que, quanto maior a duração do investimento, menor será a alíquota incidente, até um piso de 15%. Tal imposto deve ser retido pela fonte pagadora dos rendimentos e era expressamente definido pelo art. 76 da Lei n. 8.981/1993 como de incidência exclusiva e definitiva tanto para pessoas físicas quanto para pessoas jurídicas não tributadas pelo lucro real.

Veja-se, ainda, que o referido art. 76 trata do caráter definitivo ou não do imposto de renda *retido* pela fonte *pagadora dos rendimentos*. Ele não trata, portanto, de imposto retido por agente intermediário de operação na bolsa de valores, que não é fonte pagadora de rendimentos, no caso das operações em mercado bursátil. Ele, de fato, diferencia pessoas jurídicas que apuram imposto de renda pelo lucro real das demais pessoas jurídicas e das pessoas físicas. Mas ele trata, repita-se, do imposto de renda que (1) é retido *pela fonte pagadora* dos rendimentos; (2) é calculado *sobre os rendimentos*.

Já o art. 2º da mesma Lei n. 11.033/2004 abre uma nova exceção àquela primeira exceção, e o faz de forma expressa, prescrevendo que a (ganhos líquidos) uma classe específica daqueles rendimentos previstos no artigo anterior (renda fixa e renda variável) não se aplicam aquelas regras (do art. 1º), mas sim outras regras, previstas no art. 2º e que, portanto, são mais especiais que as primeiras. Perceba-se, o art. 1º fixa uma regra especial (em relação à regra geral da incidência universal sob tabela progressiva) e o art. 2º fixa uma regra mais especial que a anterior (daí falar-se em *exceção à exceção*), conforme segue.

Nos termos do referido art. 2º, os ganhos líquidos, resultantes “de operações realizadas em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, inclusive *day-trade*, permanecem sujeitos à legislação vigente e serão tributados às seguintes alíquotas” (sem destaques no original). Somente este tipo de renda variável foi retirado do escopo do art. 1º por força da especialidade do art. 2º: os ganhos líquidos obtidos em mercado bursátil e assemelhados. Segue-se, então a previsão da alíquota de 20% para os ganhos líquidos obtidos em operação de *day-trade* (inciso I) e de 15% para todos os demais casos previstos no *caput*.

Veja-se, em primeiro lugar, o afastamento expresso, pelo art. 2º, da regra especial do art. 1º, com a subsequente afirmação de que esses rendimentos permanecem sujeitos à legislação vigente. O problema é saber quais regras da legislação anterior permanecem vigentes e quais foram implicitamente derogadas por incompatibilidade lógica com o referido art. 2º da Lei n. 11.033/2004.

Contudo, e aqui entra um ponto crucial no argumento, a mesma regra que abre exceção ao art. 1º – e submete esses ganhos líquidos a uma legislação preexistente – em termos de alíquota, os submete a uma regra mais específica que a regra afastada do art. 1º e que não se confunde com a da dita “legislação vigente”.

Veja-se que, embora haja, na legislação aparentemente vigente (art. 32 da Lei n. 8.981/1993), uma regra determinando a inclusão desses rendimentos no lucro real, presumido ou arbitrado, o art. 2º da Lei n. 11.033/2004 o derroga implícita, mas, claramente, ao definir uma alíquota específica para esses rendimentos, alíquota esta que não é a mesma definida para o lucro real, presumido ou arbitrado. Em outros termos, permanecem em vigor as regras da legislação vigente, salvo as alíquotas, definidas, expressamente, pela regra mais específica que se positivou sobre o tema.

Em segundo lugar, percebe-se que, ao contrário do art. 1º, este art. 2º prevê uma “tributação” pelas “seguintes alíquotas” (de 20% ou 15%), e não uma *retenção na fonte*, nem um *recolhimento antecipado pelo contribuinte*, reforçando a conclusão de que a incidência sobre esses rendimentos é específica (15% ou 20%) e não aquela aplicável ao lucro real, presumido ou arbitrado (15% com adicional de 10%). Assim, não se fala em antecipação, de 15% (sobre ganhos líquidos) ou 20% (sobre ganhos decorrentes de *day-trade*), mas em *incidência*. Nem seria possível a legislação falar aqui em “retenção”, já que os 15% ou 20% são recolhidos pelo próprio contribuinte. Mas o texto legal não falar em antecipação, mas em tributação, é traço da literalidade do texto legal que não pode ser ignorado.

Mais ainda, não se trata de inexistir a retenção na fonte nesses casos. É que, mais uma vez, o art. 2º previu uma regra mais especial que a do art. 1º, também para a retenção na fonte, que é aquela de 0,005%, *não sobre os ganhos*, mas sobre o valor das operações, nos termos do § 1º deste mesmo art. 2º. Não bastasse isso, o agente responsável pelas retenções é diferente: no caso de ganhos líquidos em mercado bursátil e semelhantes, o agente intermediário tem o dever de reter; já nos demais casos de renda fixa e renda variável, a fonte pagadora dos rendimentos é quem tem este ônus.

Assim, de forma bastante distinta da regra especial do art. 1º, o art. 2º impôs uma retenção na fonte bastante específica (sobre uma base específica e dirigida a um responsável específico), e também determinou uma alíquota igualmente específica, sem, contudo, mencionar nem dar qualquer sinal de que, no caso das pessoas jurídicas, o recolhimento promovido pelo próprio contribuinte seria, diferentemente das pessoas físicas, apenas uma antecipação.

Perceba-se, portanto, que o tratamento legal dado pelo art. 2º é de todo próprio, analítico e, em alguma medida, cedular. Ele impôs uma retenção na fonte sobre o valor das transações, *esta sim como uma antecipação* e, depois, uma incidência de 20% sobre ganhos em operações de *day-trade* e 15% nos demais casos, sem mencionar, em qualquer momento, que esta segunda incidência seria uma *antecipação*. Aliás, não faz o menor sentido um regime com duas antecipações. Um tal regime já não faria sentido mesmo se ele fosse previsto expressamente pelo legislador.

Se até uma previsão legal expressa de duas antecipações já deveria chamar a atenção do intérprete para a necessidade de ponderação do método literal com outros métodos interpretativos (como o sistemático e o teleológico⁹), imagine-se no caso de inexistir dispositivo em lei esclarecendo conter o regime uma suposta “dupla antecipação” e, mais ainda, no caso de, simplesmente, uma tal suposta previsão legal estar implícita, mas claramente revogada, por incompatibilidade lógica com regramento posterior a ela, inaugurado em 2004.

Um insólito regime com duas antecipações não pode ser simplesmente “deduzido” interpretativamente pela Administração Tributária, o que evidencia que, desde o plano da literalidade, uma terceira incidência do imposto, pela inclusão dos ganhos líquidos

⁹ BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955. vol. I, p. 578-579. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der REchtswissenschaft*. 4. Auf. Berlin, Heidelberg: Springer, 1979, p. 315-328.

no lucro real, presumido ou arbitrado só teria fundamento em dispositivo da Lei n. 8.981/1993, tacitamente revogado pelo art. 2º da Lei n. 11.033/2004, por clara contradição lógica entre eles. Tal revogação implica a ilegalidade do art. 70 da IN RFB n. 1.585/2015, já que o referido princípio constitucional impõe que, na maior medida possível, todos os elementos da obrigação tributária sejam definidos por lei em sentido estrito¹⁰, como se vê na jurisprudência¹¹.

Repita-se, o texto da Lei n. 11.033/2004 prevê, para ganhos líquidos, uma antecipação, por meio de *retenção* na fonte, de 0,005% sobre o valor das transações, seguido de uma *incidência* de 15% ou 20% sobre os referidos ganhos e nada mais. Não há qualquer menção à posterior inclusão desses ganhos no lucro real, presumido ou arbitrado, com direito a compensação dos valores já recolhidos, tal qual previsto pela Instrução Normativa, salvo no caso de se considerar em vigor um dispositivo claramente revogado por lei posterior com a qual ele é incompatível.

A lógica jurídica, contudo, não conduz somente a uma revogação tácita do art. 32 da Lei n. 8.981/1993. Ela conduz ainda à conclusão de que não há qualquer justificação plausível para a validade do art. 70 da IN n. 1.585/2015. Os tópicos seguintes deste trabalho procuram demonstrar isso.

2. A falta de lógica da interpretação que resulta em uma “antecipação de outra antecipação”

Como dito, segundo a interpretação da Lei levada a cabo pela Receita Federal do Brasil, a retenção de 0,005% sobre o valor da transação é uma antecipação do imposto de renda devido pela pessoa jurídica e o pagamento, devido ao final do mês pelo próprio contribuinte, de 15% sobre os ganhos líquidos obtidos em bolsa, deve ser, de um lado, diminuído do valor retido na fonte e, de outro, considerado uma “segunda antecipação” de imposto, já que este segundo pagamento será compensado com o imposto de renda apurado sobre o lucro real, presumido ou arbitrado, que, por sua vez, resultará de uma base de cálculo que deve incluir os referidos ganhos líquidos.

Dito de outro modo, os ganhos líquidos devem compor o lucro real presumido ou arbitrado e se sujeitar à alíquota de 15% e ao adicional de 10% sobre o lucro que exceder R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais no trimestre), resultando em uma tributação de aproximadamente 25%. Assim, os 15% sobre esses ganhos líquidos seriam uma antecipação

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Legalidade tributária multidimensional. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-292 (286-287). SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 306-309.

¹¹ “RE 598.677. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. ICMS. Artigo 150, § 7º, da Constituição Federal. Alcance. Antecipação tributária sem substituição. Regulamentação por decreto do Poder Executivo. Impossibilidade. Princípio da legalidade. Reserva de lei complementar. Não sujeição. Hígidez da disciplina por lei ordinária.” (Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de março de 2021. p. 7). “ADI 6.144 Amazonas. Ação direta de inconstitucionalidade. Perda de objeto. Direito tributário. ICMS. Energia elétrica. Necessidade de instituição da substituição tributária por meio de lei estadual em sentido estrito, com densidade normativa. Operações interestaduais. Imprescindibilidade de submissão do Convênio ICMS n. 50/19 à Assembleia Legislativa. Aplicação das anterioridades geral e nonagesimal quanto à majoração indireta de ICMS provocada pela substituição tributária.” (Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 3 de agosto de 2021, p. 22)

desses 25% e os 0,005% retidos na fonte seriam uma antecipação dos 15%, ou seja, uma “antecipação da antecipação”.

Já deveria causar intuitivamente alguma estranheza uma técnica de apuração de imposto com duas antecipações. Afinal, a antecipação no recolhimento do imposto é medida excepcional, que se justifica na praticabilidade da tributação e no combate à sonegação (inclusive proteção da concorrência, no caso dos tributos sobre o consumo)¹². Isso se confirma pelo próprio contexto em que se insere a primeira (e verdadeira) antecipação, qual seja, aquela decorrente da retenção na fonte de 0,005% do valor da transação que o contribuinte sofre, tanto que, no linguajar comum do mercado de capitais é referenciado pela expressão jocosa “imposto dedo-duro”¹³, já que tais retenções precisam ser declaradas pelos agentes responsáveis por elas e as informações sobre tais retenções propiciam à Administração Tributária detectar facilmente os ganhos obtidos pelos contribuintes e “cruzar” tais informações com aquelas por eles prestadas¹⁴.

É de se reconhecer a posição de Elidie Bifano¹⁵, para quem tal justificação não é suficiente para legitimidade da incidência na fonte. Para a autora, seria necessário algum interesse arrecadatário em sentido mais estrito que a fiscalização e o cruzamento de informações para legitimar-se a exigência. Contudo, analisar esta questão fugiria ao escopo deste trabalho, pelo que se assume aqui a validade da retenção em voga.

Independentemente da conclusão a que se chegue partir disso, é evidente que o percentual bastante módico da retenção revela que sua justificação não reside diretamente na arrecadação, mas sim na fiscalização do imposto¹⁶, confirmando-se a lógica que subjaz aos mecanismos tanto de antecipação de imposto quanto de retenção na fonte: a lógica da praticabilidade e do combate à evasão, como, aliás, também é o caso dos mecanismos de substituição tributária nos tributos sobre o consumo, em relação aos quais o STF já se pronunciou reiteradamente, afirmando que sua justificação não pode estar na antecipação de receitas para o erário, mas sim na praticabilidade e no combate à evasão¹⁷.

Outro exemplo pode ser visto na retenção de imposto de renda na fonte à alíquota de 1,5% (um e meio por cento), no caso de pagamentos que sejam contraprestações de serviços tomados por pessoas jurídicas. Perceba-se, novamente, o quanto o percentual da retenção é módico em relação à alíquota incidente sobre os rendimentos sujeitos a tal retenção. No caso dos ganhos líquidos obtidos em bolsa, tem-se uma retenção de 0,005% (cinco milésimos por cento) em face de uma incidência de 15% (quinze por cento), nos

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 584-585. Especificamente sobre antecipação de recolhimento de imposto por meio de retenção na fonte: BIFANO, Elidie Palma. *O mercado financeiro e o imposto sobre a renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 159-160.

¹³ SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 120-122.

¹⁴ SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da tributação e tributação da renda nos mercados financeiro e de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 119-120.

¹⁵ BIFANO, Elidie Palma. *O mercado financeiro e o imposto sobre a renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 254.

¹⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. vol. 1, p. 595.

¹⁷ STF. ADI n. 1.851. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 22.11.2002. RE n. 593.849. Rel. Min. Edson Fachin. DJe 27.3.2017.

termos da lei. Ainda que se tenha em mente que a base da retenção (valor da transação) é bem mais ampla que a base de cálculo do imposto (ganhos líquidos), o percentual se mostra bastante reduzido. No caso dos rendimentos pagos pela prestação de serviços para pessoa jurídica, tem-se uma retenção de 1,5% (um e meio por cento) em face de uma incidência de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento), somando-se o imposto de renda regular e seu adicional. Novamente, tem-se uma grande desproporção entre o imposto devido e o imposto retido, a revelar evidente justificação de praticabilidade e combate à evasão do imposto.

De um lado, é preciso admitir-se que se a retenção de 0,005% (cinco milésimos por cento) fosse uma antecipação dos supostos 25% (vinte e cinco por cento) devidos, no entendimento da Receita Federal do Brasil, em função da inclusão dos ganhos líquidos no lucro real ou presumido, o recolhimento de 15% (quinze por cento) restaria completamente injustificado pela ótica da praticabilidade e do combate à sonegação. Primeiro, porque as informações sobre a transação já estarão garantidas por parte do agente que fizer a retenção. Segundo, porque não faz muito sentido buscar o combate à sonegação de um contribuinte por meio da exigência do imposto do próprio contribuinte. Ou bem se exige dele o imposto e não há necessidade de envolver terceiros (por meio de retenções) ou bem este tipo de contribuinte não é típica e espontaneamente adimplente neste tipo de situação e, aí sim, justifica-se a atribuição de responsabilidade a terceiros.

No entanto, restaria, ainda, analisar a possibilidade de se justificar o caráter de antecipação do recolhimento de 15% (quinze por cento) feito pelo próprio contribuinte em razão da pura e simples antecipação de receita e garantia de fluxo de caixa para o Estado. Esta é uma possibilidade de justificação que deve ser vista com enorme restrição, sob pena de contrariedade frontal à jurisprudência do STF.

Como dito, o STF, como regra, não admite a antecipação de recolhimento descriteriosa e irrazoável. Ao contrário, uma análise da jurisprudência daquela corte revela alguns pressupostos básicos para antecipações de pagamento de imposto, merecendo destaque, pela importância que têm para o presente caso, dois deles. Primeiramente, o STF já decidiu que a antecipação do recolhimento do imposto é permitida constitucionalmente quando a ocorrência do fato gerador, embora se dê posteriormente ao próprio recolhimento, seja praticamente uma certeza¹⁸. Além disso, o tribunal também decidiu que a antecipação pressupõe bases de cálculo altamente previsíveis¹⁹.

Perceba-se que se traz à tona aqui uma jurisprudência formada no contexto de outros tributos, mas que se aplica perfeitamente ao imposto de renda. Isso pode (e deve) ser evidenciado à luz do imposto de renda das pessoas físicas. Em princípio, o imposto de renda retido na fonte das pessoas físicas não poderia ser justificado pela antecipação da receitas, afinal de contas, há uma justificação para ele muito menos discutível, combate à sonegação. Contudo, o recolhimento antecipado do imposto de renda das pessoas físicas nos casos em que recebem rendimentos de outras pessoas físicas ou de não residentes (“carnê-leão”), poderia afastar o paralelo aqui proposto, já que, se é o próprio

¹⁸ STF. ADI n. 1.851. Rel. Min. Ilmar Galvão. *DJ* 22.11.2002, p. 12 do voto do relator (p. 397 dos autos).

¹⁹ STF. ADI n. 1.851. Rel. Min. Ilmar Galvão. *DJ* 22.11.2002, p. 22-23 do voto do relator (p. 407-408 dos autos).

contribuinte quem promove o recolhimento antecipado, não se pode cogitar do combate à sonegação como justificação, como se dá no caso da retenção pela fonte pagadora.

De fato, o recolhimento antecipado pelo próprio contribuinte, nesses últimos casos, precisa de uma justificação diversa do combate à sonegação. E ela pode se revelar em duas ordens. A primeira, seria o princípio da igualdade, já que a fonte pagadora (se pessoa jurídica, física ou não residente) poderia não ser justificação suficiente para se diferenciarem contribuintes em situação equivalente, no que se refere à sua capacidade contributiva, afinal de contas, talvez o combate ao abuso, factível num caso, por meio da retenção, e ineficaz no caso em que a própria retenção não é viável, talvez justifique a diferença de tratamento.

Se o princípio da igualdade pode ser uma justificação relativamente fraca para se impor ao próprio contribuinte o recolhimento antecipado quando auferir rendimentos pagos por pessoas físicas ou por não residentes, surge a antecipação de receita como mais um elemento de justificação. Não se está concordando aqui com a validade da justificação de regras fiscais que diferenciem contribuintes em situação equivalente sob o ponto de vista da capacidade contributiva com base na mera antecipação de receita. Aliás, esta é, por si só, uma justificação altamente discutível²⁰ e, diga-se mais, em geral, frágil e sujeita a um ônus argumentativo elevadíssimo.

Mas o fato é que, no caso do “carnê-leão”, a antecipação de receita atua *conjuntamente* com o princípio da igualdade, de forma que, pelo menos em princípio, e consideradas conjuntamente, elas possam ser cogitadas como justificação para o recolhimento antecipado em questão. Esta afirmação é feita de forma provisória e “em princípio” porque o exame da justificação constitucional do carnê-leão não é objeto deste trabalho. Pode ser que um exame de proporcionalidade que o tenha por objeto revele sua inconstitucionalidade. Mas tal análise está absolutamente fora do objeto deste estudo.

Por isso, assumo-se como hipótese de trabalho que o recolhimento antecipado de imposto de renda da pessoa física quando recebe rendimentos de outras pessoas físicas ou de não residentes se justifica – ainda que não isoladamente – na antecipação de receita. Ora, a antecipação de receita é uma razão justificadora que foi apreciada pelo STF em pelo menos dois casos emblemáticos referentes ao ICMS. E, nesses dois casos, a antecipação de receita atuava juntamente com razões fortes de combate à sonegação e à praticabilidade.

Note-se que mesmo quando a antecipação de receitas caminhava lado a lado com o combate à sonegação e à praticabilidade, o STF foi firme ao exigir o preenchimento dois requisitos fáticos no exame de proporcionalidade dos regimes de substituição tributária “para frente”: ele exigiu, como dito, uma quase certeza da ocorrência do fato gera-

²⁰ VOGEL, Klaus. Der Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht. Lastenausteilungs-, Lenkungs- und Vereinfachungsnormen und die ihnen zurechnenden Steuerfolgen: ein Beitrag zur Methodelehre des Steuerrechts. *StuW Nr. 2 (1977/97)*, p. 107. LEHNER, Moris. Consideração econômica e tributação conforme a capacidade contributiva. Sobre a possibilidade de uma interpretação teleológica de normas com finalidade arrecadatórias. Tradução para o português de Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: IBDT/Dialética, 1998, p. 143-154 (145-146). TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung, B. III*. 2. Auf. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 1614-1622.

dor presumido, bem como uma alta previsibilidade da base de cálculo desses fatos futuros e presumidos, cuja tributação se quer antecipar.

Isso talvez esteja presente na antecipação do recolhimento do imposto pela fonte que o retém, no caso dos rendimentos sujeitos à retenção pela tabela progressiva. Afinal de contas, o imposto, quando apurado no momento do ajuste anual, vai incidir sobre aqueles mesmos rendimentos, pela mesma alíquota que a que for retido, e a base de cálculo no ajuste anual só será maior ou menor por força de algumas despesas dedutíveis, que, na maioria dos casos, são ficticiamente imputadas pelo contribuinte, com base numa opção legal que lhe é dada pela legislação (o chamado desconto simplificado)²¹. Estas deduções fictas são de, no máximo, 20% da base de cálculo, o que já revela a pequena margem de variação.

Caso o recolhimento de 15% sobre os ganhos líquidos fossem considerados uma (segunda) antecipação do imposto de renda da pessoa jurídica, ter-se-ia uma antecipação de um imposto a uma alíquota que, na maioria dos casos, é menor que aquela aplicável na apuração (15% de antecipação em face de 25% de alíquota total, se considerado o adicional) e, principalmente – esta a principal diferença, ter-se-ia uma margem de variação brutal do próprio *quantum debeat*, já que, ao final da apuração do lucro real, pode-se chegar a resultados negativos (prejuízo fiscal), mesmo com a inclusão dos ganhos líquidos na base de cálculo do imposto.

Cogitar-se a existência, na legislação, de uma sequência de duas antecipações *do mesmo imposto*, para além de irrazoável (em termos mais amplos e abstratos), é absolutamente injustificado, pois, em breve resumo: (1) se a primeira antecipação cumpre o papel de instrumentalizar o combate à sonegação, não se justificaria mais a segunda antecipação; (2) se o recolhimento de 15% sobre os ganhos líquidos fosse uma segunda antecipação, ele, além de absolutamente desnecessário para o combate à sonegação, representaria uma antecipação de receita altamente incerta para a Fazenda Pública, já que representaria uma receita de um imposto de difícil previsão em termos quantitativos e, mais ainda, um imposto cuja própria ocorrência do fato gerador é altamente incerta, em violação frontal à jurisprudência do STF.

Isso tudo deve ser considerado, repita-se, em adição ao argumento literal, afinal, como já demonstrado, a textualidade da Lei n. 11.033/2004 é bastante clara no sentido de que tais rendimentos devem ser tributados isoladamente, a uma alíquota de 15% e que a fonte pagadora deve reter uma pequena parcela deste imposto, à ordem de cinco milésimos por cento do valor da operação, com vistas a garantir controles fiscalizatórios à Administração Tributária.

Entretanto, poder-se-ia argumentar que a interpretação literal de textos legais, muitas vezes, não é suficiente para uma adequada construção da norma jurídica²². Esta objeção é verdadeira. Mas é preciso lembrar que até agora, para além da literalidade da lei, trabalhou-se com argumentos de ordem sistemática e lógica. É, assim, o momento de se passar aos argumentos de ordem teleológica em favor da tese sustentada neste artigo, como se passa a fazer no próximo tópico.

²¹ Art. 3º da Lei n. 9.250/1995.

²² TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*, B. III. 2. Auf. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 1622-1623.

3. A negativa de eficácia aos propósitos do legislador histórico

Sabe-se que a interpretação teleológica dos textos legais pode ser compreendida sob duas perspectivas, a histórico-subjetiva e a lógico-objetiva. Enquanto nessa busca-se reconstruir os propósitos do legislador “objetivados na lei”²³, naquela busca-se reconstruir, sob uma perspectiva subjetiva, a vontade do legislador histórico, assim considerado o órgão deliberativo do qual emanou o ato normativo²⁴.

E aqui entra em cena o debate acerca das manifestações de propósitos dos órgãos legislativos. Enquanto pouco se discute a adequação e pertinência de uma interpretação teleológico-objetiva, uma breve e simples revisão bibliográfica sobre o tema revela fortes reservas dos mais diversos autores à chamada interpretação histórico-subjetiva²⁵. Não se pretende aqui, portanto, fazer uma espécie de defesa deste método interpretativo. Mas apenas evidenciar que ele, no caso concreto, parece ter alguma relevância.

Isso porque afirmar que a maioria das críticas que se fazem a ele assumem como premissa a ausência de qualquer manifestação expressa do órgão legislativo. Tanto é que a crítica que se vê em Larens e Canaris²⁶ é pelos próprios autores relativizada diante da cogitada hipótese de haver alguma manifestação de propósitos legislativos expressa, por exemplo, em projetos de lei. Além disso, por menor que se considere a relevância do método histórico subjetivo na justificação da tese ora defendida, ele, indubitavelmente, joga em favor dela.

Em outros termos, o que se pretende afirmar aqui é que a interpretação da lei levada a cabo pela Receita Federal do Brasil, além de criar incidência não prevista em sua literalidade, viola frontalmente os propósitos do legislador histórico, independentemente da importância que ele tenha no processo interpretativo.

Isso porque, ao contrário da maioria dos textos legais que digam respeito aos tributos, a exposição de motivos da Lei n. 11.033/2004 afirma clara e categoricamente o seu propósito de alterar as regras de tributação dos rendimentos obtidos no mercado de capitais, para *lhe fomentar o desenvolvimento*²⁷. Isso conduz a duas conclusões. A interpretação desta lei não pode levar a um resultado que seja exatamente a mesma tributação que *lhe antecedeu*. A segunda é a de que tal exercício interpretativo não deve implicar a construção de normas que não fomentem em absolutamente nada o desenvolvimento do mercado de capitais.

²³ BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. Aufl. Wien: Facultas WUV, 2012, p. 41-61. ZIPPELIUS, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. 11. Aufl. München: C. H. Beck, 2012, p. 17, 41-42.

²⁴ BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. Aufl. Wien: Facultas WUV, 2012, p. 34-41. ZIPPELIUS, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. 11. Aufl. München: C. H. Beck, 2012, p. 17.

²⁵ BYDLINSKI, Franz. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. 2. Aufl. Wien: Facultas WUV, 2012, p. 39-41. ZIPPELIUS, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. 11. Aufl. München: C. H. Beck, 2012, p. 19. LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin: 1995, p. 149-150.

²⁶ LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin, 1995, p. 150.

²⁷ “2. Relativamente à tributação do mercado financeiro, o objetivo primordial desta regulamentação é criar condições que melhore a estrutura do mercado financeiro e promova um incentivo à poupança de longo prazo, mediante concessão de estímulos tributários. A readequação da carga tributária sobre os ativos financeiros auxiliará o crescimento sustentado da economia, com maior geração de emprego e renda, além de propiciar, para o Tesouro Nacional, o alongamento do prazo médio e a redução dos custos da Dívida Pública.” (Item 2 da Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 206/2004, convertida na Lei n. 11.033/2004)

E a interpretação concretizada pelo art. 70 da IN n. 1.585/2015 leva exatamente a esses dois resultados opostos aos propósitos do legislador. Primeiramente, ele leva a uma incidência de 25% de imposto de renda da pessoa jurídica sobre os ganhos líquidos auferidos por pessoas jurídicas, tal qual ocorria no regime anterior à Lei n. 11.033/2004. Por outro lado, ele não fomenta em nada o desenvolvimento do mercado de capitais, já que desincentiva que pessoas jurídicas invistam em tal mercado. Talvez não seja por coincidência que hoje o número de pessoas jurídicas investindo seu capital em ações de companhias de capital aberto (como investimento puro, sem pretensão de atuação operacional) seja muito inferior ao número de pessoas físicas.

Portanto, a afirmação central deste tópico é bastante singela e breve: por menor que seja a relevância dos propósitos do legislador histórico no processo interpretativo, eles são mais uma razão a ser considerada no processo de justificação da interpretação defendida neste trabalho. Dito de outro modo, a interpretação adotada pela Administração Tributária e ora contestada neste estudo também viola os propósitos do legislador histórico, por menor que seja sua força argumentativa neste debate.

De outro giro, neste ponto do trabalho já deve ter ficado bastante claro que a hipótese assumida como premissa é a de que a força argumentativa dos propósitos de uma lei nela objetivados é muito superior à chamada vontade do legislador histórico-subjetivo. Em termos simples e já muito conhecidos na literatura, a *mens legis* é muito mais forte, argumentativamente falando, que a *mens legislatoris*. E o próximo e último tópico do trabalho se dedica, de um lado, ao desenvolvimento desse argumento e, de outro, a evidenciar que neste texto esse tipo de argumento é desenvolvido de forma um pouco diferente daquela com que normalmente se o faz na literatura.

4. A justificação de regramentos extrafiscais na dogmática dos direitos fundamentais

Tradicionalmente, a extrafiscalidade é considerada e interpretada partindo-se da premissa de que normas que digam respeito a tributos, especialmente impostos, podem ou devem ser classificadas como fiscais ou extrafiscais²⁸, especialmente para que possam ser corretamente interpretadas, é dizer, para que possam ser teleologicamente (re)construídas²⁹. Esta tradicional classificação é relativa, já que a enorme maioria dos autores

²⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96 (nota 62) e 753 (nota 6). MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79-80. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 89. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 234-236.

²⁹ RODI, Michael. *Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem*. München: C. H. Beck, 1994, p. 53. BEYER, Tina. *Die Freiheitsrechte, insbesondere die Eigentumsfreiheit, als Kontrollmaßstab für die Einkommensbesteuerung: Zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Steuerrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 230-239. ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 309. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84-99. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: 2011, p. 175-176. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 292-295. HUSTER, Stefan. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht. *Juristenzeitung* (11/541), 1994, p. 542-544, 549. REIMER, Ekkehart. Die sieben Stufen der Steuerrechtfertigung. In: GEHLEN, Boris; SCHORKOPF, Frank (Hrsgs.). *Demokratie und Wirtschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 129-130.

nega a existência de normas puramente fiscais ou extrafiscais³⁰.

Assim, normas com propósito fiscal seriam aquelas com função predominantemente repartidora de encargo (alguns falam em função arrecadatória) e normas com propósito extrafiscal seriam aquelas com função predominante de induzir comportamentos, interferindo na ordem social e econômica³¹. Em resumo, *parte-se de uma classificação e chega-se a um resultado interpretativo em torno do regramento considerado*.

Este trabalho segue uma proposta metodológica um pouco distinta, que precisa ser aqui minimamente explicada, embora já tenha sido anteriormente detalhada em outro trabalho³². Direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos assegurados pela ordem constitucional que podem ser interpretados como regras ou princípios³³. Naquele primeiro caso, asseguram direitos definitivos, não sujeitos a mitigações ou gradações e os limites de seu escopo são imanescentes, estão neles mesmos, sem considerações a outros direitos (ou bens coletivos)³⁴. No segundo caso, esses direitos fundamentais asseguram direitos cuja extensão e eficácia deve ser a maior possível, salvo justificações baseadas em outras normas constitucionais, sejam essas normas asseguradoras de outros direitos fundamentais sejam elas instituidoras de bens coletivos³⁵, daí por que se afirma que seus limites são externos, e não imanescentes³⁶; esses limites residem fora desses próprios direitos fundamentais, quando assegurados por princípios. Por sua vez, frise-se que em matéria tributária a colisão entre direitos fundamentais é bastante rara, ela, normalmente, se põe entre direitos fundamentais e bens coletivos³⁷.

A ordem constitucional de muitos países, como a do Brasil, assegura um direito fundamental aos contribuintes de terem seus impostos graduados segundo a sua própria capacidade econômica (art. 145, § 1º, CF/1988)³⁸. Assim, a função repartidora de encargos das regras que digam respeito a impostos deve ser cumprida por este critério de comparação: a capacidade econômica do contribuinte³⁹. E por que se diz que este direito é assegurado “em princípio”? Porque pode haver, em diversos casos, justificação (*Rechtfertigung*)⁴⁰ para que o emprego desse critério de diferenciação entre contribuintes

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37-38. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 235-236.

³¹ Referências.

³² ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 256.

³³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 6. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 159-194.

³⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 6. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 77-78.

³⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 6. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 77-78.

³⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 6. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, 2006, p. 77-78.

³⁷ ZILVETI, Fernando. *Obrigação tributária, fato gerador e tipo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 119. ROCHA, Paulo Victor Vieira da. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 96-97, 211-218.

³⁸ ZILVETI, Fernando. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 139.

³⁹ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 267-268.

⁴⁰ VOGEL, Klaus. Rechtfertigung der Steuern: eine vergessene Vorfrage. Zugleich zur “heimliche Steuerrevolte” und zum Draieck Staat/Wirtschaft/Gesellschaft. *Der Staat* (25/481), 1986, p. 485-502. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 131 ss. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 167 ss.

seja mitigado, por outros, como a localização geográfica, o domicílio, a adequação ambiental, a sustentabilidade social, ou, no caso concreto, o tipo de rendimento⁴¹. É dizer, regras que digam respeito a impostos podem diferenciar contribuintes não apenas com base em sua capacidade econômica, mas também em outros critérios⁴².

Ocorre que esta diferenciação baseada em outros critérios, como dito, mitiga a eficácia de um princípio constitucional e, por isso, precisa ser devidamente justificada⁴³. O emprego de um critério que concorre com a capacidade contributiva se sujeita a um processo argumentativo de justificação constitucional, porque ele mitiga um direito fundamental⁴⁴. E é esta justificação constitucional que, por não ser a repartição de encargo conforme a capacidade econômica do contribuinte, se classifica como “extrafiscal”⁴⁵.

Veja-se: no caso analisado, o critério de comparação entre contribuintes é o tipo de rendimento e a justificação deste critério é extrafiscal. O que se busca argumentativamente justificar é o emprego do “tipo de rendimento” como critério de comparação entre contribuintes, critério este que “concorre” com a capacidade contributiva e, assim, mitiga a eficácia desse último. Em vez de contribuintes serem diferenciados somente de acordo com o montante da renda, são distinguidos conforme o tipo do rendimento.

Perceba-se a inversão implicada pelo raciocínio aqui empregado: em vez de se classificarem previamente regras para, a partir daí, interpretá-las, o que se propõe aqui como método de interpretação de direitos fundamentais é identificar-se o âmbito de proteção de um direito fundamental que está sob intervenção e controlar-se constitucionalmente a justificação dessa medida interventiva, ou seja, a justificação do critério concorrente (tipo de rendimento). E de que modo se dá este controle? A partir dos efeitos que se possam atribuir a tal medida interventiva. Os efeitos são sua justificação (ou podem ser). Em vez da prévia e abstrata “rotulagem” dessas regras, se buscam as suas justificativas para, ao final, concluir se elas são ou não válidas.

No caso concreto, tem-se uma regra especial, que prevê tributação cedular de 15% sobre ganhos líquidos obtidos em bolsa de valores. Esta incidência tende a ser menor que a regra geral, seja pela perspectiva das pessoas físicas, sujeitas à tabela progressiva de alíquotas de até 27,5% (vinte e sete e meio por cento) seja pela perspectiva das pessoas jurídicas, sujeitas a uma espécie de “tabela progressiva” de alíquotas de até 25% (vinte e cinco por cento).

Além disso, os referidos rendimentos podem ser entendidos como espécie de ganho de capital. E se as referidas regras especiais forem comparadas à incidência do imposto de renda sobre os ganhos de capital, a vantagem pode ser maior ainda. Pois, além

⁴¹ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 262-263.

⁴² ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 262-263.

⁴³ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 266-267.

⁴⁴ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 268-269.

⁴⁵ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Fiscalidade e extrafiscalidade: uma análise crítica da classificação funcional das normas tributárias. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 32. São Paulo: IBDT, 2014, p. 267-269.

de se poderem sintetizar os ganhos líquidos das operações ocorridas em um dado período (compensando-se perdas de capital), as alíquotas também tendem a ser menores, já que, pela perspectiva das pessoas físicas, os ganhos de capital em geral estão sujeitos a uma tabela progressiva de até 22,5% (vinte dois e meio por cento).

Do mesmo modo, tais alíquotas podem ser menores pela perspectiva das pessoas jurídicas, já que os ganhos de capital, em geral, estão sujeitos, na prática, à mesma espécie de “tabela progressiva” mencionada no parágrafo anterior, com alíquotas de até 25% (vinte e cinco por cento).

Portanto, o que se tem, no plano da literalidade da lei (afastado pela administração tributária atualmente) é uma tributação dos ganhos líquidos obtidos em bolsa menor que a regra geral, seja em relação a pessoas físicas ou seja em relação a pessoas jurídicas. Assim, tem-se contribuintes em situação equivalente (mesma capacidade contributiva, mesmo montante de rendimento) submetidos a tratamento distinto: alíquotas diferentes. O emprego de sua capacidade contributiva, como critério de comparação, é mitigado pelo emprego de outro critério: o tipo de rendimento.

Pois, percebe-se que rendimentos de igual valor, em princípio, representam a mesma manifestação de capacidade contributiva e, mesmo assim, serão tributados diferentemente, de acordo com sua “modalidade” ou a “origem” do rendimento. E é este tipo de medida – tributação em função do tipo de rendimento – que, assim, intervém sobre o âmbito de proteção de um direito fundamental (o princípio da capacidade contributiva) e, por isso, tal medida interventiva precisa ser justificada. Tal justificação, como dito, é extrafiscal. Ela precisa se evidenciar a partir de efeitos que não a repartição de encargo conforme a capacidade econômica do contribuinte.

É preciso investigar se há efeitos potenciais imputáveis⁴⁶ a tal medida interventiva e se tais efeitos têm guarida constitucional, para que só então se possa aferir a proporcionalidade dessa medida e de seus efeitos. E sim, parece haver claramente esses efeitos potenciais justificadores da medida. Eles são o fomento ao mercado de capitais brasileiro e a formação de poupança nacional. Quando se estimulam determinados investimentos, se estimula a poupança nacional e, de outro lado, quando esses investimentos se dão no mercado de capitais, se estimula a formação de poupança nacional com o fomento ao mercado de capitais: um “duplo dividendo”, para utilizar a expressão que talvez tenha se popularizado pela obra de Stiglitz⁴⁷ e que é bastante utilizada pelo professor Luís Eduardo Schoueri.

Portanto, a primeira conclusão a que se chega neste trabalho é a de que o plano da literalidade da lei, ao definir uma incidência de 15% (quinze por cento) sobre os ganhos líquidos obtidos em bolsa tem uma evidente justificação extrafiscal. Se tal justificação é proporcional é questão que foge ao escopo deste trabalho. O que importa afirmar é que há uma justificação constitucional para a mitigação ao princípio da capacidade contributiva e ela consiste no efeito indutor (extrafiscal) do regramento analisado. Há um

⁴⁶ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária*: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 203-208.

⁴⁷ STIGLITZ, Joseph. *Public finance on theory and practice*. 3. ed. New York; London: W. W. Norton, 1999, p. 463-464. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

parâmetro segundo o qual se pode aferir a adequação da medida (primeira fase do controle de proporcionalidade). Este trabalho não se dedica ao exame de proporcionalidade da medida, que exigiria estudo propriamente dedicado a isso. Mas sim a responder se há uma justificação – efeitos potenciais – para diferenciar, com base no tipo de rendimento, contribuintes que, em princípio, manifestem a mesma capacidade contributiva.

Assim, a segunda conclusão a que se chega, de forma absolutamente decorrente da primeira, é a de que a única forma de se afastar referido regramento é proceder-se ao seu controle de proporcionalidade, no plano constitucional, obviamente, o que não está na competência da Receita Federal do Brasil. Assim, não haveria nenhuma razão jurídica para que (sem uma decisão do Poder Judiciário afirmando a inconstitucionalidade da medida) a Administração Tributária não aplicasse o regramento em questão, lembrando-se que submeter os referidos rendimentos a uma incidência final de até 25% (vinte e cinco por cento) é não aplicar a regra legal, negando-lhe vigência.

Contudo, uma última perspectiva da extrafiscalidade precisa ser considerada para que se esgotem todas as possibilidades argumentativas sobre o tema. É que, apesar de o legislador ter declarado expressamente na exposição de motivos sua intenção de fomentar o mercado de capitais, o efeito da incidência da alíquota de 15% (quinze por cento) sobre os ganhos líquidos obtidos por pessoas jurídicas no mercado bursátil não é propriamente de estímulo, mas de neutralidade, o que também é um bem valioso na Ordem Econômica (art. 170, IV, CF/1988).

Isso porque está fora de questão que a referida alíquota se aplica às pessoas físicas. Portanto, o que a interpretação ilegal adotada pela Receita Federal do Brasil provoca é uma diferenciação entre pessoas físicas e jurídicas. Na prática, pessoas jurídicas, pagam até dez pontos percentuais a mais de imposto de renda que pessoas físicas sobre o mesmo tipo de rendimento. A quebra de neutralidade é brutal. Isso explica porque é tão comum que sócios de limitadas e acionistas sociedades por ações de capital fechado invistam em ações de empresas de capital aberto e suas empresas não o façam.

Aliás, imagine-se que escolha farão os hipotéticos titulares de uma sociedade limitada que se veja diante do seguinte cenário: sua empresa tem 5 milhões de reais de lucros apurados em um dado exercício e eles decidem que suas necessidades pessoais estariam plenamente satisfeitas com a distribuição de apenas metade desse valor e que, portanto, a outra metade deve ser investida, o que, provavelmente, levaria a um aumento de capital social desta empresa, com os dois e meio milhões de reais não distribuídos, ou, pelo menos, de uma reserva de lucros.

Acontece que decidem que pelo menos metade dos valores a serem investidos devem ser aplicados em investimentos de renda variável, visando a uma possibilidade de ganhos um pouco maiores que o retorno dos investimentos em renda fixa. É de se esperar que os ativos possam ser ações de empresas muito sólidas e que, embora não tenham tão grandes oscilações no valor de suas ações, tenham forte tendência à valorização (e até de pagamento de dividendos). Enfim, hipoteticamente, imagine-se que determinadas ações se revelassem o investimento perfeito para os propósitos e premissas daquela empresa.

Os referidos empreendedores então se deparam com a seguinte realidade. Apesar de estarem acostumados a fazerem investimentos em renda variável e terem os respectivos ganhos líquidos submetidos a uma incidência de 15% (quinze por cento), eles são alertados por seus assessores de que a pessoa jurídica da qual são sócios, ao fazer os mesmos investimentos que eles, pessoas físicas, terá aqueles mesmos ganhos submetidos a uma incidência de 25% de imposto de renda (afinal, nesta hipótese, assumo-se que os lucros desta sociedade sistematicamente são maiores que 60 mil reais por semestre).

Não é preciso muito esforço para perceber que os dois sócios da pessoa jurídica terão um fortíssimo estímulo para distribuir os referidos lucros e efetuarem os pretendidos investimentos como pessoas físicas. O fato de o imposto ter quebrado completamente a neutralidade de sua decisão não é, em si, um problema, desde que esta indução de comportamento tenha implicado algum efeito indutor valioso para a Ordem Econômica.

Contudo, o que se verifica é exatamente o oposto. O efeito indutor de comportamento neste caso (e que, potencialmente, se repetirá em todos os outros análogos) é a descapitalização das empresas, efeito que não apenas é negativo para o desenvolvimento econômico, como também é contrário aos próprios propósitos que justificam uma série de regras referentes ao imposto de renda e que se justificam exatamente no efeito de capitalização das empresas, como, apenas para dar os exemplos mais evidentes, a tributação de juros sobre o capital próprio⁴⁸ e os incentivos fiscais cujos resultados não podem ser distribuído aos sócios, tendo o aumento de capital social como uma das únicas destinações possíveis dadas pela legislação a tais lucros⁴⁹.

Conclusões

A questão controvertida objeto do presente trabalho, inclusão ou não dos ganhos líquidos na apuração do lucro real ou presumido e conseqüente submissão a até 25% de imposto de renda das pessoas jurídicas, pôde ser enfrentada por dois caminhos muito distintos.

Um deles pautado pelos clássicos métodos de interpretação do Direito e que levou ao resultado de que literal, teleológica e lógico-sistematicamente, a regra legal aplicável ao caso é regra especial (15% de alíquota) e se sobrepõe à regra geral (25% de alíquota).

De outro giro, cotejou-se este resultado da interpretação legal com o plano constitucional dos direitos fundamentais, notadamente o princípio da capacidade contributiva. Constatou-se que sim, a diferenciação entre contribuintes, com base no tipo de rendimento, tal qual resulta da lei, mitiga o referido princípio constitucional, mas o faz com forte justificação extrafiscal. Se referida razão extrafiscal é suficiente e, assim, proporcional, em face da mitigação ao princípio da capacidade contributiva, tal análise não foi e não precisava ser objeto do presente trabalho.

Isso porque tal controle só caberia ao Poder Judiciário, de modo que a Administração tributária nunca poderia se arvorar a proceder a tal exame e, como consequência disso, negar vigência ao regramento legal, de modo que não só a Receita Federal do

⁴⁸ Art. 9º da Lei n. 9.249/1995.

⁴⁹ Art. 30 da Lei n. 12.973/2014.

Brasil nega, por meio de uma Instrução Normativa, vigência a uma lei federal, como, indo adiante, mesmo que se cogitasse a necessidade de controle da extrafiscalidade da referida regra, tal controle foge aos limites de atribuições e poderes da Administração Tributária.

Enquanto o Poder Judiciário não for provocado a realizar o mencionado exame e, consequentemente, não concluir pela eventual inconstitucionalidade da regra, a Receita Federal do Brasil não pode desconsiderar a exposição de motivos da lei de regência, muito menos sua literalidade e sua sistematização com o todo o restante da legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas que tem o efeito de estimular a capitalização de empresas.

Por fim, essa última ordem de reflexões ainda abre espaço para um debate em torno do dever de coerência⁵⁰ que, segundo parcela muito significativa da dogmática constitucional e tributária, se impõe ao intérprete e aplicador tanto da legislação tributária quanto da própria Constituição⁵¹. É o que Ávila⁵² denomina “postulado do legislador coerente”, que impõe coerência e consistência, não apenas na interpretação dos modais, obrigatório permitido e proibido, mas também das finalidades ou justificações imputadas ao Direito.

Não se pode ter uma legislação do imposto de renda com uma série de regramentos que estimula a capitalização de empresas e, em sentido oposto, uma regra que, segundo interpretação da Administração Tributária, tem exatamente o efeito oposto. Isso talvez viole, ao fim e ao cabo, o próprio princípio da igualdade. Mas é questão específica para outro trabalho. Fica, por ora, apenas a provocação.

⁵⁰ TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung*, B I. 2 Auf. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000, p. 326.

⁵¹ JAHNDORF, Christian. Folgerichtigkeit im Steuerrecht als Verfassungsgebot. *StuW* (3/256), 2016.

⁵² ÁVILA, Humberto. O “postulado do legislador coerente” e a não-cumulatividade das contribuições. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. vol. 11, p. 175-183.

O Mito do Lucro Real

Ricardo Mariz de Oliveira

1. Introdução

Luís Eduardo Schoueri tem brilhado no universo acadêmico há muitos anos, principalmente depois que se tornou professor titular de direito tributário das Arcadas do Largo São Francisco.

Desde esse auspicioso acontecimento passaram-se 20 anos, o que significa muitas gerações de alunos que se entusiasmaram pelo direito dos tributos ao absorverem a paixão e a sabedoria do seu mestre.

Esses estudantes foram premiados pelo reconhecido gosto que Schoueri tem pelo magistério e por seu denodo, dedicação, empenho, esforços e tantas ações motivadas pelo seu amor não só pelo ensino, como também por esse ramo complexo da ciência jurídica, o qual muitos enxergam como árido, mas que, na verdade, trabalha com dados que provêm de outros ramos do direito e de outras ciências, além de ter preceitos sólidos, objetivos, coerentes e palpáveis.

Pois entre muitos dos sucessos desse professor apareceu há alguns anos um artigo que, ao que parece, representou uma das suas produções mais prediletas, pela qual ele muito se afeiçoou, ao mesmo tempo em que tem gerado admiração geral, tantas vezes é mencionado pelo autor e por outros estudiosos. Estudantes mostram grande curiosidade em lê-lo, quando ainda não o fizeram.

Trata-se do artigo denominado “O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica!”¹

O título é sugestivo, logo desperta atenção, e tem mesmo uma explicação para o mito a que se refere.

Por tudo isso, na homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri, o tema desse seu importantíssimo artigo foi escolhido para apresentação de algumas considerações.

2. Considerações em torno do tema

Como já notado, o título do referido artigo tem uma explicação para o mito de que tratou.

Com razão, o lucro real não é algo que se veja ou se sinta por qualquer dos nossos sentidos. Ele não pode ser colocado numa balança para ser pesado, ou numa superfície lisa para ser medido, e não adianta acender a luz porque ele não será visto na sala. Não consegue ser visto nem com os mais potentes microscópios e telescópios.

Ele pode ser escrito ou copiado numa folha de papel ou em outro meio de registro de signos, mas o que se terá será a manifestação de um ser abstrato, ou melhor, o resul-

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coord.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241.

tado líquido de uma soma algébrica de vários elementos igualmente abstratos, porque exprimem acontecimentos da vida real, com conteúdo econômico, mas que são referidos por meio de critérios de identificação (qualificação) e valoração (quantificação) abstratos porque decorrentes de convenções humanas, ainda que legisladas, a começar pelo valor nominal da moeda de curso forçado, na qual é exprimido.

O lucro é, por sabença intuitiva, mas também por conhecimento científico, o resultado positivo da soma de muitas receitas diminuído de muitas despesas e muitos custos necessários para obtê-lo. O saldo dessa soma algébrica pode acabar sendo negativo, quando temos a antítese de lucro, ou seja, temos prejuízo.

Não obstante, estamos sempre em âmbito abstrato porque receitas, despesas e custos não existem materialmente, já que são valores atribuídos a atos da vida das pessoas, inclusive das pessoas jurídicas, e é a respeito destas que se liga a noção de lucro real. Há, sim, ações humanas de vender, comprar, trabalhar, contratar trabalho de terceiros etc., cujas ações podem envolver bens materialmente existentes, porém suas qualificação e figuração numérica não são da vida real, pois são aquelas que lhes foram atribuídas por meio das convenções.

Daí que uma mesma extensão de um objeto qualquer será maior se medido em centímetros do que se medido em polegadas, e o mesmo objeto terá pesos diferentes se pesado em quilos ou em libras.

Por esta mesma razão, um mesmo empreendimento econômico pode apurar um lucro ou um prejuízo maior ou menor, dependendo do denominador comum adotado para medição dos eventos que o formam. De fato, para haver um mínimo de coerência é necessário um denominador comum que sirva de métrica para os acontecimentos, e esse denominador pode ser a moeda de curso forçado de um país ou a de outro, e os resultados respectivos somente por acidente serão iguais, dado que as variações nos valores aquisitivos que moedas propiciam tornam uma delas mais valiosa do que a outra.

Neste sentido, atualmente se desenvolveu a ideia de “moeda funcional”, que não é a moeda oficial do Estado a que se subordina determinada pessoa jurídica, mas uma moeda de algum outro Estado que tenha maior significação em virtude dos negócios predominantes da empresa dessa entidade. Conseqüentemente, adotada a moeda funcional, o mesmíssimo resultado, da mesmíssima empresa relativo ao mesmíssimo período de tempo será diferente nessa moeda e na moeda em curso na sua sede de origem.

Enfim, não existe um “lucro real real”, mas um lucro real derivado de convenções empregadas nas atividades econômicas e derivadas de normas legais que as regulam para efeitos de direito privado e de direito tributário.

Na verdade, o termo “lucro real” é criação da legislação tributária sobre o imposto de renda, o qual, em princípio, poderia ser substituído por “lucro tributável” uma vez que é empregado para se referir à base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ). Neste sentido, note-se que se emprega uma denominação distinta para a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro (CSL), sendo prática legislativa aludir a “lucro real e base de cálculo da CSL”, ainda que esta também se assente em regras próprias ao lucro real, admita base presumida e exija base arbitrada sempre que tais modalidades sejam aplicadas ao IRPJ.

Com efeito, a lei complementar, que estabelece os contornos da obrigação tributária pertinente ao imposto de renda, atendendo à determinação constitucional para que defina o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte de qualquer imposto previsto na Constituição (art. 146, inciso III, letra “a”), limita-se a prescrever que a base de cálculo desse imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis, sem descer a detalhes de especificação do que sejam esses critérios quantificadores desses fatores positivos formadores da base de cálculo (art. 44 do Código Tributário Nacional – CTN).

Por haver três critérios possíveis, admitidos na lei complementar, todos acabam correspondendo ao que seja o lucro tributável, e daí o lucro real ser expressão correspondente a apenas um deles, àquele que no art. 44 é referido como “renda real”.

Pois é esta suposta realidade da renda e do lucro real que se questiona a respeito do termo, pois, além da sua inexistência física, a qual, acaso existente, o aproximaria da noção de *res*, ele tem mais de uma cara, conforme seja visto pela contabilidade ou conforme seja visto pelo direito tributário². Melhor dizendo, quantitativamente o lucro contábil pode ser, e costuma ser, diferente do lucro real tributário.

De fato, temos seguido um sistema de determinação do lucro real – base de cálculo tributária – que toma o lucro contábil como ponto de partida, cabendo anotar que ao lucro contábil dá-se o nome jurídico de “lucro líquido”, e o sistema prossegue com adições a este, correspondentes a despesas ou custos indedutíveis, ou dedutíveis até certo valor ou sob determinadas condições, ou dedutíveis apenas em períodos posteriores, e a seguir faz exclusões de receitas ou rendimentos isentos ou não passíveis de incidência tributária, ou ainda a serem sujeitos à tributação apenas em período posterior.

Esta é a espinha dorsal do sistema de quantificação do lucro real, a qual, contudo, é acompanhada de outros ajustes mais específicos, tais como a dedução de incentivos fiscais, algumas vezes inexistentes no lucro da contabilidade, ou a compensação de prejuízos fiscais de períodos anteriores, permitida pela lei até o limite de trinta por cento do lucro real do período em que ela pode se processar.

Somente ao final de todas estas providências, iniciadas com o saldo de lucro ou prejuízo contábil, é que se chega à base de cálculo do IRPJ e da CSL, quando seja o lucro real.

Como se sabe que o lucro real não tem existência sensorial, mas apenas intelectual, e como ele começa no lucro contábil, pode-se ser tentado a imaginar que real, então, seria o lucro contábil, inclusive porque ele é o que é, sem os ajustes que sofre depois para cálculo do valor a tributar.

Porém, o próprio lucro contábil não tem existência física, sendo derivado de convenções da ciência contábil sobre os acontecimentos da vida econômica e patrimonial das empresas, que são os mesmos acontecimentos visados pelas normas legais determinantes das bases de cálculo tributárias.

² Esta diferenciação sempre existiu, pois a legislação brasileira jamais deixou de conter normas relativas a elementos do lucro da empresa, para dar-lhes algum tratamento especial e excepcional com vistas à apuração do lucro tributável.

Além disso, veja-se que há realidade abstrata também com o lucro arbitrado e o lucro presumido, sem que se cogite de uma existência no mundo físico, dado que são meros mecanismos legais para quantificação da base de cálculo dos tributos sobre a renda.

E o lucro líquido contábil não é mais real do que o lucro real tributário no sentido de ser a expressão verdadeira do lucro do empreendimento econômico, porque ele resulta de interpretações dos fatos econômicos e de diretrizes fixadas pelos órgãos reguladores, ou seja, de outras convenções humanas que são apenas distintas das convenções tributárias expressas no Sistema Tributário Nacional. Inclusive, como dito anteriormente, o lucro contábil da mesma empresa no mesmo período pode ter valores diferentes quando apurado em moeda funcional e em moeda nacional. De mais a mais, diferentemente da base de cálculo tributária, o lucro contábil é fortemente influenciado por interpretações subjetivas que podem acarretar resultados distintos de um contador para outro.

Atualmente, além dos ajustes que sempre foram feitos no lucro contábil para adequar o lucro tributável às políticas fiscais (despesas indedutíveis, rendimentos não tributados etc.), são necessários mais ajustes do lucro contábil que não são atribuíveis exclusivamente aos interesses daquelas políticas, mas que são necessários em virtude de o lucro na contabilidade contemplar critérios absolutamente incompatíveis com o Sistema Tributário Nacional em sua generalidade, ou com princípios e normas pertinentes especificamente ao IRPJ e à CSL, como o abandono dos valores praticados nos atos e negócios jurídicos para adoção de valores considerados economicamente justos³, o reconhecimento antecipado de ganhos ou perdas futuros porque ainda não definitivamente adquiridos ou incorridas, e outras hipóteses. Aliás, a contabilidade tem uma visão prospectiva da empresa, significando que o lucro nela refletido não corresponde ao lucro efetivo em determinada data da vida empresarial.

Enfim, quando se fala em lucro, inclusive em lucro real, não há algo físico em lugar algum, com peso, medida e massa, mas uma realidade virtual, e isto não significa que o lucro não tenha existência, ou que seja um nada. Nos dias de hoje estamos nos acostumando com outras formas de realidades virtuais propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, o que também não impede que reconheçamos sua existência.

No mundo do direito, que, na verdade, é o mundo das pessoas refletido em normas legais de condutas proibidas, obrigatórias ou induzidas, nós distinguimos direitos de um contra outro, ou contra outros, e obrigações de um perante outro ou outros.

Tais direitos e obrigações também são entes abstratos, derivados de normas jurídicas, e são eles que, quando tenham conteúdo econômico, se agregam para formar o patrimônio de um indivíduo ou de uma pessoa jurídica. A propósito, a pessoa jurídica é igualmente um ente do direito, diferentemente das pessoas naturais que existem no mundo da natureza e que são absorvidas pelo ordenamento jurídico com normas sobre elas ou para elas, assim como as reuniões de pessoas formando sociedades, associações,

³ O que no direito tributário somente é admitido em situações excepcionais, tais como as caracterizadoras de distribuição disfarçada de lucros ou de preços de transferência.

fundações ou outras espécies de pessoas jurídicas passam a existir no mundo jurídico com capacidade para serem sujeitos de direitos e de obrigações.

Observe-se que estamos num mundo abstrato de relações não físicas, que denominamos “relações jurídicas” e que dão nascimento a direitos e obrigações conforme a causa de atribuição patrimonial de cada uma delas⁴. Tudo num mundo invisível e insensível, mesmo quando tenham por objetos coisas naturais, sejam seres vivos, sejam coisas materiais, sejam coisas imateriais etc.

Não há razão, pois, para se fazer qualquer crítica ao lucro real ou à sua denominação legal. Afinal, ele é apenas mais um ser do mundo jurídico, ou, mais propriamente, é um amontoado de seres desse mundo, correspondentes a direitos e obrigações de uma pessoa e que derivam das relações jurídicas das quais essa pessoa seja sujeito ativo ou sujeito passivo, e isto tão somente porque há normas jurídicas determinantes dessas consequências, cujo resultado líquido corresponde ao lucro apurado contabilmente sob uma visão específica, e que, após ajustes determinados por outras normas legais, acarreta a existência do lucro real, que é o mesmo resultado das mesmas atividades, porém sob outra visão também específica.

Em outras palavras, o lucro, seja o contábil, seja o tributário, sendo composto por elementos imateriais, não poderia se transformar em algo com existência real material. Mas ambos existem.

Outra não é a realidade do próprio patrimônio, dado que é uma universalidade jurídica.

Como se sabe, entre outras classificações, os bens podem ser singulares ou coletivos, aqueles considerados por si sós (art. 89), e estes sendo compostos pela reunião de mais de um bem singular.

Os bens coletivos são de duas espécies, que o Código Civil denomina *universalidades de fato e universalidades de direito*. A universalidade de fato corresponde a uma pluralidade de bens singulares que sejam pertinentes a uma mesma pessoa e que sejam reunidos para terem uma destinação unitária (art. 90), e a universalidade de direito é o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico (art. 91).

O patrimônio da pessoa é uma universalidade jurídica, assim como a herança, tal como declarava expressamente o Código de 1916 (art. 57), e continua a sê-lo, embora não haja declaração expressa na atual lei civil. Nem precisaria haver tal declaração, pois a noção legal de universalidade de direito absorve tanto o patrimônio quanto a herança (o Código também não menciona quais são as universalidades de fato, apenas as conceitua).

Sendo assim, o patrimônio igualmente é um bem abstrato e não material, sendo constituído por todos os direitos e todas as obrigações de uma mesma pessoa, decorrentes das relações jurídicas de que essa pessoa participe como sujeito ativo ou sujeito passivo. Há muito a doutrina civilista vem emitindo este conceito – em termos correspondentes ao que hoje constitui o art. 91 do Código de 2002 – e destaca que o patrimônio

⁴ A causa de atribuição patrimonial de um ato ou negócio jurídico, que corresponde aos seus efeitos, é apelhada nas respectivas prestação ou contraprestação, e se diz ser causa em virtude da sua relação de causa e efeito entre o ato ou negócio e suas consequências.

de uma pessoa não é composto por seus automóveis, sua casa e outros bens seus, mas pelos direitos sobre tais bens, que podem ser materiais e imateriais, direitos estes adquiridos por relações jurídicas dessa pessoa, além de também ser composto pelas obrigações da mesma pessoa, igualmente contraídas por relações jurídicas nas quais ela seja devedora.

E se observarmos a Lei n. 6.404, quando ela discrimina os elementos componentes do patrimônio líquido das companhias, veremos estar em conformidade com o conceito da lei civil, pois, para cada grupo de contas do ativo, aquela lei se refere expressamente a direitos sobre determinados objetos, e, quanto ao passivo, declara corresponder às obrigações da companhia (arts. 179 e 180). Afinal, o patrimônio – qualificado como líquido pela Lei n. 6.404 – é a diferença matemática entre o ativo (direitos) e o passivo (obrigações), sendo patrimônio positivo se o ativo for maior do que o passivo, e negativo (situação falimentar) se o ativo for inferior ao passivo.

Em suma, no patrimônio econômico de uma pessoa natural ou jurídica estão suas relações jurídicas atributivas de direitos e de obrigações com valor econômico, e a valoração desses elementos positivos corresponde necessariamente aos valores (preços) dos direitos e das obrigações conforme as respectivas relações jurídicas, isto é, conforme os atos ou negócios jurídicos de cuja causa de atribuição patrimonial provenham.

Nenhuma contestação pode ser apresentada a esse critério de quantificação dos direitos e obrigações formadores de um patrimônio, pois são os valores dos respectivos atos e negócios jurídicos com suas consequências inclusive quantitativas.

De fato, por exemplo, a aquisição do direito de propriedade sobre um bem qualquer tem um preço fixado no respectivo contrato e é apenas este que passa a ser devido pelo adquirente e que pode ser cobrado pelo vendedor. Destarte, juridicamente, outra não pode ser a dimensão quantitativa desse direito no patrimônio do adquirente.

Do mesmo modo, a concessão de um empréstimo em dinheiro outorga ao mutuante o direito de cobrar a restituição do mesmo valor mutuado, não lhe sendo lícito pretender uma devolução maior, nem o devedor tem possibilidade de devolver menos. Portanto, outro não pode ser o valor desse direito no patrimônio do credor, e da correspondente obrigação no patrimônio do devedor. É possível que tal mútuo seja remunerado, e, qualquer que seja o critério de remuneração, também terá como base de cálculo o montante mutuado; e, mesmo que seja adotado um índice externo para cálculo da remuneração, terá que guardar proporcionalidade com o montante do negócio.

Nesta toada, compreende-se que o lucro é sempre o resultado positivo de todas as relações jurídicas de uma pessoa, ocorridas num determinado período de tempo, sendo positivo porque a quantidade de direitos que se agregaram ao patrimônio nesse tempo é maior do que a quantidade de obrigações, sendo ambas as quantidades aquelas previstas nos respectivos atos ou negócios jurídicos.

No âmbito tributário isto é duplamente relevante, pois se um imposto incide sobre uma venda ou uma renda pela alíquota legal de 20%, esta somente pode ser aplicada sobre o preço da venda ou da renda, sob pena de o tributo deixar de ser 20%, dado que, por exemplo, se a venda ou renda for de 100, mas a alíquota for aplicada sobre 150, o tributo deixará de ser 20%, passando a ser de 30%. Ou seja, a própria alíquota legal é desconsiderada em virtude da adoção de uma base de cálculo não correspondente à legal.

Assim, se há um lucro real que possa ser considerado efetivo, ele somente pode ser o resultado verificado nas relações jurídicas da pessoa, com nenhum centavo a mais e nenhum centavo a menos. E, voltando ao começo desta exposição, é um lucro sem existência material porque decorre de atos imateriais – atos e negócios jurídicos –, mas é uma realidade, abstrata, porém existente.

Precisa ser acrescentado que direitos agregados ao patrimônio podem inclusive corresponder a extinções de obrigações sem pagamento, quando a pessoa adquire o direito de não pagar o que devia, além de ter o direito ao reconhecimento da quitação do seu débito extinto.

Outrossim, principalmente para efeitos tributários, deve ser ressaltado que pode haver a agregação de novos direitos ao patrimônio sem que eles se integrem ao lucro, mas apenas ao patrimônio. É que o lucro corresponde à soma algébrica positiva de direitos e obrigações gerados pelo titular do patrimônio quando contrai novas relações jurídicas com seu esforço pessoal ou o emprego dos componentes do seu patrimônio, mas há ingressos de direitos que simplesmente vêm de outros patrimônios sem tal esforço ou emprego, ingressos estes que denominamos “transferências patrimoniais” ou “transferências de capital”, e dos quais são exemplos o próprio capital social da pessoa jurídica e seus aumentos, as subvenções e as doações recebidas.

Ao contrário, há saídas do patrimônio que também não afetam o lucro, pois são destinações deste, como, por exemplo, os dividendos distribuídos. Tais saídas produzem reduções no patrimônio da pagadora, pois o lucro que já foi adquirido é empregado não para ser mantido nas suas atividades, mas é distribuído aos sócios ou acionistas.

Falando em outros termos, as transferências patrimoniais não são receitas ou rendimentos de quem as recebe, assim como não são despesas ou custos dessa pessoa. E, no campo do imposto de renda, não correspondem a rendas ou proventos de qualquer natureza, que são os frutos das atividades do titular do patrimônio, sendo assemelhadas a uma árvore frutífera, que não é fruto, mas dá frutos, assim como os recursos advindos das transferências patrimoniais não são lucros, mas passam a ser empregados nas atividades geradoras de lucros.

Chegamos a um ponto desta exposição no qual podemos afirmar que o lucro contábil não é nem melhor nem pior do que o lucro tributável, seja este o lucro real, o lucro arbitrado ou o lucro presumido, porque todos são baseados em convenções distintas e têm objetivos próprios que não se confundem.

Quanto ao lucro real, que não é “real real”, como já dito, possui essa denominação legal porque, sendo quantificado a partir dos acontecimentos da vida econômica do contribuinte, medidos pelos valores dos respectivos atos e negócios jurídicos, é sistema que se aproxima mais da realidade desses atos e negócios, e é por esta razão que se constitui na regra tributária geral, da qual são exceções o lucro arbitrado, quando o real não possa ser apurado ou comprovado, e o lucro presumido, que é uma opção de simplificação admitida nas hipóteses previstas na lei.

E o lucro real se ombreia com o lucro contábil sem que algum deles possa ser proclamado mais certo, ou “mais real”. Isto é assim ainda que o lucro tributário parta do lucro contábil, e se explica porque são quantificações das mesmas atividades empresa-

riais feitas, contudo, segundo diretrizes diferentes e que atendem aos respectivos objetivos também desiguais.

Pois uma das diferenças mais marcantes reside na valoração dos elementos do patrimônio, eis que na contabilidade, diferentemente do direito tributário, tais elementos adentram no patrimônio pelos valores que lhes são atribuídos nos atos ou negócios de que provêm, mas logo podem ser remensurados. Ora, nessa remensuração podem ser reconhecidos ganhos tais como se já tivessem sido obtidos, sem que efetivamente tenham decorrido de novo ato ou negócio, em regra necessário para produzir uma receita ou um rendimento, isto é, um fator de aumento patrimonial.

Para o direito tributário referente ao IRPJ e à CSL (mas também quanto aos tributos sobre receitas), a mera valorização patrimonial, ainda que reconhecida por ato intramuros, na contabilidade, não é manifestação de capacidade contributiva relativa a esses tributos, mas apenas a impostos sobre o patrimônio.

É aí que surgem as noções de disponibilidade econômica e de disponibilidade jurídica de uma renda⁵, qualquer uma delas sendo necessária para a incidência do imposto de renda, e também da CSL.

Segundo meu entendimento, exarado desde os anos 70 do século passado, a disponibilidade jurídica corresponde à possibilidade de o contribuinte dispor (usar, empregar, usufruir, alienar) uma renda por ele adquirida por meio de um ato ou negócio jurídico, ao passo que a disponibilidade econômica corresponde à mesma possibilidade de disposição, mas de uma renda advinda de atos não protegidos pelo direito, ou mesmo contrários à alguma norma jurídica.

Ainda segundo este entendimento, a disponibilidade econômica, haurida de situações não jurídicas, difere da disponibilidade financeira, que é a posse de moeda, e que também pode existir quando haja disponibilidade jurídica.

A disponibilidade econômica pode se dar com a posse de outros bens que não moeda, mas também de moeda, desde que tais bens tenham sido recebidos pelo contribuinte, porque, sem a recepção, ele não tem qualquer possibilidade de exigir legalmente a entrega para si (se tivesse, tratar-se-ia de disponibilidade jurídica), mas com a recepção passa a ter disposição.

A distinção entre disponibilidade jurídica e econômica, portanto, é relevante, pois o art. 43 do CTN habilita qualquer uma delas (não as exige cumulativamente) para haver a inclusão da renda assim disponibilizada no fato gerador e na base de cálculo do imposto de renda⁶.

Esta explicação, para a existência das duas espécies de disponibilidade, na definição do fato gerador, não somente dá sentido a elas como evita o equívoco de diferenciá-

⁵ A alusão apenas à renda é simplificadora de redação, mas abrange também proventos de qualquer natureza.

⁶ O mesmo se dá com a CSL, uma vez que a disponibilidade da renda é manifestação do princípio constitucional da capacidade contributiva, segundo o qual o valor do tributo deve estar integrado no patrimônio do contribuinte (o valor do tributo deve ser subtraído do montante da renda já adicionada ao patrimônio), de tal arte que não há obrigação tributária antes de que a renda esteja realizada, isto é, esteja na posse definitiva e incondicional do contribuinte, ainda que não eterna e sem possibilidade de perda futura.

-las pela simples aquisição de um direito (que seria a disponibilidade jurídica) e pelo recebimento da moeda de pagamento de uma renda (que seria a disponibilidade econômica), porque:

- para haver a inclusão da renda no fato gerador, não basta haver o direito à renda, mas deve haver o direito à renda e também a disponibilidade dela;
- o simples recebimento de dinheiro ou outro bem não é suficiente para representar renda, embora possa ser acrescentada pela norma legal à disponibilidade jurídica;
- quando há disponibilidade de uma renda adquirida por meio de ato ou negócio jurídico, a sua recepção em moeda (disponibilidade financeira) é irrelevante, e sempre ocorre após a disponibilidade jurídica, ou ao menos coincidentemente com esta (por isto, se a norma acrescentar a disponibilidade financeira na definição da hipótese de incidência, não prescinde da aquisição da disponibilidade jurídica, vale dizer, somente tem validade se for para postergar a tributação da renda para além da aquisição da sua disponibilidade jurídica);
- portanto, a disponibilidade econômica, se fosse igual à renda recebida, nunca teria eficácia (não teria efeito ou aplicabilidade) para a inclusão da renda no fato gerador, porque sempre estaria precedida pela disponibilidade jurídica;
- isto é, apenas se enxerga eficácia de disponibilidade econômica, para “disparar” a ocorrência do fato gerador, quando não haja disponibilidade jurídica, o que somente ocorre quando uma renda seja recepcionada pelo contribuinte sem ter havido prévio direito a ela, e pode se dar por ato voluntário de alguém em favor do contribuinte (exemplo: pagamento de uma dívida de jogo), ou por coação não protegida pelo direito (exemplo: exploração da prostituição ou de drogas), ou por ato do próprio contribuinte sem conhecimento de terceiro prejudicado (exemplo: roubo), ou ainda em qualquer outra situação não garantida legalmente, mas na qual o contribuinte passe a ter um acréscimo ao seu patrimônio e do qual possa dispor.

Note-se que a existência desse fenômeno, de obtenção de um acréscimo ao patrimônio em situações excluídas da possibilidade de cobranças jurídicas, não se choca com o fato de que o patrimônio é o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa, com conteúdo econômico, porque nas relações jurídicas há aquisição de direitos e o incorrimento em obrigações, e os direitos são de qualquer natureza e contra quaisquer pessoas, inclusive *erga omnes*. O que ocorre nessas situações é que elas não têm proteção jurídica antes de que alguém cumpra um dever moral ou social ou tenha seu patrimônio ilícitamente reduzido, mas, desde o momento em que o adquirente de uma riqueza nova a tem na sua posse, ele adquire os direitos decorrentes desta e pode passar a usufruir do dinheiro ou do bem que está consigo⁷.

⁷ Já se argumentou que esta afirmação é válida, por exemplo, nas dívidas de jogo recebidas por pagamento voluntário do perdedor, porque este legalmente não pode pedir a restituição, mas não se aplicaria aos atos ilícitos porque o autor do ilícito pode vir a ter que restituir o produto que ganhou, ou ter que entregá-lo ao Estado. Não obstante, estas possibilidades são aleatórias, são fatos futuros de incerta ocorrência

Esses casos não são exclusivos do âmbito da tributação e não constituem anomalias no direito brasileiro, no qual temos a constituição de direitos dentro do ordenamento jurídico, mas formados a partir de situações de fato, como o usucapião, o achado de um tesouro, a geração de criptoativos, o direito sobre crias animais e outras. A própria posse pode advir de situação de fato.

Passando adiante nestas considerações, é muito comum se ouvir dizer que o “regime de competência” é aquele em que a inclusão de uma renda no fato gerador e na sua base de cálculo se dá pela ocorrência da disponibilidade econômica ou jurídica da renda, e que o “regime de caixa” é aquele em que a inclusão de uma renda no fato gerador e na sua base de cálculo somente se dá pelo recebimento do pagamento da renda, que é ter a sua disponibilidade financeira. Paralelamente, por influência das regras em vigor da legislação ordinária, às vezes se afirma que as pessoas jurídicas são sujeitas ao regime de competência e as pessoas naturais ao regime de caixa.

Todavia, a rigor, tal modo de explicar os dois regimes não é correto, assim como não é precisa a alusão ao que ocorre com pessoas jurídicas e pessoas naturais, porque o regime de caixa, que efetivamente requer que haja o recebimento da moeda da renda para que possa ser tributada, não prescinde da disponibilidade econômica ou jurídica, exigidas pelo art. 43 do CTN, e que é reflexo da capacidade contributiva, além de que as pessoas físicas são tão sujeitas ao art. 43 quanto as jurídicas. Em vista disso, por exemplo, o recebimento antecipado de uma parcela ou da totalidade de um preço de venda de uma mercadoria, anterior à entrega desta, não passa de disponibilidade financeira irrelevante, inconfundível com disponibilidade econômica e não representativa de disponibilidade jurídica, porque esta somente haverá com o cumprimento da obrigação de entrega da mercadoria pelo contribuinte vendedor, e porque, no momento em que este recebe a antecipação, mantém a sua obrigação de entrega ainda não adimplida e adquire nova obrigação, que é a de devolver o valor recebido se não entregar a mercadoria.

Outrossim, o regime de competência é realmente distinto do regime de caixa porque não requer o recebimento do dinheiro de pagamento da renda, podendo estar atendido quando o contribuinte satisfaz sua obrigação contratual (entrega a mercadoria) e adquire o direito de ficar com o valor da antecipação que tenha recebido e com o direito de cobrar o preço total ou parcialmente ainda não recebido. Quanto a este último direito, que existe nas vendas a prazo (a termo), já há disponibilidade jurídica desde o momento do cumprimento da obrigação contratual de entrega (quando passa a haver o direito de crédito), mas desde que (para que haja disponibilidade) o crédito relativo ao preço a receber possa ser empregado pelo contribuinte por alguma forma, como ser cedido a terceiro, ser dado em garantia de outra obrigação sua etc.

Esta é a completa compreensão da expressão “regime de competência”, tal como empregada usualmente, embora, se o regime for de caixa, é possível dizer que uma receita “compete” ao período de tempo em que for recebida.

e, ao contrário, desde logo o infrator da lei possui o produto da sua ação e dele usufrui. Se algum dia ele perder o que obteve ilegalmente, o tratamento tributário que ele terá nesse momento dependerá de circunstâncias variadas, assim como uma renda adquirida legalmente pode ser perdida depois.

Portanto, tendo-se em vista que um recebimento antecipado não é renda com disponibilidade jurídica adquirida, porque, segundo o respectivo ato ou negócio jurídico, ela não se integrou definitiva e incondicionalmente ao patrimônio do recebedor, e tendo-se em mente que disponibilidade econômica não é igual à disponibilidade financeira, pode-se agora confrontar a noção de regime de caixa com a de disponibilidade econômica.

No regime de caixa o que é relevante é a disponibilidade financeira, ao passo que a disponibilidade econômica pode existir quando haja disponibilidade financeira ou com a disponibilidade de qualquer outro objeto entregue ao contribuinte ou por ele apreendido. Destarte, elas não têm identidade absoluta, nem conceitual, e mais uma vez, por esta razão que se alia às anteriormente mencionadas, reflete-se a noção de que a disponibilidade econômica é aquela que existe quando não haja possibilidade de haver disponibilidade jurídica, ou seja, somente quando haja ato não protegido pelo direito, ou ato contrário ao direito, evidentemente entre estes os atos ilícitos.

Mais uma vez voltando às indagações pertinentes ao lucro real, temos que ele é sujeito ao regime de competência, e não ao regime de caixa, segundo a diferenciação acima feita. E temos que a generalidade das situações das sociedades empresariais sujeitas a esse regime corresponde ao lucro real adquirido por vias jurídicas, isto é, em que se deve verificar a ocorrência ou não de disponibilidade jurídica para se determinar quais rendas devem integrar o lucro real de cada período-base de apuração das obrigações de IRPJ e CSL.

De fato, a não ser as organizações criminosas, que enriquecem fora da lei, e, portanto, adquirem disponibilidades econômicas de rendas, as empresas regulares pertencem a pessoas jurídicas que atuam no mundo econômico dirigido pelas normas legais do Código Civil e de outras leis, que disciplinam vendas, mútuos, locações e outros negócios e atos jurídicos dos quais promanam direitos e obrigações em decorrência das respectivas causas de atribuição patrimonial.

Mesmo a constituição de uma sociedade empresarial e o aporte do capital social inicial é um ato jurídico, o primeiro praticado pelos sócios fundadores, que é seguido pelo registro dos atos constitutivos no registro público competente, a partir do qual a nova sociedade passa a ter personalidade jurídica e autonomia patrimonial distintas das dos fundadores, e passa a praticar atos e negócios jurídicos que vão adicionando direitos e obrigações ao seu patrimônio, ou os extinguindo, e por meio dos quais ela apura periodicamente seus lucros ou prejuízos.

Vale dizer, por consequência de tudo o que foi dito anteriormente, o lucro é o resultado das ações da empresa nos múltiplos atos e negócios jurídicos que passa a realizar desde o instante em que a sociedade foi registrada e esteve pronta para operar o ramo de atividade para o qual foi constituída, ou os ramos se mais de um estiver sendo perseguido no empreendimento⁸.

⁸ As sociedades irregulares (sociedades de fato) somente se distinguem por não terem registro dos seus atos constitutivos, mas, salvo se forem empresas criminosas, também agem por meio de atos e negócios jurídicos nos quais seus sócios respondem solidária e ilimitadamente. E, para efeitos tributários, são tão contribuintes do IRPJ e da CSL quando as sociedades regulares (CTN, art. 126, inciso III, e legislação ordinária).

É esse lucro (ou prejuízo) que é objeto de contabilização, resultando no lucro líquido, o qual dá começo a apuração do lucro real tributável pelo IRPJ e pela CSL.

Como já mencionado, são duas “caras” dos resultados de uma mesma atividade desenvolvida por uma mesma empresa (“entidade” para a ciência contábil, “pessoa jurídica” para o direito), e, por terem origem nas atividades dessa empresa, são produtos de direitos e obrigações gerados nessas atividades disciplinadas pelo direito privado principalmente, e secundariamente por outros ramos.

Destarte, fora do direito vigente, não há meio de uma empresa formar seu patrimônio e mudá-lo para mais ou para menos, isto é, ela não tem como adquirir bens, receitas e rendimentos e contrair obrigações, despesas e custos sem o amparo de normas jurídicas.

Somente as organizações criminosas atuam fora do direito, mas elas não estão minimamente envolvidas (nem preocupadas) com o lucro real.

A contabilidade brasileira, irrigada por disciplina contábil advinda do exterior, também se declara independente do que denomina “formas jurídicas”, porque se guia pelo preceito da primazia da essência econômica sobre a forma jurídica.

Todavia, diferentemente das organizações criminosas, a contabilidade não existe fora da lei, dado que se dedica ao registro organizado e científico das atividades das sociedades empresariais, e estas se submetem às normas de direito que lhe forem aplicáveis.

Por isso, ainda recentemente o emérito Professor Eliseu Martins esclareceu como as duas ciências podem tratar diferentemente de um mesmo evento, e escreveu que “nada, praticamente nada, na Contabilidade, sobrevive sem o Direito”. Além de informar que a contabilidade não se obriga a retratar todos os direitos e obrigações da entidade, prosseguiu ponderando que “o que não pode é registrar-se contabilmente algo sem fundamento no Direito”, e finalizou explicando que “a Contabilidade se estriba no Direito, mas o faz de maneira às vezes seletiva e em outras com níveis de agregação e desagregação diferentes dos utilizados pelos operadores do Direito, mas o vínculo continua sempre existindo”⁹.

Com razão, o que pode ocorrer é uma distinção de visões (perspectivas diferentes) sobre os mesmos eventos negociais e patrimoniais, pois, como já dito, a contabilidade os interpreta segundo suas diretrizes e os vê com uma essência econômica que é livre das “formas jurídicas”, quer dizer uma essência que não corresponde necessariamente à substância dos atos e negócios jurídicos, substância esta que advém da causa de atribuição patrimonial de cada um, e que se desdobra nos respectivos direitos e obrigações.

Sendo assim, a contabilidade pode entender que um negócio jurídico produz direitos e obrigações diferentes dos que passaram a existir com esse negócio, ou que um adquirente de algum direito não é o adquirente legal, mas o “adquirente contábil”. Pode inclusive ocorrer, na contabilidade, de a pessoa jurídica adquirida ser considerada adquirente!

Igualmente, com seus critérios e objetivos na mensuração dos elementos do patrimônio da entidade, a contabilidade pode desviar-se dos valores originais dos elementos

⁹ MARTINS, Eliseu. Como a Contabilidade vê o Direito. In: VETTORI, Gustavo Gonçalves; PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fábio Pereira; MURCIA, Fernando Dal-Ri (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*. São Paulo: Fipecafi, IBDT, GEN/Atlas, 2023, p. 208.

do ativo e do passivo, os quais se conservam na órbita dos direitos e das obrigações entre as partes dos atos e negócios de que promanaram, e também no âmbito das obrigações tributárias, inclusive as pertinentes ao IRPJ e à CSL.

Por fim, como última alusão neste trabalho, a contabilidade tem critérios de reconhecimento de receitas que não correspondem inteiramente aos de disponibilidade econômica ou jurídica de rendas, além de algumas vezes também serem diferentes dos da Lei n. 6.404. Esses seus critérios são destinados exclusivamente a apurar o valor da empresa, e o lucro que acarretam não deriva sempre de atos e negócios jurídicos já realizados. A consequência é poder haver antecipações de receitas na contabilidade em relação aos momentos em que se dá a sua efetiva realização, com a formação de lucros maiores dos que os lucros efetivamente realizados.

É esta uma das maiores diferenças entre a contabilidade e o direito, se não a maior, porque valores que poderiam ter sido realizados se tivesse havido alguma negociação, mesmo sem esta já são trazidos para dentro do patrimônio. Como critério de avaliação patrimonial, e apenas para tal fim, a remensuração é aceitável e está inclusive prevista na lei societária em relação a alguns itens do ativo. O que destoa completamente é o registro de um ganho inexistente, por crédito ao lucro líquido do período, contrariamente à própria Lei n. 6.404, que determina a contabilização dessas revalorizações diretamente no patrimônio, em conta de ajustes de avaliação patrimonial, sem afetar o lucro do período.

Por evidente, a inexistência de lucro nessa circunstância impede a incidência do IRPJ e da CSL sobre o crédito escritural, tratamento este que está disciplinado sabiamente na lei tributária de n. 12.973 (arts. 13 e outros).

3. O pensamento de Luís Eduardo Schoueri no seu artigo

No artigo mencionado no início destas considerações, e que deu origem e motivação a elas, Schoueri manifesta o entendimento de que, com a Lei n. 11.638, a qual introduziu no Brasil os padrões internacionais de contabilidade, abandonou-se a anterior conceituação de patrimônio jurídico civil para se adotar o conceito de patrimônio econômico, o que estaria em concordância com a noção de disponibilidade econômica adotada pelo art. 43 do CTN.

Outrossim, a alusão a mito deveu-se à crença de que o lucro real seria mais verdadeiro do que o lucro presumido e o lucro arbitrado, crença combatida por ele porque qualquer dessas espécies de base de cálculo são aproximações do que seria o lucro do contribuinte, calcadas em convenções que não contradizem a noção econômica de renda.

Segundo suas palavras, a ideia de um lucro mais verdadeiro deve ser afastada, porque se trata de matéria (base de cálculo tributária) reservada ao legislador, de modo que não se pode falar em base verdadeira ou em base falsa. A partir disso, seu artigo questiona o mito de que o lucro real é “mais correto”, “mais justo” ou “mais apurado”, dado que ele nada mais é do que o resultado de uma série de presunções e aproximações, as quais são meras concessões à praticabilidade, sem as quais se tornaria inviável a apuração do imposto.

No início, é analisado o conceito de renda, conceito econômico, mas submetido a mais de uma teoria, inclusive a legalista, rechaçada por Schoueri, que inclusive infirma

a imprópria atribuição, a Rubens Gomes de Sousa, da afirmação de que o lucro tributável seria aquilo que a lei determinar.

Schoueri reconhece a inexistência de um conceito constitucional de renda, e destaca que primeiramente a renda tem que estar adquirida para poder ser tributada, admitindo que os modos de aquisição não são exclusivamente jurídicos, a propósito do que, contudo, é categórico em afastar a importância do recebimento em caixa, que é disponibilidade financeira.

Segundo ele, as novas regras contábeis inseridas pela Lei n. 11.638 passaram a entender o patrimônio da empresa sob uma perspectiva eminentemente econômica, e não mais civil, como forma de adaptação das demonstrações contábeis brasileiras aos padrões contábeis internacionais. Prossegue indagando se, como o próprio direito privado possui mais de uma definição para patrimônio (isto é, a do Código Civil e a da Lei n. 6.404), por que o legislador tributário não poderia adotar um conceito diverso daquele expresso no direito civil?

Neste sentido, para ele o fato de a lei tributária fazer referência a acréscimo patrimonial não significa que se deva necessariamente ir à lei civil para buscar tal conceito. Antes, deve-se interpretar essa expressão à luz do seu contexto e finalidade, considerando suas relações com outros dispositivos.

Na mesma toada, Schoueri diz parecer que o legislador complementar, ao citar a disponibilidade econômica da renda, poderia ter buscado fazer referência a um sentido econômico de patrimônio, independente da existência de um título jurídico. Segundo sua concepção, a possibilidade de usar e fruir de um bem seria indicativa de disponibilidade econômica e revelaria a existência de um acréscimo patrimonial passível de tributação pelo imposto de renda.

Acrescenta que, pela mesma razão, ao empregar a expressão “disponibilidade econômica ou jurídica”, o legislador complementar fugiu das discussões acerca da necessidade de um efetivo ingresso de recursos, ou da licitude da atividade que gerou a renda. Econômica ou jurídica a disponibilidade, não importa: se houver esta, caberá tributação. Para ele, referindo-se a Brandão Machado, não é relevante a distinção entre uma e outra espécie de disponibilidade, de tal modo que a alusão a ambas no art. 43 seria despcienda.

O que é importante, segundo Schoueri, é que a renda esteja disponível a partir do momento em que o contribuinte possa dela se valer para pagar seu imposto, isto é, há disponibilidade da renda quando o seu beneficiário pode empregar os recursos para a destinação que lhe aprouver, inclusive para pagar os impostos.

Seguindo nesse entendimento, entre os exemplos fornecidos está o de um acionista, mesmo que controlador da companhia, o qual não tem disponibilidade sobre o lucro da empresa enquanto não houver uma deliberação assemblear para distribuição de dividendos.

Insistindo na sua tese de que a edição da Lei n. 11.638 representou uma mudança de direção da legislação societária, que passou a contemplar uma visão econômica da evolução patrimonial da sociedade empresarial, filiando-se aos padrões internacionais de contabilidade, acrescenta que, assim, a contabilidade societária abandonou a posição anteriormente ocupada na avaliação civil do fenômeno empresarial, na qual a legislação

tributária se baseara, trazendo assim dúvidas sobre em que medida as modificações contábeis afetariam a tributação.

Mas Schoueri esclarece que as alterações trazidas por aquela lei foram destinadas apenas a alterar a forma de registro e demonstração contábil das sociedades, sem a pretensão de trazer alterações tributárias, e informa que os próprios elaboradores do projeto de lei perceberam a necessidade de garantir que as novas regras não acarretariam alterações à tributação.

Perseguindo seu intento de desmitificar o mito de que o lucro real seria algo melhor do que o presumido e o arbitrado, Schoueri reporta-se a José Casalta Nabais e aos três modelos possíveis de relação entre lucro contábil e lucro tributário, propostos por ele: (1) o modelo de dependência total (igualdade entre ambos), (2) o modelo da autonomia (independência total do lucro fiscal em relação ao contábil) e (3) o modelo de dependência parcial (correspondente ao nosso, em que o lucro contábil é ajustado para se chegar ao tributário). E transcreve o pensamento do jurista português no sentido que se compreende a não coincidência entre o lucro apurado na contabilidade e o lucro tributário em virtude de que aquele é baseado em princípios, normas e regras do direito da contabilidade e tem por destinatários os utentes das demonstrações financeiras das empresas, identificados como sendo os investidores, os trabalhadores, os financiadores, os fornecedores, outros credores comerciais, os clientes, o governo e seus departamentos e o público em geral, enquanto o lucro fiscal se guia pelos princípios e normas do direito tributário e tem por destinatário sobretudo o Estado, mais precisamente a administração tributária.

Ainda a respeito de Casalta Nabais, e relativamente à ideia preconcebida de que o lucro real seria verdadeiro, Schoueri considera feliz a observação desse autor no sentido de que mesmo o rendimento real não corresponde à exata e rigorosa realidade, já que a própria contabilidade em que ele se fundamenta tem por base uma série de pressupostos que são mais construídos e convencionados do que efetivamente verificados, acrescentando que Nabais, baseando-se em Enaudí, chegou a comparar a busca do rendimento real a um “puro mito”, “uma vã glória”, na qual somente os contabilistas acreditam.

Em decorrência, Schoueri diz que lucro contábil e, por conseguinte, o lucro real, são calculados sobre uma série de convenções contábeis e fiscais, que permitem que se chegue a um lucro aproximado, o qual não é científica e incontestavelmente o lucro efetivamente auferido pelo contribuinte. Ademais, apesar da denominação que recebeu, o lucro real nada mais é do que uma realidade construída, artificial, sobre a qual recai a tributação, assim como a própria periodização do imposto de renda é construção artificial.

Outrossim, também faz remissão a Silvia C. Tognetti, para quem, na apuração do lucro real, a não consideração de receitas auferidas e despesas incorridas é uma construção tão artificial quanto o lucro presumido, e menciona o caso eloquente das taxas de depreciação estabelecidas pela Receita Federal, que são convenções não condizentes com a realidade, mas indispensáveis do ponto de vista prático.

Os vários exemplos dados são considerados concessões à realidade, feitas pelo legislador tributário para que funcionem como fórmulas de simplificação da apuração do lucro real, orientadas pela praticabilidade (ou praticidade) da tributação. Esta afirma-

ção é seguida de outra, segundo a qual, dentro de determinados limites, admite-se a utilização de certas presunções e ficções em nome da praticabilidade, que consiste em uma técnica voltada a tornar mais simples e viável a execução das leis, e que se aplica a todos os ramos do direito. Tognetti não vê a apuração do imposto de renda das pessoas jurídicas pelo lucro real mais (ou menos) verdadeira do que a apuração pelo lucro presumido, sendo até possível que a base presumida reflita a capacidade contributiva de uma certa empresa de forma mais genuína do que uma apuração pelo lucro real.

Ainda com essa autora, e em abono à sua própria convicção, Schoueri transcreve dela o pensamento de que a periodização e suas exceções, além de uma eventual não coincidência entre o lucro comercial e o lucro tributável, dão a falsa impressão de que o legislador ordinário pode tudo ou quase tudo, quando, na verdade, ele tem espaço de liberdade técnica e juridicamente muito limitado.

Portanto, Schoueri considera ser claro que não existe um único “lucro real”, que corresponderia à única forma verdadeira e correta de apuração da renda da pessoa jurídica, entendendo que, pelo contrário, são vários os “lucros reais”, isto é, várias as aproximações possíveis do lucro efetivo da pessoa jurídica, o qual é praticamente impossível de ser aferir, mas cada uma dessas aproximações dobra-se aos mesmos requisitos de conformidade com o art. 43 do CTN.

E, voltando ao aspecto inescapável da disponibilidade da renda, Schoueri afirma textualmente:

“Como já se apontou na discussão sobre o conceito de renda e de disponibilidade, a lei tributária não deve necessariamente se curvar ao conceito de patrimônio do Direito Civil. Tanto que o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 43, faz referência não somente à disponibilidade jurídica sobre a renda, mas também à disponibilidade econômica. Assim, se os novos padrões contábeis revelam, do ponto de vista econômico, o acréscimo de disponibilidade fruído pelo contribuinte, não parece incompatível com o referido dispositivo do Código Tributário Nacional que aquela ‘disponibilidade econômica’ acrescida seja alvo da tributação prevista em lei.”

E ainda:

“Em síntese: assim como tradicionalmente o lucro real partiu do lucro contábil que revelava apenas ‘disponibilidades jurídicas’ (civis), pode aquele lucro real, doravante, partir de uma contabilidade que busque ‘disponibilidades econômicas’. Tal conclusão aproxima o ordenamento jurídico brasileiro daqueles que há muito consideraram o aspecto econômico como parte da teleologia da lei tributária. Tendo em vista que a chamada ‘consideração econômica’ levou a abusos por parte das Administrações Tributárias onde foi aplicada, importa fixar os limites de tal raciocínio.”¹⁰

¹⁰ Os limites para expedição de normas com base na praticabilidade, ou tendo por base a referida disponibilidade econômica, são expostos e explicados pelo autor, sendo os seguintes: (1) respeito às competências tributárias próprias, sem invasão de outras (mesmo tendo em vista que o conceito econômico de renda é amplo, mas não ilimitado); (2) legalidade, mesmo que se reconheça que o legislador complementar admitiu a tributação com base na disponibilidade econômica, sendo que a pedra de toque é que um conceito econômico, uma vez contemplado pelo legislador, torna-se jurídico (o legislador não precisa limitar-se a acréscimos patrimoniais, no seu sentido civil, deve ele deixar claro a quais acréscimos patrimo-

Já bem próximo da sua conclusão, Schoueri consigna uma advertência nos seguintes termos: “Afinal, nada no sistema jurídico indica que se possa tributar como renda algo que não existe; a renda deve ser aferível. Se a disponibilidade econômica é critério para a tributação da renda, isso se faz apenas se aquela pode ser medida, com os instrumentos que a técnica contábil oferece.”

Por fim, impende trazer a seguinte conclusão de Schoueri:

“No presente artigo, procurou-se demonstrar que o lucro real, assim como o lucro presumido ou o arbitrado, nada mais é do que uma aproximação do lucro efetivo do contribuinte, construído a partir de uma série de convenções, presunções e aproximações que se justificam em nome da praticabilidade. Revisando o conceito de renda procurou-se demonstrar que, por acréscimo patrimonial, não se deve entender exclusivamente ‘acréscimo de direitos’, na concepção civilista. O Direito Tributário não se deve dobrar ao Direito Civil; o próprio Direito Privado possui, em seu bojo, mais de um conceito para o termo ‘patrimônio’. Desta forma, as novas regras contábeis da Lei n. 11.638/07, que buscam aferir o acréscimo no patrimônio do contribuinte sob uma perspectiva mais econômica que civil, poderá servir de parâmetro para a construção de um novo ‘lucro real’ no futuro, o que não seria de modo algum incompatível com o artigo 43 do Código Tributário Nacional. Por fim, apontou-se que, não obstante não exista um único ‘lucro real’, e este seja calculado tendo em vista uma série de aproximações, existem limites à praticabilidade em matéria tributária, sobretudo aqueles que dizem respeito à competência tributária, legalidade e capacidade contributiva.”

4. À guisa de conclusão

Felizmente para mim, não encontro muitas divergências com meu amigo Luís Eduardo, que também me ensina muito em nossos encontros, principalmente nas Mesas de Debates do IBDT. No presente tema, temos caminhos e algumas premissas diferentes, mas conclusões iguais.

Digo felizmente pelo fato de que este meu trabalho, sendo destinado a uma obra de homenagem, não deveria conter, e não contém, uma análise crítica do pensamento do homenageado. Por esta razão, os capítulos precedentes devem ser considerados exposições honestas de pensamentos e conceitos cuja eventual contrariedade é própria do direito, como ciência e como prática, além de que, se aqui eu tivesse buscado contraditar o meu amigo, sei que ele não se incomodaria, dado que seu saber não estaria diminuído,

niais ele se refere, ao instituir o imposto; o conceito de acréscimo patrimonial, trazido pela Lei n. 11.638, é tão jurídico quanto aquele que se extrai do Código Civil); (3) igualdade em matéria tributária e seu corolário, expresso na capacidade contributiva (comparação das capacidades econômicas dos potenciais contribuintes, exigindo-se tributo igual de contribuintes em equivalente situação; o legislador tributário, dentro de sua liberdade, concretiza o princípio, ao optar pela renda líquida, sendo esperado coerência do legislador, que deve permitir deduções de perdas pelo mesmo critério que exige se tributem riquezas; se passa a ser adotado o critério econômico da Lei n. 11.638, esse critério se aplica a favor e contra o fisco); (4) a passagem da disponibilidade jurídica (civil) para a disponibilidade econômica não dispensa o requisito apontado pelo art. 43 do CTN (importante que a referida disponibilidade tenha sido adquirida, como algo que se incorpora ao patrimônio no sentido contábil, não necessariamente civil, algo de que o contribuinte possa fruir, como seu).

ele certamente não mudaria de opinião, e, além disso, nós dois estamos habituados a discutir e divergir nas referidas Mesas.

Mas o ponto fundamental por nós tratado gira em torno da possibilidade de haver um patrimônio civil, de direito privado, distinto do patrimônio societário, também de direito privado, e ainda distinto de um patrimônio econômico. Tenho para mim que o patrimônio é um só, formado por tudo o que uma pessoa tenha com conteúdo econômico e por tudo o que ela deva igualmente com conteúdo econômico, mudando-o para mais ou para menos com suas aquisições e incorrimentos derivados de situações jurídicas ou meramente econômicas (até ilícitas), sendo que, nestas últimas, após a aquisição passa a haver um direito da pessoa, ou ela perde parte do que tinha antes.

É que, no Estado de Direito, ninguém pode ter algo ou ser compelido a algo se não for por meio de normas jurídicas, de sorte que fora do direito não há como haver um patrimônio e como ele ser aumentado ou diminuído. Mesmo nas situações desprotegidas, se não houvesse algum direito, no mínimo o de posse, não haveria o que estar disponível.

Sendo assim, os diversos patrimônios, ou os diversos balanços patrimoniais, na realidade são apenas um, e se diferenciam tão somente por seus modos distintos de enxergar os elementos que o compõem, na contabilidade com possível abandono da “forma jurídica” (o que pode alterar titulares de direitos, acarretar naturezas negociais diferentes, valores desiguais), mas tudo sendo aceitável e válido porque têm destinações e objetivos que não são unívocos.

É, possível, sim, que algum dia haja uma alteração legislativa em torno do lucro tributável, para adotar pura e simplesmente o lucro contábil, mas deveria ser uma reforma muito ampla, ocorrida ou nas práticas contábeis ou nas diretrizes básicas do ordenamento jurídico. E, se fosse para unificar o lucro contábil com o lucro tributável, deveria inclusive dar especial atenção para o aspecto quantitativo da hipótese de incidência, pois no regime atual os critérios de valoração adotados na contabilidade são aceitáveis como elementos de avaliação, mas não para o estabelecimento de direitos e obrigações, privados ou fiscais¹¹.

Realmente, há pontos inconciliáveis entre a contabilidade e o direito civil, societário e tributário, um dos quais é a possível existência de situações em que a contabilidade, face aos seus critérios e objetivos, não se iguala sequer com as disposições da própria Lei n. 6.404, que lhe dá o primeiro fundamento de validade. Outro ponto reside na remensuração contábil dos direitos e das obrigações da entidade titular do patrimônio, que não servem de base para qualquer cobrança ou pagamento, e também não se coadunam com as manifestações de riqueza e de capacidade contributiva inerentes aos tributos sobre a renda (podendo afetar, sim, capacidades contributivas relativas a outras competências tributárias sobre o patrimônio), e de cuja remensuração algumas vezes há um acréscimo no lucro contábil que ainda não existe, e, se não existe, não pode estar na disponibilidade do titular, seja esta jurídica ou econômica, e qualquer que seja a conceituação destas espécies de disponibilidade.

¹¹ A noção de patrimônio econômico distinto do patrimônio jurídico é válida na perspectiva de avaliação econômica, mas não de atribuição de direitos e obrigações.

Meu amigo Luís Eduardo escreveu seu artigo há 13 anos, nos primeiros tempos da introdução da harmonização contábil pelas Leis n. 11.638 e n. 11.941 e antes do advento de atos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, ou da maioria deles. Hoje, passados esses longos anos, e após tantas e tão intensas experiências derivadas da convivência do direito tributário com a “nova” contabilidade, foi muito bom ter relido e reestudado o conteúdo do seu festejado trabalho.

PARTE VI

TRIBUTAÇÃO INDIRETA

Nossa Reforma Tributária: PEC 45/2019

Eurico Marcos Diniz de Santi

Introdução

Este artigo é uma homenagem a Luís Eduardo Schoueri (SHOW_eiri), meu grande amigo, parceiro de academia, de corridas e esportes de rua e, em especial nos últimos anos, de elaboração intelectual dentre outros em um dos pontos centrais da PEC 45: a definição do conceito de contribuinte no IBS/CBS.

O Brasil está diante de oportunidade única: fazer a reforma da tributação sobre o consumo mais importante de nossa história. Trata-se de instalar o sistema tributário mais bem desenhado, sofisticado e integrado por alta tecnologia de informação, construído a partir do aprendizado empírico registrado em extensa bibliografia que retrata os sucessos e fracassos da implantação desse modelo de imposto em 170 países do mundo.

A PEC 45 é inédita iniciativa da sociedade civil organizada (academia, empresas e auditores fiscais): representa ruptura da lógica de uma longa série de iniciativas fracassadas de reformas tributárias unilateralmente promovidas pela estrutura estatal, entre as quais destaca-se: a proposta Collor (1992), a proposta Rigotto/Demes (1995, FHC) e a proposta Palocci/Mabel (2008, Lula). O insucesso de todas tem o mesmo denominador comum: não foram prioridades políticas do executivo federal, sofreram forte resistência de governadores, prefeitos e setores beneficiados por incentivos fiscais.

A origem da PEC 45 surgiu de novo paradigma proposto pelo Núcleo de Estudos Fiscais da FGV Direito-SP, inaugurado pelo projeto “Nossa Reforma Tributária” em 2014, em linha com os objetivos institucionais definidos pela presidência da Fundação Getúlio Vargas que justificaram a razão da existência desta nova escola de direito.

Em 2015, a inspiração do projeto “Nossa Reforma Tributária” informou a criação do CCiF (Centro de Cidadania Fiscal), “think thank” independente que tem por objetivo transformar o sistema tributário brasileiro em algo mais simples, transparente e neutro, beneficiando o crescimento a longo prazo do Brasil.

Nas eleições de 2018, o CCiF dialogou e percebeu a aceitação de sua proposta de reforma de tributação sobre o consumo por seis candidatos à Presidência da República: Fernando Haddad, Marina Silva, João Amoedo, Ciro Gomes, Geraldo Alckmin e Guilherme Boulos.

Em 2019, o poderoso senso político de Rodrigo Maia, então presidente da Câmara dos Deputados, solicitou ao CCiF apoio para elaboração da PEC 45, que foi apresentada pelo deputado Baleia Rossi, presidente do MDB, e tendo como relator o deputado Aguiinaldo Ribeiro (PP/PB), aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, em 22 de maio de 2019.

Em seguida, o texto da PEC 45 foi aprimorado pelo trabalho conjunto com os técnicos Comsefaz, recebendo a denominação “PEC Brasil Solidário” que dialogou intensamente com a proposta da PEC 110, sob a relatoria do senador Roberto Rocha, que aprisi-

morou o texto original e obteve apoio político da poderosa CNM (Confederação Nacional dos Municípios), que congrega mais de 5.000 municípios.

Trata-se de oportunidade histórica: a PEC 45 foi proposta pela sociedade representada pela Câmara dos Deputados, não foi elaborada pelo PT, mas é prioridade política do governo federal, em primeiro ano de mandato, conta com o apoio da maioria dos 27 entes federais, da maioria esmagadora dos municípios brasileiros e da sociedade civil brasileira. A proposta já foi aprovada pela Câmara dos Deputados e seguirá para apreciação do Senado Federal.

É o fim do “manicômio jurídico tributário” protagonizado pelos conflitos e guerras fiscais causadas pela sobreposição de ISS, ICMS, PIS/Cofins e IPI que esfacelam a federação para dar lugar ao Imposto sobre Bens e Serviços, inaugurando novo federalismo cooperativo, com legislação nacional uniforme, compartilhada pelas três esferas de governos, cobrança, apuração e distribuição de recursos automática e centralizada em entidade de caráter nacional, neutro para incentivar a competitividade e o ambiente de negócios para as empresas, desonerando exportações, incentivando investimento e transparente para o cidadão, consumidor e eleitor, destinatário final da carga tributária sobre os bens e serviços que consome.

A participação acadêmica no aprimoramento da proposta inicial representa uma contribuição enorme para buscar o desenvolvimento nacional. Luís Eduardo Schoueri – a quem se busca homenagear com esta obra – trouxe valiosas reflexões sobre a forma pela qual a tributação sobre o consumo no Brasil deveria se reestruturar. Além do trabalho desenvolvido no âmbito do IBDT (Instituto Brasileiro de Direito Tributário) e no Grupo de Trabalho IVA no século XXI, do FGV NEF, o professor Schoueri apresentou, de forma tecnicamente orientada, suas reflexões sobre o texto da PEC 45/2019 aprovada pela Câmara dos Deputados no canal do YouTube “Grito no Grito”, espaço digital de discussões sobre os novos caminhos da tributação brasileira. É possível acessar o vídeo por meio do link: <https://www.youtube.com/watch?v=JdzY5tXc8VI>.

Este texto tem como objetivo apresentar uma contribuição para a construção do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços. Ele representa o resultado de mais de nove anos de discussões, nos âmbitos do CCiF e do FGV NEF, sobre diferentes alternativas para simplificar o sistema brasileiro de tributação sobre o consumo e para corrigir distorções que impactam negativamente a produtividade, o investimento e o ambiente de negócios do país.

A nossa proposta de reforma tributária tem como referência as seguintes características, desejáveis para um bom sistema tributário, de acordo com a literatura consolidada: simplicidade, neutralidade, transparência, isonomia e capacidade de arrecadação.

Nas seções seguintes são apresentadas: (1) uma descrição das distorções resultantes do atual modelo de tributação de bens e serviços no Brasil, (2) as dificuldades para correção destas distorções, e, final e centralmente, (3) a proposta de reforma desenvolvida pelo CCiF, cujo resultado é a redação inicial da PEC 45/2019.

1. Distorções da tributação de bens e serviços no Brasil

1.1. Como funciona o IVA?

O IVA é um imposto não cumulativo cobrado em todas as etapas do processo de produção e comercialização, garantindo-se, em cada etapa, o crédito correspondente ao imposto pago na etapa anterior. Esta característica do IVA faz com que ele seja um tributo neutro – cuja incidência independe da forma como está organizada a produção e circulação, de modo que o imposto pago pelo consumidor na etapa final de venda corresponde exatamente ao que foi recolhido ao longo de toda a cadeia de produção e comercialização (ver Tabela 1).

Tabela 1. Exemplo de incidência de um IVA

Valor da Venda (A)	Alíquota (B)	Débito (C= A*B)	Crédito (D)	Imposto devido (C-D)
Etapa 1	100	10%	10	10
Etapa 2	200	10%	20	10
Produto final	400	10%	40	20
<i>Tributação total</i>				40

Obs.: o crédito corresponde ao débito da etapa anterior. Elaboração própria.

Em um IVA bem estruturado, os ativos fixos geram crédito integral e imediato e os créditos acumulados são devolvidos no caso de exportação, enquanto as importações são tributadas de forma equivalente à produção nacional. Isto faz com que o IVA seja efetivamente um tributo incidente sobre o consumo, ainda que cobrado ao longo da cadeia de produção e circulação.

Outras características de um bom IVA são a incidência sobre uma base ampla – que alcança todos os bens e serviços – e a adoção do princípio do destino, pelo qual nas transações entre países (ou entre estados, em uma federação) o imposto pertence integralmente ao país (estado) de destino. A tributação no destino é essencial para que o IVA seja um imposto sobre o consumo e não sobre a produção.

Na maioria dos países do mundo há apenas um IVA, com poucas alíquotas. Na maioria dos IVAs modernos (criados nos últimos 20 anos) há apenas uma alíquota positiva.

1.2. Problemas do modelo brasileiro

Ao contrário da grande maioria dos países, que possuem apenas um IVA, com base de incidência ampla e não cumulativo, o Brasil possui cinco tributos sobre bens e serviços (ICMS, IPI, ISS, PIS e Cofins), os quais apresentam uma série de problemas:

- base de incidência altamente fragmentada setorialmente (ver Quadro 1);
- legislação extremamente complexa, caracterizada por uma profusão de alíquotas, exclusões de base de cálculo, benefícios fiscais e regimes especiais;
- sérios problemas de cumulatividade, que resultam da existência de tributos puramente cumulativos (ISS e parte do PIS/Cofins) e de restrições ao aproveitamento de créditos nos tributos não cumulativos (ICMS, IPI e parte do PIS/Cofins);

- fortes restrições ao ressarcimento de créditos tributários acumulados pelas empresas;
- cobrança do ICMS no Estado de origem nas transações interestaduais, o que abre espaço para a guerra fiscal entre os Estados e prejudica as empresas exportadoras.

Quadro 1. Padrão de incidência tributária setorial

	IPI	ICMS	ISS	PIS/Cofins	
				Ñ cumul.	Cumul.
Indústria					
Comércio					
Serviços					
Agropecuária					
Construção Civil					

As áreas destacadas indicam o tipo de incidência mais comum para uma empresa típica do setor. Elaboração própria.

As consequências deste modelo distorcivo são várias. Em primeiro lugar, ao contrário do IVA, que é um imposto apenas sobre o consumo, os tributos brasileiros oneram a produção, as exportações e os investimentos, prejudicando a competitividade do país e o crescimento de longo prazo.

Em segundo lugar, a complexidade dos tributos brasileiros sobre bens e serviços resulta em um custo de cumprimento de obrigações acessórias extremamente elevado. Não é por outro motivo que, para o Banco Mundial, o Brasil é o campeão mundial em horas gastas por uma empresa de porte médio para pagar impostos.

Em terceiro lugar, por conta da complexidade do sistema tributário, o grau de litígio entre os contribuintes e o fisco é altíssimo, o que não apenas eleva os custos para as empresas, mas também gera uma situação de forte insegurança jurídica, prejudicando os investimentos. Ainda que não se disponha de uma comparação abrangente com outros países, há vários indícios de que o grau de litígio sobre matérias tributárias no Brasil é um dos mais elevados (senão o mais elevado) do mundo.

Em quarto lugar, a diversidade de formas de incidência e a multiplicidade de alíquotas, exclusões bases de cálculo, benefícios e regimes especiais tornam impossível saber qual o montante de tributos cobrado ao longo da cadeia de produção e comercialização de qualquer bem ou serviço. Enquanto um bom IVA é transparente (ou seja, o imposto cobrado na venda ao consumidor final corresponde exatamente ao que foi cobrado na cadeia de produção e comercialização), no Brasil o montante cobrado depende da forma de organização da produção e da existência de benefícios fiscais, regimes especiais ou incidência cumulativa em alguma etapa da cadeia.

Por fim, e principalmente, as distorções na tributação dos bens e serviços fazem com que a estrutura produtiva do Brasil se organize de forma extremamente ineficiente. Isto ocorre porque – ao contrário do modelo do IVA, em que a incidência é a mesma não importando como a produção se organiza – o modelo brasileiro permite que o custo dos

tributos varie muito em função da forma de organização da produção. Para reduzir o custo tributário, as empresas brasileiras optam por formas de organização (em termos setoriais, geográficos, de porte e de internalização ou terceirização de atividades), que são ineficientes do ponto de vista econômico. Ou seja, se não fossem as distorções tributárias, o Brasil poderia produzir mais bens e serviços com a mesma quantidade de trabalho e de capital alocados atualmente.

Em suma, os tributos brasileiros sobre bens e serviços não têm nenhuma das características desejáveis de um bom sistema tributário: não são simples, nem transparentes, nem neutros e nem isonômicos. As consequências são: grande perda de produtividade, redução dos investimentos, perda de competitividade da produção nacional e uma absoluta falta de transparência do custo tributário para o cidadão.

À luz destes problemas, fica claro que é necessário reformar o modelo brasileiro de tributação de bens e serviços e aproximar suas características das de um bom IVA.

A questão é como fazê-lo.

2. Dificuldade de migrar do modelo atual para o IVA

Se é claro que é preciso corrigir as distorções dos tributos brasileiros sobre bens e serviços, há menos clareza sobre como fazê-lo. Uma alternativa seria fazer mudanças pontuais nos tributos existentes, procurando corrigir seus defeitos e aproximá-los do padrão de um bom IVA. Esta é uma estratégia possível, mas com efeitos limitados e dificuldades de implementação.

Em primeiro lugar, parte importante dos problemas do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços é de natureza estrutural. Este é o caso, por exemplo, da existência de tributos puramente cumulativos, como o ISS e parcela do PIS/Cofins. É o caso também da fragmentação da base de incidência entre diversos tributos, o que impede o funcionamento eficiente do regime não cumulativo de débitos e créditos (por exemplo, débitos de ISS não geram créditos de ICMS e vice-versa).

Estes são problemas sérios, que impedem a adoção de um modelo semelhante ao do IVA, e que não podem ser resolvidos por meio de mudanças pontuais. Adicionalmente, tentativas de unificar bases de incidências dos tributos atuais – como a unificação do ICMS com o ISS – tendem a gerar fortes resistências por conta de seu impacto sobre a autonomia federativa e a repartição da receita entre Estados e Municípios.

Em segundo lugar, a modificação das características dos tributos atuais para aproximá-las das de um bom IVA pode gerar problemas sérios de transição. Um exemplo seria a migração da cobrança do ICMS para o Estado de destino (por meio da redução das alíquotas interestaduais do imposto), aproximando suas características das de um bom IVA. Tal mudança teria muitos efeitos positivos, inclusive a redução da guerra fiscal, mas também poderia gerar vários problemas, como um aumento relevante da carga tributária e o acúmulo de créditos tributários nas operações interestaduais¹.

¹ O aumento da carga tributária ocorre porque o imposto que não é cobrado no estado de origem por conta dos benefícios fiscais passa a ser cobrado no estado de destino. Já o acúmulo de créditos tende a ocorrer no caso de empresas que adquiram insumos internamente ao estado (a alíquotas elevadas) e vendam parte relevante da produção para outros estados (com tributação nula ou baixa). Tais empresas acumulariam créditos, mas não gerariam débitos que permitissem o aproveitamento desses créditos.

Outro exemplo seria a adoção de um mecanismo de ressarcimento tempestivo de créditos tributários acumulados. É muito difícil adotar um regime de devolução rápida dos créditos sem que isso provoque uma perda de receita relevante para os Estados e para a União, por conta do enorme estoque de créditos acumulados que precisariam ser ressarcidos. Este é um problema especialmente relevante no atual momento de crise fiscal.

Por fim, é preciso avaliar a relação entre o custo político e os benefícios de mudanças pontuais. No caso de uma eventual reforma do PIS/Cofins, por exemplo, haveria uma melhora da qualidade destes tributos, mas esta melhora resolveria apenas uma pequena parte dos problemas da tributação de bens e serviços no Brasil². Em contrapartida, o custo político da reforma do PIS/Cofins pode ser elevado, inclusive porque boa parte do setor de serviços e o setor de construção civil já se posicionaram contra a proposta. Neste cenário, as dificuldades para a aprovação da mudança do PIS/Cofins (ao menos do ponto de vista de seu impacto setorial) provavelmente não seriam muito menores que as enfrentadas em uma reforma abrangente.

Situação semelhante diz respeito a um eventual esforço de aprovação de Resolução pelo Senado Federal reduzindo as alíquotas interestaduais do ICMS. É importante avaliar se o custo político desta mudança (que tende a ser elevado) compensa os seus benefícios, tendo em vista que o ICMS, mesmo com a redução das alíquotas interestaduais, seguiria sendo um imposto de péssima qualidade.

Em suma, ainda que mudanças pontuais nos tributos brasileiros sobre bens e serviços sejam possíveis, seus efeitos tendem a ser limitados (considerando a natureza estrutural das distorções), os problemas de transição são relevantes, e seu custo político pode não ser muito menor que o de uma mudança ampla, cujos efeitos positivos sobre a economia seriam muito maiores.

3. A proposta do Centro de Cidadania Fiscal

Dados os limites e as dificuldades em promover mudanças no sistema atual, a PEC 45/2019 é uma proposta de reforma ampla, baseada na progressiva substituição dos cinco tributos atualmente incidentes sobre bens e serviços (PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS) por um imposto, do tipo IVA-Dual, *Imposto sobre Bens e Serviços (IBS)*, cuja receita será *partilhada entre estados e municípios*³ e *Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS)*⁴, cuja receita será da União. O modelo seria complementado por um imposto seletivo, incidente sobre bens e serviços geradores de externalidades negativas, como fumo e bebidas alcoólicas.

² A reforma do PIS/Cofins vem sendo discutida no Ministério da Fazenda desde 2015 (veja-se, por exemplo: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/acom/2015/dezembro/fazendaconclui-reforma-que-simplifica-a-contribuicao-para-o-pis>). Em sua versão completa, tal reforma contemplaria três mudanças principais: (a) a adoção do regime não cumulativo para todas os setores e empresas (exceto aquelas com receita inferior ao limite de faturamento do Simples); (b) a adoção do regime de “tributo vs. tributo”, pelo qual os débitos de PIS e Cofins passariam a ser discriminados nos documentos fiscais e gerariam crédito equivalente; e (c) a adoção do regime de “crédito financeiro”, pelo qual seria ampliada a possibilidade de apropriação de créditos tributários pelas empresas.

³ Neste texto, toda referência a “estados” inclui também o Distrito Federal.

⁴ Neste texto, toda referência ao “IBS” inclui também a CBS.

A seguir são apresentadas as principais características do modelo proposto, com destaque para o regime de transição dos tributos atuais para o novo imposto e o sistema de transição para a distribuição federativa da receita. Este texto tem como objetivo apresentar apenas as principais características da proposta, as quais podem ser consultadas de forma mais detalhada nas notas técnicas produzidas pelo CCiF.

3.1. Características básicas do IBS

O IBS seria um imposto não cumulativo, com todas as características de um bom IVA.

O *fato gerador* do IBS compreenderia as operações onerosas com bens tangíveis e intangíveis, inclusive as locações, os licenciamentos e a cessão de direitos, e os serviços.

A *base de cálculo* do IBS não contempla seu próprio montante, bem como, durante a transição, o valor dos cinco tributos que estão sendo substituídos (*incidência "por fora"*).

Os *contribuintes* do imposto seriam todos aqueles que realizam o fato gerador, sejam pessoas jurídicas ou físicas. Haveria um limite de faturamento abaixo do qual seria facultativo o registro de pequenos empreendedores para recolhimento do imposto.

O *método de apuração* seria o sistema de débito e crédito, no qual os contribuintes recolhem periodicamente o valor correspondente à diferença entre o imposto lançado nas vendas e o imposto incidente em suas compras. A escrituração dos débitos e créditos e a apuração do imposto seria feita por estabelecimento, mas o pagamento seria feito de forma consolidada e centralizada por CNPJ (matriz), compensando-se créditos e débitos de todos os estabelecimentos (matriz e filiais), mesmo quando estiverem localizados em diversos municípios.

O regime de crédito seria o de *crédito financeiro*, no qual *todo* o imposto incidente sobre bens e serviços utilizados na atividade empresarial gera crédito. Haveria restrições apenas à apropriação de crédito relativo a bens e serviços adquiridos para uso pessoal dos sócios ou empregados da empresa e não relacionados à atividade empresarial.

O prazo para o *ressarcimento de créditos acumulados* seria de até 60 dias contados da data do pedido feito pelo contribuinte. Na hipótese de haver indícios de irregularidades na constituição dos créditos, este prazo poderia ser estendido por mais 120 dias, correndo durante este prazo juros (à taxa Selic) sobre o valor a ser ressarcido. Passado o prazo de 180 dias sem conclusão do processo de investigação, o valor correspondente aos créditos se tornaria transferível a terceiros, independentemente de autorização do fisco.

As *exportações* seriam totalmente desoneradas, por meio da garantia de manutenção e devolução dos créditos aos exportadores.

O imposto incidente na aquisição de bens e serviços destinados à ampliação do ativo imobilizado seria creditado total e imediatamente, garantindo a desoneração completa dos *investimentos*. A vantagem deste modelo – relativamente à desoneração de bens de capital – é que ele não requer a discriminação dos bens e serviços adquiridos entre insumos e investimentos.

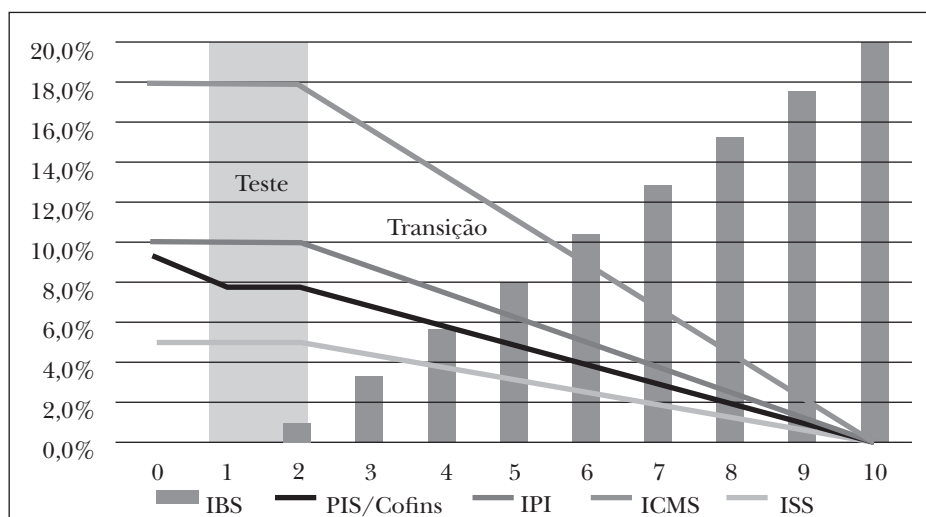
3.2. Transição para as empresas

A transição para o novo modelo de tributação seria feita de forma progressiva, ao longo de 10 anos, mantendo-se a carga tributária constante.

Mais precisamente, a proposta é que o IBS seja criado com uma alíquota baixa (de 1%), a qual seria mantida por um período de teste de dois anos, reduzindo-se compensatoriamente a alíquota da Cofins. O período de teste de dois anos serviria não apenas para avaliar o funcionamento do novo imposto, mas também para dimensionar de forma precisa o seu potencial de arrecadação.

Após o período de teste, a transição seria completada em mais oito anos, por meio da elevação progressiva e linear da alíquota do IBS e da simultânea redução das alíquotas dos cinco tributos atuais, que ao final do processo seriam extintos (ver exemplo simplificado no gráfico abaixo).

Gráfico 1. Transição do IBS



Este modelo permite fazer a transição mantendo-se a carga tributária constante. Isto é possível, pois o modelo permite dimensionar com precisão a perda de receita dos tributos atuais, a qual seria linear (de 12,5% no primeiro ano de transição, 25% no segundo e assim por diante), bem como o potencial de arrecadação (por ponto percentual de alíquota) do IBS. Ou seja, no primeiro dos oito anos de transição a alíquota do IBS seria elevada em percentual tal que resultasse em um aumento de receita equivalente a 12,5% da receita dos cinco tributos atuais, e assim sucessivamente.

O longo período de transição proposto se justifica por dois motivos. O primeiro é que a mudança de modelo afeta os preços relativos, e é necessário um prazo para que os consumidores e as empresas se ajustem à nova realidade, inclusive renegociando contratos, quando necessário. O segundo motivo é que diversas empresas são atualmente contempladas por benefícios fiscais, que deixariam de existir no novo modelo. Embora em sua grande maioria tais benefícios sejam distorcivos, sua eliminação brusca poderia gerar turbulências, ao tornar várias unidades produtivas não competitivas. Ou seja, o prazo de transição precisa ser longo o suficiente para que as empresas se adaptem de forma não traumática à mudança, mas curto o suficiente para que os novos investimentos sejam feitos tendo por referência o novo modelo tributário e não o antigo.

Em particular, o modelo de transição proposto seria uma forma organizada de saída da guerra fiscal do ICMS, pois à medida que as alíquotas do ICMS fossem sendo reduzidas os benefícios perderiam força, sendo extintos ao final do prazo de transição.

Por fim, é possível que, ao final da transição, as empresas possuam créditos tributários a recuperar dos tributos que serão extintos. Como o modelo proposto não contempla qualquer forma de comunicação entre os cinco tributos atuais e o IBS, sugere-se que o estoque de créditos acumulados de ICMS, PIS/Cofins e IPI seja securitizado e convertido em títulos da dívida pública da União e dos estados (com garantia da União).

3.3. Alíquotas, isenções e regimes especiais

O IBS deveria ter uma alíquota uniforme para todos os bens e serviços, por várias razões. Em primeiro lugar, porque simplifica muito o processo de arrecadação. Em segundo lugar, porque a adoção de alíquota uniforme dispensa a classificação dos bens e serviços em diversas categorias, a qual inevitavelmente gera distorções e contencioso. Em terceiro lugar, porque a uniformidade da alíquota empodera o cidadão, que sabe exatamente qual é a participação do governo no custo dos bens e serviços que está adquirindo, e passa a ter condições de comparar este custo com o retorno obtido na forma de serviços públicos.

Não é por acaso que a literatura internacional recomenda fortemente a adoção do IVA com alíquota uniforme, e a grande maioria dos IVAs criados nas últimas décadas segue esse padrão.

O IBS deve ter o mínimo de isenções e de regimes especiais de cobrança do imposto. Por motivos de natureza técnica, eles podem ser necessários em algumas situações, como é o caso de contribuintes de porte muito pequeno, ou da adoção do regime de tributação monofásica para alguns poucos produtos, como combustíveis e cigarros.

A transição para um modelo de alíquota uniforme é politicamente complexa, dado o grande diferencial de incidência setorial do regime tributário atual, e que inevitavelmente haverá pressões para a adoção de alíquotas diferenciadas para alguns bens ou serviços. O mero fato de um setor ser tributado a uma alíquota mais baixa atualmente não é, no entanto, motivo suficiente para manter um tratamento diferenciado no novo modelo. Qualquer discussão sobre alíquotas reduzidas deve ter por base uma avaliação sobre se há motivos justificáveis para o tratamento diferenciado e, principalmente, sobre se estes motivos compensam o custo de um sistema tributário mais complexo e menos transparente.

Além do mais, é essencial que se entenda que a concessão de tratamento diferenciado para um setor, que resulte em menor carga, significa que todos os demais setores terão de se sujeitar a alíquotas mais altas para manter a arrecadação.

3.4. Extrafiscalidade

Atualmente, os tributos brasileiros sobre bens e serviços são largamente utilizados com fins extrafiscais (não arrecadatários) de natureza social, setorial ou regional. Este é o caso, por exemplo, da desoneração da cesta básica, dos benefícios setoriais e regionais do PIS/Cofins e do ICMS (inclusive os incentivos da guerra fiscal) e dos benefícios para a Zona Franca de Manaus.

O IBS não deveria ser utilizado com fins extrafiscais. O objetivo deste imposto deve ser o de arrecadar para financiar a despesa governamental. Objetivos de políticas públicas são alcançados de forma mais eficiente por meio de outros instrumentos.

Isto fica claro, por exemplo, quando consideramos a desoneração da cesta básica. Embora as famílias pobres despendam uma parcela maior de sua renda na aquisição de produtos da cesta básica, as famílias ricas despendem, em termos absolutos, um valor maior na aquisição desses produtos⁵. Neste contexto, é mais eficaz, do ponto de vista distributivo, arrecadar o imposto sobre os produtos da cesta básica e transferir o montante arrecadado para as famílias mais pobres. Tal modelo pode ser implementado por meio da elevação do valor alocado aos programas de transferência de renda (como o Bolsa Família), ou por meio de um regime de “isenção personalizada”, no qual o imposto pago pelas famílias de menor renda em seu consumo (identificado por meio do registro do CPF nas compras) é devolvido a essas famílias no mês subsequente, por intermédio dos cartões dos programas sociais, observado um limite por família.

O mesmo raciocínio se aplica aos demais objetivos extrafiscais dos atuais tributos sobre bens e serviços. Isso não significa que os objetivos de políticas públicas que atualmente são promovidos via benefícios no âmbito do PIS/Cofins, ICMS, IPI ou ISS devam ser abandonados. Significa apenas que há instrumentos mais eficientes que esses tributos (e que o IBS) para a promoção de tais objetivos – sejam eles de política industrial, regional ou social.

Um tema que merece especial atenção diz respeito à concessão de benefícios tributários no âmbito do ICMS. A forte disparidade regional brasileira requer a adoção de medidas voltadas ao desenvolvimento das regiões mais pobres. No entanto, benefícios de ICMS, especialmente os da guerra fiscal, não são uma forma eficiente de resolver as desigualdades regionais, por dois motivos. O primeiro é que a guerra fiscal se generalizou e hoje todos os estados da federação, até os mais ricos, concedem incentivos, o que leva a uma forte redução da receita dos estados com efeito limitado para o desenvolvimento regional. O segundo motivo é que os benefícios da guerra fiscal usualmente são concedidos para atrair empresas que, por vocação, não se instalariam no estado, resultando em uma distribuição regional das unidades produtivas irracional e pouco eficiente.

Neste contexto, a gradual perda do poder dos Estados de conceder incentivos deve ser compensada por uma ampliação da alocação de recursos federais na política de desenvolvimento regional. Mas entende também que é importante que esses recursos sejam utilizados de forma eficiente, por meio de medidas que explorem as vocações regionais e que sejam voltadas, por exemplo, à correção de deficiências de infraestrutura e à qualificação de trabalhadores, tornando os estados mais pobres do país mais competitivos como polos produtivos.

Por fim, outro problema do uso de impostos gerais sobre o consumo (como o IBS) para fins extrafiscais é que isso gera complexidade que resulta em maiores custos operacionais e contencioso⁶.

⁵ Segundo a última Pesquisa de Orçamentos Familiares do IBGE (de 2007/2008), as famílias da faixa de maior renda gastam três vezes mais em produtos da cesta básica do PIS/Cofins que aquelas da faixa de menor renda.

⁶ A título de exemplo, suponha-se que, buscando uma maior focalização da desoneração da cesta básica, seja adotada uma política que desonera a carne “de segunda” mas não a carne “de primeira”. A implemen-

Os melhores IVAs do mundo não são utilizados com qualquer objetivo extrafiscal. Em diversos países o IVA é utilizado para fins sociais (por meio, por exemplo, da desoneração de alguns alimentos), dado o forte apelo político deste tipo de medida, mas apenas em raros casos é utilizado para outros fins extrafiscais – setoriais, regionais ou ambientais – e sempre de forma muito mais moderada do que é feito no Brasil.

3.5. Competência dos estados e municípios e repartição de receitas

Propõe-se que os estados e municípios tenham autonomia na fixação de suas alíquotas do IBS, ou seja, a alíquota do imposto seria uniforme para todos os bens e serviços dentro de cada ente federativo, mas poderia variar entre estados e entre municípios.

Esta opção justifica-se pela necessidade de manter a autonomia federativa dos estados e municípios brasileiros, em especial quando se considera que o ICMS responde pela maior parte da receita dos estados brasileiros e o ISS também tem grande relevância no âmbito municipal.

Sendo o IBS um tributo sobre o consumo, a elevação ou redução da alíquota estadual ou municipal implica onerar mais ou menos os consumidores do estado ou município. Neste modelo, cria-se um ambiente de responsabilidade política em que se contrapõem de forma transparente o poder público e os cidadãos-consumidores-eleitores dos estados e municípios.

Na transição para o IBS seria definida uma alíquota estadual de referência, que é a que repõe a receita de ICMS do conjunto dos estados, bem como uma alíquota municipal de referência, que reporia a arrecadação total de ISS no país (a formação da alíquota do IBS é detalhada adiante). A alíquota de referência seria adotada automaticamente para todos os estados e municípios, que teriam, no entanto, a possibilidade de, por lei, estabelecer uma alíquota superior ou inferior à de referência.

Nas operações interestaduais ou intermunicipais, para contribuintes ou não contribuintes, seria aplicada a alíquota do estado e do município de destino do bem ou serviço⁷. A arrecadação seria centralizada e gerida conjuntamente pela União, pelos estados e pelos municípios, conforme se detalha adiante.

A distribuição da receita entre os estados e municípios seria definida com base em dois parâmetros: um critério permanente e um ajuste temporário, destinado a garantir uma transição suave na distribuição federativa da arrecadação, a qual se estenderia por 50 anos.

O critério permanente seria a distribuição da receita com base no princípio do destino, pelo qual, nas operações interestaduais e intermunicipais, a receita pertence integralmente ao estado e ao município de destino, onde está localizado o consumidor do bem ou serviço⁸.

tação de tal política certamente exigiria que a administração tributária passasse a avaliar cortes de carne e demandaria um controle complexo e fiscalização específica dos açougues. O resultado seria, inevitavelmente, um aumento do nível de contencioso com custo para os contribuintes e para o fisco.

⁷ A título de exemplo, numa venda de São Paulo para Belo Horizonte, a alíquota aplicada na operação seria a soma da alíquota federal, com a alíquota de Minas Gerais e a alíquota de Belo Horizonte.

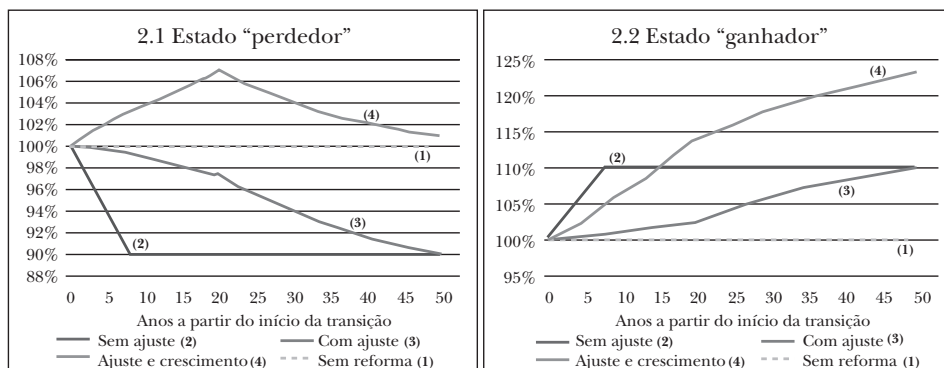
⁸ Há diversas formas de implementar o princípio do destino nas operações interestaduais e intermunicipais. Na proposta, a distribuição da receita para o estado e o município de destino é feita a partir da arrecadação centralizada do imposto, com base em informações das notas fiscais eletrônicas. Tal modelo só é viável por conta do grande avanço do Brasil na adoção de documentos fiscais eletrônicos.

Já o ajuste temporário seria feito de modo compensar a perda ou o ganho do estado ou município decorrente da mudança da distribuição atual da receita do ICMS ou ISS para a distribuição da receita das parcelas estadual e municipal do IBS com base no destino. Este ganho ou perda seria apurado em cada um dos oito anos da transição dos tributos atuais para o IBS e corrigido pela inflação. Nos primeiros 20 anos o ajuste seria integral, ou seja, na distribuição da receita haveria uma complementação/dedução correspondente ao valor real das perdas/ganhos apuradas por cada um dos estados e municípios. Nos 30 anos seguintes esta compensação seria progressivamente reduzida, até ser extinta 50 anos após o início da transição.

Na prática, este modelo significa que as receitas estaduais e municipais seriam muito pouco afetadas durante o período inicial de 20 anos e afetadas de forma muito suave ao longo dos 30 anos subsequentes. Ou seja, enquanto para os contribuintes a transição para o novo modelo de tributação duraria 10 anos, a transição na distribuição federativa da receita seria mais longa, se estendendo por 50 anos. Adicionalmente, como o efeito esperado da reforma do sistema tributário é um aumento do PIB potencial, o eventual impacto negativo da mudança para as receitas de alguns estados tende a ser compensado pelo aumento da arrecadação decorrente do maior crescimento.

Nos gráficos 2.1 e 2.2, apresenta-se o impacto da reforma sobre a receita de dois estados hipotéticos: um que perderia 10% da receita de ICMS com a transição para o destino e outro que ganharia 10% da receita. A linha (1) pontilhada corresponde ao que seria arrecadado de ICMS caso não houvesse a adoção do IBS. A linha (2) mostra como evoluiria a receita do estado, caso fosse aplicada apenas a regra permanente de distribuição. A linha (3) mostra como evoluiria a receita do estado com a regra de ajuste temporário. Por fim, a linha (4) mostra a evolução da receita do estado incorporando também uma hipótese de maior crescimento da economia em decorrência da reforma.

Gráfico 2. Receita Estadual (% do cenário com manutenção do ICMS)



Notas. Cenários elaborados com a hipótese de crescimento real da economia (sem o impacto positivo da reforma) de 2% ao ano. Para a construção do cenário que considera também o impacto positivo da reforma sobre o crescimento (linha (4)) supôs-se que a reforma elevaria a taxa de crescimento do PIB potencial em 0,5 ponto percentual ao ano durante os primeiros 20 anos e 0,05 ponto percentual ao ano nos 30 anos subsequentes. Elaboração própria.

Como se nota, a adoção do ajuste temporário minimiza muito o efeito da transição sobre as finanças estaduais e municipais. Adicionalmente, quando considerado o efeito positivo da reforma tributária sobre o crescimento, mesmo um estado ou município potencialmente “perdedor” poderia ser beneficiado.

O ajuste temporário na repartição federativa da receita do IBS seria feito apenas para a parcela da receita correspondente à alíquota de referência. Eventuais aumentos ou reduções nas alíquotas estaduais ou municipais relativamente à alíquota de referência seriam distribuídos imediatamente pelo princípio do destino, ou seja, onerariam ou beneficiariam apenas os consumidores dos estados ou municípios que promoveram a mudança.

O modelo proposto de ajuste na distribuição federativa da receita, caracterizado por uma transição de 50 anos, tem várias vantagens. A primeira é que permite um ajuste muito gradual nas finanças estaduais e municipais. A segunda é que, ao dar tempo para que os estados e municípios se ajustem de forma não traumática às mudanças, torna dispensável a compensação de perdas de receitas estaduais e municipais pelo governo federal – tema que sempre gerou muita controvérsia em debates anteriores sobre a reforma tributária.

Por fim, vale mencionar que a reforma dos tributos sobre bens e serviços e do modelo de repartição federativa da receita abre espaço para que também sejam revistos os critérios de distribuição da parcela estadual do IBS transferida aos municípios (correspondente à atual cota-parte do ICMS, que é a parcela de 25% do ICMS transferida aos municípios). Há um amplo consenso de que os atuais critérios de partilha da cota-parte do ICMS (pelos quais três quartos do total são distribuídos proporcionalmente ao valor adicionado no município e um quarto por lei estadual) geram muitas distorções, beneficiando desproporcionalmente municípios pequenos ou médios onde estão instaladas grandes unidades produtoras.

A proposta é que a parcela da cota-parte do ICMS atualmente distribuída proporcionalmente ao valor adicionado passe a ser distribuída proporcionalmente à população, quando da migração para o IBS. Tal mudança resultaria em uma distribuição da receita muito mais compatível com a efetiva necessidade de receita dos municípios.

3.6. Formação da alíquota do IBS

O atual modelo de partilha de receitas e de vinculação constitucional de receitas que caracteriza o regime fiscal brasileiro gera grande rigidez orçamentária.

Um exemplo desta rigidez é a destinação da receita do ICMS. De cada R\$ 100,00 arrecadados de ICMS, R\$ 25,00 pertencem aos municípios. E da parcela restante, 25% (R\$ 18,75) são vinculados à educação e 12% (R\$ 9,00) à saúde. Isto significa que dos R\$ 100,00 arrecadados, apenas R\$ 47,25 estão disponíveis para livre aplicação pelo estado. Em muitos estados a rigidez é ainda maior, por conta de vinculações adicionais estabelecidas nas constituições estaduais.

Este sistema torna muito difícil uma gestão racional do orçamento. A título de exemplo, se um estado quiser ampliar as despesas em segurança pública em R\$ 1 bilhão e financiar este aumento de despesas aumentando a alíquota do ICMS, ele terá de arre-

cadar R\$ 2,1 bilhões a mais e destinar, compulsoriamente, R\$ 1,1 bilhão a outras finalidades.

O excesso de vinculações de receita contribui também para o excesso de benefícios tributários no país. Como o orçamento é muito rígido, sempre que possível, os governos buscam alcançar objetivos de políticas públicas por meio de benefícios ou mudanças nas normas tributárias. Trata-se de uma forma menos transparente e, usualmente, menos eficiente de implementar políticas públicas comparativamente ao uso de recursos orçamentários, além de tornar a legislação tributária muito mais complexa.

Mantidas as atuais regras de partilha e vinculação de receitas, a fusão de diversos tributos em um único imposto agravaria ainda mais o problema da rigidez orçamentária. No caso do IBS, por exemplo, se as atuais destinações do IPI, da Cofins e do PIS fossem convertidas em destinações fixas da parcela federal do novo imposto, aumentaria a rigidez orçamentária para a União.

O ideal seria resolver o problema da rigidez reduzindo o máximo possível as vinculações e delegando a alocação de recursos ao orçamento. Esta é, entretanto, uma mudança politicamente complexa. Neste contexto, propõe-se que, na criação do IBS, seja feita uma mudança no regime de partilha e de vinculações dos cinco tributos absorvidos pelo novo imposto, que reduza a rigidez orçamentária, sem, no entanto, afetar as destinações atuais de recursos, como se explica a seguir.

A proposta é que cada parcela da receita do ICMS, ISS, PIS, Cofins e IPI que hoje tem uma destinação definida por conta de critérios de partilha ou vinculação constitucional seja incorporada no novo imposto como uma subalíquota do IBS (denominada “alíquota singular”), cuja gestão caberia à União, aos estados ou aos municípios, na proporção da receita de cada um dos tributos substituídos pelo IBS. Este modelo não afeta os contribuintes, para quem importa apenas a alíquota total, mas reduz muito a rigidez orçamentária, ao permitir que cada alíquota singular seja gerenciada individualmente.

Na Tabela 2 apresenta-se um exemplo de como seria composta a alíquota do IBS – em termos de alíquotas singulares – supondo que a alíquota total do imposto fosse de 25% e tendo por base os atuais critérios de partilha e vinculação de receitas de cada um dos tributos substituídos pelo IBS definidos na Constituição Federal.

Tabela 2. Composição inicial da alíquota do IBS

	<i>Alíquota singular</i>	<i>Tributo atual</i>		<i>Alíquota singular</i>	<i>Tributo atual</i>
<i>Gerenciável pela União</i>	9,2%		<i>Gerenciável pelos estados</i>	13,8%	
<i>Parcela federal</i>		<i>PIS/ Cofins e IPI</i>	<i>Parcela estadual</i>		<i>ICMS</i>
Livre	2,90%		Educação	2,58%	
Seguridade Social	4,63%	<i>Cofins</i>	Saúde	1,24%	
FAT – Seg. Des. e Abono	0,58%	<i>PIS</i>	Livre	6,51%	
FAT – BNDES	0,39%		<i>Parcela municipal</i>		
Fundos regionais	0,04%		Cota-parte	3,44%	

<i>Parcela estadual</i>		IPI	<i>Gerenciável pelos municípios</i>	2,0%	ISS
FPE	0,26%		<i>Parcela municipal</i>		
FPE _x	0,12%		Educação	0,50%	
<i>Parcela municipal</i>			Saúde	0,30%	
FPM	0,30%		Livre	1,21%	
			<i>Total</i>	25,0%	

Nota. Alíquotas estimadas com base na arrecadação em 2015 dos tributos substituídos pelo IBS, conforme dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil. As parcelas estaduais e municipais correspondentes ao atual IPI incorporam tanto a destinação ao FPE e FPM como a compensação pela exportação de manufaturados (FPEX). Não se considerou o efeito da Desvinculação de Receitas da União (DRU), nem a vinculação federal de parcela da receita do IPI para educação e saúde, pois esta vinculação está suspensa, nos termos da Emenda Constitucional n. 95, de 2016.

As alíquotas singulares poderiam ser alteradas por lei de cada um dos entes, podendo inclusive comportar outras vinculações de receita definidas nas constituições estaduais. Para garantir a autonomia federativa, as alíquotas singulares correspondentes às parcelas estadual e municipal gerenciadas pela União e aquelas correspondentes à parcela municipal gerenciada pelos estados não poderiam ser reduzidas. As alíquotas singulares correspondentes à parcela dos atuais tributos destinada a ações de saúde e educação tampouco poderiam ser reduzidas.

Este modelo tem várias vantagens. A primeira, já mencionada, é a menor rigidez orçamentária. A título de exemplo, se um estado quisesse ampliar as despesas com segurança pública e financiar esta expansão aumentando alíquota estadual do IBS poderia fazê-lo incrementando apenas a alíquota singular correspondente à parcela livre gerenciada pelo estado, não afetando outras receitas e despesas.

Outra vantagem é a maior transparência, pois a decomposição da alíquota tornaria transparente para os consumidores-eleitores a destinação do imposto, permitindo a discussão democrática dos custos e benefícios das políticas que estão sendo financiadas. O modelo também evitaria formas pouco transparentes de gestão da política fiscal, como ocorreu no final dos anos 1990, quando a União elevou a alíquota da Cofins (e simultaneamente desvinculou parte da receita das contribuições sociais) como forma de elevar o superávit primário da União. No modelo proposto isto poderia ser feito de forma direta e transparente por meio da elevação da alíquota singular correspondente à parcela livre da União.

Por fim, também seriam evitadas tensões federativas decorrentes da redução, pela União, da alíquota de impostos que têm parte da receita destinada aos estados e municípios, como ocorreu em diversas situações em que o governo federal reduziu a alíquota do IPI – imposto em que mais de 50% da receita é destinada aos entes subnacionais.

3.7. Interação com o Simples Nacional

Embora o Simples Nacional precise ser reformulado para eliminar algumas distorções do atual modelo, este é um tema que merece uma discussão específica, a ser reali-

zada posteriormente. De qualquer modo, não há dúvida de que a simplificação do modelo de tributação de bens e serviços é condição necessária para uma eventual revisão do Simples.

Neste contexto, em um primeiro momento propõe-se que as empresas do Simples possam optar entre duas alternativas:

- Manutenção do Simples no formato atual, apenas substituindo a referência ao PIS, Cofins, ICMS, ISS e IPI por uma referência ao IBS, mas mantendo a destinação atual da receita aos estados e municípios. Nesta alternativa, as empresas do Simples não se apropriariam de crédito do IBS nem transfeririam créditos do imposto.
- Adoção do regime normal de débito e crédito do IBS, observadas as mesmas condições aplicadas às demais empresas. Nesta alternativa, a alíquota do Simples incidente sobre o faturamento seria reduzida em montante equivalente às parcelas atualmente destinadas ao PIS, Cofins, ICMS, ISS e IPI. As demais incidências do Simples sobre o faturamento (correspondentes ao IRPJ, CSLL e contribuição patronal para a previdência) seriam mantidas.

De modo geral, a tendência é que as empresas do Simples que vendem mercadorias ou prestem serviços a consumidores finais (que são a grande maioria) optem pela primeira alternativa enquanto as empresas do Simples que estão no meio da cadeia de produção e comercialização (que são minoria) adotem a segunda opção.

A transição para as empresas do Simples seria feita de forma gradual, ao longo de 10 anos, no mesmo ritmo da transição dos tributos atuais para o IBS.

Para as empresas do lucro presumido não haveria qualquer diferenciação, sendo adotado o regime normal do IBS. Ou seja, o regime de lucro presumido, que pertence à esfera do imposto de renda, não afetaria a tributação de bens e serviços (ao contrário do que ocorre hoje no caso do PIS e da Cofins).

3.8. Legislação

A criação do IBS, bem como a progressiva redução e posterior extinção dos cinco tributos substituídos pelo novo imposto e a transição na distribuição federativa da receita exigem uma emenda constitucional. O texto constitucional pode ser detalhado no que se refere à transição dos tributos atuais e à distribuição federativa da receita, mas deve ser o mais enxuto possível no que se refere ao IBS.

Há vários motivos para que o texto constitucional sobre o IBS (e, de modo geral, sobre o sistema tributário) seja simples e objetivo. Por um lado, a forma de organização da atividade econômica está mudando rapidamente com o avanço da economia digital, e é importante que a legislação seja flexível para acompanhar essas mudanças. Por outro lado, o excesso de detalhamento sobre matérias tributárias na Constituição abre espaço para divergências de interpretação (que poderiam ser resolvidas de forma mais ágil na legislação infraconstitucional), contribuindo para ampliar o contencioso tributário.

O detalhamento da legislação sobre o IBS caberia à lei complementar, uma vez que se trata de imposto nacional, de competência da União, dos estados e dos municípios. Também haveria um único regulamento, emitido pelo governo federal com base em parâmetros definidos de comum acordo entre representantes das três esferas de governo.

3.9. Administração do imposto e contencioso

A cobrança do imposto seria centralizada e gerida de forma coordenada pela União, pelos estados e pelos municípios, a exemplo do que já é feito hoje para o Simples Nacional. A distribuição da arrecadação entre os diversos entes da federação seria feita de forma automática segundo os critérios já explicitados nesta nota técnica.

A fiscalização do imposto também seria feita de forma coordenada e harmonizada, com a participação dos fiscos das três esferas de governo. Como este é um tema importante para o adequado funcionamento do imposto, o CCiF iniciou uma agenda de discussões com representantes das administrações tributárias federal, estadual e municipal sobre qual a melhor forma de organizar a atuação conjunta na gestão e na fiscalização do imposto.

Propõe-se que o contencioso administrativo seja específico para o IBS, pois se trata de um tributo que é, simultaneamente, federal, estadual e municipal. A forma pela qual seria estruturado o contencioso administrativo do IBS está sendo discutida por um grupo de especialistas.

Por fim, por se tratar de um imposto de âmbito nacional, entende-se que o contencioso judicial deve ser processado pela Justiça Federal.

3.10. Imposto seletivo

Como mencionado anteriormente, pela proposta do CCiF o IBS seria complementado por um imposto seletivo federal, incidente sobre bens e serviços geradores de externalidades negativas, cujo consumo se deseja desestimular. Este é o caso, sobretudo, de produtos do fumo e de bebidas alcoólicas.

A proposta é que o imposto seletivo tenha incidência monofásica, sendo devido apenas na etapa de produção e nas importações. O imposto poderia ser cobrado por unidade de produto (*ad rem*) ou proporcionalmente ao valor dos bens e serviços tributados (*ad valorem*), ou ambos, nos termos definidos em legislação ordinária. O imposto cobrado seria considerado custo do adquirente, não gerando crédito nas etapas subsequentes de comercialização.

A introdução do imposto seletivo se daria de forma gradual, por meio da progressiva elevação das alíquotas. A proposta é que a elevação das alíquotas do imposto seletivo se dê simultaneamente à elevação das alíquotas do IBS, ao longo do período de transição de oito anos.

Vale notar que, ao contrário do IBS, que é um imposto com finalidade arrecadatória, o imposto seletivo tem finalidade puramente extrafiscal (regulatória).

4. Comentários finais

Este texto apresenta as linhas gerais da proposta do CCiF de reforma do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços. O cerne de proposta foi a substituição de cinco tributos atuais – PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS – por um único imposto do tipo IVA, denominado Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, cujas características refletem as melhores práticas internacionais.

A proposta de migração do modelo brasileiro de tributação de bens e serviços para um modelo do tipo IVA, que busca aproximar o Brasil do praticado no resto do mundo, nada tem de original. Esta proposta vem sendo defendida por vários especialistas pelo menos desde meados dos anos 1980.

A novidade da proposta está no padrão de transição, tanto para as empresas (transição progressiva ao longo de 10 anos) quanto para a distribuição federativa da receita do IBS (transição em 50 anos). Tal modelo de transição, além de não alterar a carga tributária, permite minimizar muitas das resistências encontradas em propostas anteriores de reforma tributária, por parte tanto das empresas quanto dos entes da federação. Outra novidade é a proposta de substituição do atual modelo de partilha e vinculações constitucionais de receita por um modelo em que a alíquota do imposto é composta por várias alíquotas singulares, não afetando a distribuição atual das receitas, mas reduzindo muito a rigidez orçamentária.

Em boa medida, as inovações propostas no modelo de transição (especialmente no que diz respeito à distribuição federativa da receita) só são possíveis porque o Brasil avançou muito na informatização de documentos e obrigações tributárias, especialmente por meio da nota fiscal eletrônica (NF-e).

É importante notar que o modelo proposto não é uma proposta fechada, mas sim uma contribuição para o debate sobre o aprimoramento do sistema tributário do país, que também pode ser melhorada. O próprio CCiF segue discutindo alguns detalhes técnicos da proposta e irá divulgar notas técnicas à medida que avançar nesses estudos.

Os benefícios esperados das mudanças propostas são muitos. Por um lado, a grande simplificação do modelo de tributação de bens e serviços contribuiria para redução expressiva do custo de conformidade tributária (custo de *compliance*), bem como do litígio sobre matéria tributária. Em particular, a simplificação poderia até permitir o lançamento de ofício do imposto para os contribuintes de menor porte, que teriam como obrigação apenas o registro de compras e vendas por meio do sistema de nota fiscal eletrônica. No agregado, a mudança representaria uma expressiva melhora do ambiente de negócios do país.

Por outro lado, as mudanças propostas tendem a contribuir para a ampliação da taxa de investimento de duas formas: pela redução do custo dos bens de capital (resultado da eliminação da cumulatividade); e pelo aumento da segurança jurídica das empresas, consequência da grande simplificação do sistema tributário.

Por fim, e principalmente, as mudanças propostas tendem a tornar o sistema tributário brasileiro muito mais neutro, eliminando distorções alocativas que afetam negativamente a produtividade. Embora um cálculo preciso do impacto das mudanças seja quase impossível de ser feito – pois dependeria da análise de cada uma das distorções setoriais existentes –, é possível estimar que o impacto positivo sobre a produtividade seria significativo. Uma mudança no sistema tributário na linha proposta seria, provavelmente, a medida da agenda de reformas microeconômicas com maior impacto sobre a produtividade e o PIB potencial do país em um horizonte de 10 a 20 anos.

A reforma nos termos propostos não afeta a carga tributária, mas melhora significativamente a qualidade do nosso sistema tributário, tornando-o mais simples, transparente e neutro, e beneficiando o crescimento a longo prazo do Brasil.

As Contradições da Tributação Indireta no Brasil

Hugo de Brito Machado Segundo

Introdução

Não é de hoje que a tributação indireta, no Brasil, suscita questionamentos e perplexidades, conduzindo autoridades da Administração Tributária, legisladores, contribuintes e membros do Poder Judiciário a posicionamentos contraditórios e incoerentes.

Tais perplexidades e questionamentos decorrem, em suma, dos seguintes fatores: (i) não há clareza ou coerência na eleição dos critérios a partir dos quais se identifica um tributo como sendo indireto; (ii) uma vez identificados os tributos que se subsumem à classificação, presume-se que sempre há o repasse de seu ônus ao consumidor final; (iii) não se extraem conclusões coerentes da presunção de que o ônus do tributo seria sempre repassado ao consumidor final.

O propósito deste artigo, destinado a compor coletânea organizada em justa homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri e aos seus 20 anos de titularidade junto à Universidade de São Paulo, é examinar essas incoerências e contradições, contrastando-as e indicando possíveis formas de equacionamento.

1. O que é um tributo indireto?

A primeira grande dificuldade no trato do assunto proposto neste artigo reside na própria identificação do tributo indireto. Começam aqui as contradições, pois se apontam características que, a rigor, estão presentes não apenas naqueles identificados como indiretos. E, às vezes, não estão presentes mesmo neles.

Diz-se que o tributo indireto é aquele pago por uma pessoa, legalmente identificada como sujeito passivo (contribuinte de direito), mas economicamente suportado por outro, cuja capacidade contributiva seria assim obliquamente alcançada, no consumo dos produtos ou serviços tributados (contribuinte de fato). A questão é que essa característica – o repasse do custo representado pelo tributo no preço do produto ou do serviço consumido por um terceiro – pode estar presente em qualquer tributo¹. Toda atividade econômica que visa ao lucro impele aquele que a exerce a auferir receitas que cubram seus custos, que nessa condição se refletem todos, dentro do possível, nos preços praticados. Trata-se de uma *tendência*, visto que não há margem de lucro tabelada, tampouco preços tabelados, os quais são definidos pelo mercado². Por conta disso, mesmo aqueles tributos por esse critério batizados como indiretos, como o ICMS, às vezes não têm o seu ônus repassado a terceiro. Daí dizer-se que a classificação é falha, imprecisa e problemática.

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 616.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55 e ss.

Talvez o melhor critério para definir um tributo como indireto não seja a efetiva existência de repercussão, ou da possibilidade de repercussão, que de resto pode estar presente em qualquer tributo, ou mesmo em qualquer ônus incidente sobre uma atividade econômica. Mais apropriado é entender-se como indireto o tributo que, tendo uma pessoa legalmente indicada como sujeito passivo, incide sobre fato que a rigor é indicador da capacidade contributiva de outra, diversa de seu sujeito passivo. Stuart Mill se reporta a situações nas quais se deseja alcançar terceiro diverso do contribuinte³, mas, melhor que “desejo de alcançar”, talvez fosse o caso de referir-se a capacidade contributiva, como faz Lapatza⁴. Veja-se como exemplo o ICMS incidente sobre joias. Mesmo que a joalheria seja um negócio de pequeno porte, dotada de pouca capacidade contributiva, o tributo incide por meio de alíquotas elevadas, pois se pressupõe que o comprador, ou a compradora, das joias, possui maior capacidade econômica para contribuir.

Com isso não se obtém uma classificação desprovida de problemas, mas pelo menos se torna mais clara a divisão, e o motivo pelo qual o imposto de renda pode ser considerado direto, ainda que eventualmente tenha seu ônus repassado a terceiros, e o imposto sobre produtos industrializados se reputa indireto, mesmo que por vezes seja integralmente suportado pelo próprio sujeito passivo legalmente indicado como tal, visto que com ele economicamente se almeja alcançar a renda consumida – ou a capacidade contributiva revelada – pelo comprador.

O verdadeiro problema, contudo, não reside na classificação em si. Praticamente todas têm suas dificuldades. A realidade não tem divisões, muito menos estanques⁵. É a mente humana que traça distinções, classificando e dividindo a realidade em partes, para melhor compreendê-la. Surgem então inapelavelmente as zonas de penumbra, em que se situam objetos que não se sabe em que classe se devem encaixar⁶, como os ornitorrincos, relativamente à divisão entre aves e mamíferos.

Toda classificação, portanto, é problemática, em alguma medida, não sendo essa uma peculiaridade daquela que aparta os tributos entre diretos e indiretos. A verdadeira questão reside nos efeitos que se devem extrair da classificação, ou, em termos mais precisos, em suas consequências jurídicas.

³ MILL, John Stuart. *Princípios de economia política. Com algumas de suas aplicações à Filosofia Social*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. vol. 2, p. 395.

⁴ LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário – teoria geral do tributo*. São Paulo: Marcial Pons/Manole, 2007, p. 165.

⁵ É o que se dá com praticamente tudo na realidade, seja ela natural ou cultural, com exceção apenas de algumas realidades ideais, em torno das quais se podem estabelecer distinções precisas. Exemplificando, um número é primo ou não é, não havendo, nesse caso, zona de penumbra entre uns e outros, o que não se aplica à generalidade das demais divisões e classificações. Veja-se DEEMTER, Kees van. *Not exactly: in praise of vagueness*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 117. Aristóteles já o havia percebido, quando escreveu: “A natureza passa, pouco a pouco, dos seres inanimados aos dotados de vida, de tal modo que a continuidade existente torna imperceptível a fronteira que os separa, não permitindo decidir a qual dos dois grupos pertence a forma intermédia.” (ARISTÓTELES. *A história dos animais* – Livros VII a X. Lisboa: Imprensa Nacional, [588b], Livro VIII, 2008, p. 76).

⁶ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 34.

2. Incoerência na repetição do indébito

O primeiro e talvez maior problema que se coloca como decorrência jurídica da classificação dos tributos em diretos e indiretos surge no terreno da repetição do indébito. Como se sabe, nos termos do art. 166 do CTN, em se tratando de tributos que por sua natureza podem ter seu encargo transferido a terceiros, a restituição só ocorre quando se prova não ter havido a transferência, ou quando o terceiro a tanto autoriza o contribuinte.

Visto da forma como o tem interpretado a jurisprudência (Súmulas n. 71⁷ e n. 546⁸ do STF), a finalidade do dispositivo não é garantir a restituição a quem teria direito de obtê-la. Esse é apenas o verniz, que confere aparência de legitimidade a uma disposição voltada, simplesmente, a inviabilizar a restituição⁹.

Note-se, de início, que o artigo não define, ou identifica, quais seriam os tributos que por sua natureza comportam transferência do encargo. Não custava indicá-los¹⁰. O Código Tributário Nacional, já em sua redação originária, continha disposições alusivas ao antigo ICM (imposto sobre circulação de mercadorias), ao ISS (imposto sobre serviços), e ao IPI (imposto sobre produtos industrializados), os quais basicamente hoje se consideram sujeitos à norma ali veiculada. Por que não foram citados? Talvez porque a finalidade era deixar uma válvula de escape para utilização em qualquer demanda de restituição do indébito.

Outra curiosidade do art. 166 do CTN é que ele concede ao contribuinte de fato, que não tem direito de pleitear em nome próprio a restituição, o poder de autorizar o contribuinte de direito a fazê-lo. Em outros termos, uma situação inusitada em que alguém transfere poderes que não tem. Como aponta Luís Eduardo Schoueri, trata-se de uma estratégia para impedir ou inviabilizar a restituição, até mesmo tendo em conta a impossibilidade de se conseguirem tais autorizações de milhares de consumidores¹¹.

Na prática, como decorrência da jurisprudência do STF, depois refletida no CTN, e, hoje, na jurisprudência do STJ, o contribuinte dito de direito não pode pleitear a restituição do indébito de tributos tidos como indiretos (ICMS, ISS não fixo, e IPI)¹², a menos que prove a ausência da repercussão, que sempre se presume. Prova negativa virtualmente impossível¹³ em uma economia de mercado, em que preços ou lucros não

⁷ “Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.”

⁸ “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte ‘de jure’ não recuperou do contribuinte ‘de facto’ o ‘quantum’ respectivo.”

⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ainda a restituição dos tributos indiretos. *Nomos* vol. 32.2. Fortaleza, 2012, p. 223-274.

¹⁰ NEVIANI, Tarcísio. *A restituição de tributos indevidos, seus problemas, suas incertezas*. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 35, p. 57.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 617.

¹² Por que não o PIS e a Cofins? A Cide? Os tributos pagos no bojo do Simples? Imposto de Renda e CSLL pagos sobre o lucro presumido? Todos podem ser, ou não, o que revela a fragilidade da classificação, que se torna ainda mais grave diante dos importantes reflexos que a jurisprudência extrai dela em detrimento do sujeito passivo da relação tributária.

¹³ Daí por que a Corte de Justiça Europeia, julgando essa mesma questão no âmbito do Direito da União Europeia, considerou que os tributos ditos “indiretos” não podem deixar de ser restituídos, quando pagos indevidamente, ao argumento de que teriam sido repassados a terceiros e de que caberia ao contribuinte

são legalmente fixados. Tudo porque quem pagou o tributo “na verdade” teria sido o consumidor final.

A questão – reveladora da incoerência – é que o consumidor final, conquanto se presume como sendo aquele que suportou integralmente o ônus do tributo, não tem reconhecida para si a legitimidade para pleitear, em nome próprio, a restituição¹⁴ – salvo no caso de consumidor de energia elétrica¹⁵. Quando tenta fazê-lo, diz-se que não tem relação jurídica com o Fisco, visto que o “verdadeiro contribuinte” seria o dito contribuinte “de direito”. Um cenário no qual uma lei obstaculiza por completo o acesso ao Poder Judiciário, relativamente a quem considere ter um direito subjetivo violado com o pagamento indevido de um tributo deste tipo.

O equívoco da construção, revelado pela incoerência, reside no fato de que a transferência do encargo ou deveria ter algum valor para o direito, ou não deveria. Se tiver, a ponto de retirar do contribuinte de direito a legitimidade para pleitear em nome próprio – e sem a necessidade de “autorizações” – a restituição, deveria por igual transferir ao contribuinte de fato essa legitimidade. Por outro lado, se é irrelevante para dar ao contribuinte de fato a faculdade de pleitear direitos subjetivos no bojo de uma relação jurídica (da qual não participa), também deveria sê-lo para retirá-la do contribuinte de direito.

A incoerência fala por si, e dispensa até mesmo considerações em torno do equívoco de se negar ao contribuinte de direito a legitimidade, ao argumento de que ele não teria sofrido qualquer “prejuízo” a ser reparado com a restituição. A premissa é falsa: se o repasse não houve, o prejuízo decorreu da redução de sua margem de lucro. Se o repasse ocorreu, o prejuízo é consequência da prática de um preço maior que o que poderia ter sido fixado sem o tributo, levando a uma natural redução no número de vendas¹⁶. Em qualquer caso, se fatura menos, seja porque se vende em menor quantidade, seja porque se praticam preços mais baixos. Como aponta Luís Eduardo Schoueri, “é plenamente possível demonstrar que toda empresa transfere, na medida do possível, seu encargo tributário a seus clientes, por meio do preço; pode-se, ao mesmo tempo, demonstrar que essa transferência jamais ocorre, já que qualquer tributo implica redução da margem de lucro. Entre uma e outra discussão, revela-se a impropriedade do dispositivo.”¹⁷

No caso, o correto seria reconhecer ao contribuinte de direito, e apenas a ele, sempre, a legitimidade para restituição de tributos pagos indevidamente, pouco importan-

provar o não repasse, pois “In a market economy based on freedom of competition, the question whether, and if so to what extent, a fiscal charge imposed on an importer has actually been passed on in subsequent transactions involves a degree of uncertainty for which the person obliged to pay a charge contrary to Community law cannot be systematically held responsible.” (ECJ, C-199/82, § 15).

¹⁴ STJ, 2ª T., REsp n. 1.147.362/MT, *Dje* 19.08.2010.

¹⁵ STJ, 1ª S., REsp n. 1.278.668/RS e REsp n. 1.299.303/SC.

¹⁶ Tarcísio Neviani já havia destacado esse dado, afirmando: “o imposto indevidamente pago simplesmente reduz o lucro do contribuinte, que deixa de realizá-lo na medida do montante do tributo que paga. E assim porque, não pagasse ele o tributo, acabaria ficando com maior número de unidades monetárias no seu patrimônio, ou se, em razão de inexistir o tributo, ele reduzisse o preço de bens ou serviços, muito provavelmente ganharia maior competitividade em seu mercado.” (NEVIANI, Tarcísio. *A restituição de tributos indevidos, seus problemas, suas incertezas*. São Paulo: Resenha Tributária, 1983, p. 68)

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 616.

do se são diretos ou indiretos, classificação que poderia ser levada a efeito para balizar a ação do legislador na fixação de alíquotas de alguns impostos, em políticas de extrafiscalidade, mas não para suprimir direitos do sujeito passivo da relação tributária. Se se quiser dar uma interpretação conforme a Constituição ao art. 166 do CTN, ele pode ser visto em consonância com o art. 123 e com o art. 128 do mesmo Código. Convenções particulares são irrelevantes para alterar a sujeição passiva, mas a lei pode atribuí-la a mais de uma pessoa (contribuintes e responsáveis), e, nesse caso, se houver vários sujeitos passivos legalmente definidos como tal (mais de um contribuinte, ou contribuinte e vários responsáveis), a restituição do que porventura vier a ser pago indevidamente observaria o art. 166 do CTN: seria possível identificar se legalmente o pagamento fora efetuado por um ou por outro, reconhecendo-se, àquele que o efetuou, o direito de obter a respectiva devolução, caso indevido.

Há autores que associam a repercussão jurídica a que estaria fazendo alusão o art. 166 do CTN aos tributos não cumulativos (ICMS e IPI), mas essa aproximação não é correta. Talvez seja feita apenas para impedir a aplicação indiscriminada do artigo a qualquer tributo, mas, a rigor, a não cumulatividade e a sistemática de créditos a ela inerente ensejam apenas uma metodologia para o cálculo do imposto devido, que sequer guarda relação necessária com o *quantum* efetivamente recolhido pelos elos anteriores da cadeia¹⁸. Mesmo não cumulativo, o ICMS não se deveria submeter ao art. 166 do CTN, pois, aumentado ou reduzido o imposto, o preço de um produto por ele onerado pode permanecer o mesmo, ou pode seguir caminho inverso (ser reduzido apenas do aumento do imposto, ou vice-versa), o que não ocorre nos casos de repercussão jurídica em que o responsável tem o direito subjetivo de cobrar tributo (e não apenas preço mais alto, ou pagar salário mais baixo) do contribuinte que sofre a retenção.

3. Inadimplência do adquirente, consumidor final

A incoerência no trato de quem “na verdade” é o contribuinte do imposto dito indireto segue no caso da inadimplência e de seus efeitos. Embora se diga, para negar a um vendedor de mercadorias, que o ICMS por ele pago indevidamente foi “na verdade” suportado pelo consumidor final, nas ocasiões em que este consumidor final *não paga o preço*, incorrendo em inadimplência, o tributo é exigido do contribuinte de direito e a possibilidade de repasse passa a ser vista como de total irrelevância.

Um caso emblemático é o apresentado por Ruy Barbosa Nogueira¹⁹, ao analisar a situação da Embratel, argumentando que a empresa não deveria ser submetida ao ICMS sobre os serviços não pagos pelos usuários. A Embratel enfrentou uma inadimplência significativa quando os usuários passaram a ter a liberdade de escolher diferentes ope-

¹⁸ “A palavra ‘pago’ deve ser entendida como incidente, ou ‘devido’, relativamente às operações anteriores. Para que se apure a diferença de que trata o art. 36, supra, não se terá em conta o imposto efetivamente pago nas operações anteriores, mas o imposto incidente, ou devido. Não se há de indagar se foi efetuado o seu recolhimento.” (MACHADO, Hugo de Brito. *O ICM*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971, p. 133)

¹⁹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. ICMS e a prestação onerosa de serviço de comunicação não paga. Parecer na *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 78. São Paulo: Dialética, 2002, p. 132-146.

radoras para ligações interurbanas, resultando em contas não pagas relativas a esses serviços prestados²⁰.

A jurisprudência entendeu, porém, que o não pagamento do preço, pelo consumidor final, não exime o contribuinte de direito, agora o “verdadeiro” contribuinte, de pagar o tributo (RE n. 1.003.758 – Tema 705 de Repercussão Geral). Afinal, trata-se de uma dívida sua, sendo irrelevante para o Direito (neste momento) o fato de eventualmente ser, ou não, considerada na formação dos preços. O não pagamento do preço, no qual o tributo estaria embutido para ser “na verdade” pago pelo consumidor final, seria irrelevante. O Ministro Alexandre de Moraes consignou que há “duas relações jurídicas distintas e independentes entre si, regidas por normas específicas: uma entre a empresa (contribuinte de direito) e o respectivo consumidor/usuário (contribuinte de fato) de natureza civil; e outra, de caráter estritamente tributário, entre a empresa (sujeito passivo) e o Fisco (sujeito ativo)”, no que está coberto de razão: só falta lembrar isso quando, nas ações de restituição do indébito, se mantêm cobranças indevidas contrárias à segunda dessas relações, ao argumento de que o custo tributário teria sido presumidamente embutido no preço praticado na primeira.

4. Inadimplência do contribuinte, junto ao Fisco

O argumento novamente se inverte quando a inadimplência se dá não em relação ao pagamento do preço, do consumidor final junto ao contribuinte de direito, mas deste relativamente ao Fisco. Caso o preço de uma mercadoria seja normalmente pago pelo comprador, mas o vendedor, devedor do ICMS, atrase o pagamento deste, diz-se que incorreu em “apropriação indébita”, pois o imposto havia sido pago “na verdade” pelo comprador, devendo ser “apenas repassado” ao Fisco, algo que seria frustrado pela inadimplência.

Lembre-se, leitor, que há poucas linhas se examinou a situação na qual o comprador *não paga* o preço, e o vendedor, mesmo assim, há de adimplir o imposto que nele estaria embutido, pois a dívida é sua, sendo juridicamente irrelevante o repasse eventual ao contribuinte de fato, algo situado no plano apenas da economia, havendo “duas relações jurídicas distintas e independentes entre si, regidas por normas específicas: uma entre a empresa (contribuinte de direito) e o respectivo consumidor/usuário (contribuinte de fato) de natureza civil; e outra, de caráter estritamente tributário, entre a empresa (sujeito passivo) e o Fisco (sujeito ativo)” (RE n. 1.003.758)... Agora, quando se busca usar a repressão penal como instrumento de cobrança, a lógica se inverte: tem-se uma verdadeira dívida jurídica entre o consumidor final, que paga “tributo”, junto ao Fisco, sendo o vendedor das mercadorias um mero intermediário, capaz de ser considerado autor do crime de apropriação se incorre em mera inadimplência, mero atraso,

²⁰ Ainda não estava implementada sistemática que permitia a cobrança de todo o consumo – dos serviços prestados pelas várias operadoras – em uma única conta. Com isso, aquelas telefônicas – como a Embratel – que enviavam suas cobranças relativas aos interurbanos, mas não forneciam a telefonia fixa local para o usuário (que não poderia assim ser suspensa), sofreram com a elevada inadimplência daqueles que possuíam linhas de uma operadora (cujas faturas eram pagas pontualmente) mas realizavam ligações interurbanas por outras como ela Embratel (cujas faturas não eram pagas).

mesmo se reconhecer e declarar sua dívida tributária. As tais duas relações deixam de ser distintas e independentes, ou regidas por normas específicas.

Neste caso, aliás, a contradição do julgado, do Supremo Tribunal Federal (RHC n. 163.334), aparece entre os itens da própria ementa do acórdão, pois diz-se que há apropriação, visto que o imposto é sempre embutido nos preços, que por ele são elevados ou encarecidos, cabendo ao comerciante apenas repassá-los ao Fisco, mas, ao mesmo tempo, na própria ementa, diz-se que isso traz danos à concorrência, pois o contribuinte inadimplente consegue vender mais barato, por não repassar o imposto, prejudicando o mercado... Ou seja: mesmo tendo resolvido que agora a repercussão tem relevo e consequências jurídicas, é preciso chamar o feito à ordem e definir se o problema é o imposto ser repassado ao preço (gerando apropriação quando não é pago ao Fisco), ou não ser repassado (levando a preços predatórios que lesam a concorrência). O que logicamente não se consegue, com todo o respeito, é repassar e não repassar ao mesmo tempo, para simultaneamente apropriar-se de parcela do preço mais alto e lesar a concorrência com um preço mais baixo.

5. O que essa incoerência é capaz de revelar?

A incoerência revelada pela jurisprudência brasileira remete ao experimento de Eric Uhlmann e Geoffrey Cohen, destinado a identificar preconceitos implícitos (*implicit biases*) notadamente no que tange a questões de gênero. Eric Uhlmann fez experimento no qual seus alunos e colaboradores²¹ foram chamados a assessorá-lo na escolha de um currículo. Autoridades da cidade gostariam da ajuda da Universidade na análise de potenciais candidatos ao cargo de chefe de polícia, e a equipe de Uhlmann e Cohen estaria plenamente habilitada a auxiliar na escolha. O que a equipe não sabia é que tudo não passava de uma criação de seus professores, para usá-los como cobaias do experimento.

Forneceram-se então aos alunos dois currículos. No primeiro deles, o candidato “A” possuía vasta experiência nas ruas, como policial, mas quase nenhuma formação acadêmica. Apenas o mínimo necessário ao exercício da função de policial. E era do sexo feminino. O segundo currículo, do candidato “B”, indicava pessoa com pouquíssima experiência prática, quase sem atuação nas ruas, mas com vasta formação acadêmica na área de segurança pública, sendo do sexo masculino. Os participantes do experimento então escolheram o segundo candidato, e apontaram, nas razões que foram chamados a indicar, o fato de que, para ser chefe, não era preciso ter experiência nas ruas, sendo, ao contrário, fundamental ter mais profunda formação acadêmica ou teórica.

Invertidos os nomes e o gênero dos candidatos, mas mantidas todas as demais características de seus currículos, outro grupo de alunos foi chamado a assessorar a mesma escolha, naturalmente sem saber da existência e da escolha do grupo anterior, bem como, *a fortiori*, que os próprios candidatos seriam fictícios. O segundo grupo então escolheu o primeiro candidato, que agora passou a ser o homem, com vasta experiência

²¹ UHLMANN, Eric Luis; COHEN, Geoffrey L. Constructed criteria redefining merit to justify discrimination. *Psychological Science* vol. 16, n. 6, 2005, p. 474-480. Disponível em: https://ed.stanford.edu/sites/default/files/uhlmann_et_2005.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

nas ruas e sem maior formação acadêmica. Tendo de apontar razões, escrevem os participantes que, para a chefia, relevantes são os muitos anos de atuação nas ruas, sendo o saber teórico e a experiência em funções burocráticas algo secundário e não essencial.

Tantas vezes repetido o experimento, segue-se o mesmo resultado: escolhe-se o homem, seja qual for o seu currículo. Os motivos apresentados para a escolha chegam mesmo a se inverter, como se percebe, em uma incoerência que revela muito: para os candidatos, ainda que de maneira inconsciente, *o chefe tem que ser homem*. Essa é a verdadeira razão das escolhas, e o que se aponta de forma explícita são pretextos.

Voltando-se à tributação indireta, o que se percebe, de fundamentos igualmente incoerentes, é algo também convergente na maior parte dos exemplos: o “verdadeiro” contribuinte do imposto indireto é sempre quem não está reclamando por seus direitos, de modo a que se possa negar razão ao que reclama, mesmo quando ele inegavelmente a tem. O preconceito implícito, aqui, não é de que os chefes precisam ser homens, mas de que a Fazenda precisa ter razão.

Considerações finais

Do que se examinou, percebe-se que o equívoco da jurisprudência brasileira reside em não atentar para a distinção entre o que é jurídico e o que é meramente econômico. Entre o que é preço e o que é tributo. Entre uma relação jurídica e circunstâncias econômicas. Entre o direito de cobrar o tributo, independentemente do preço de um contrato, que um sujeito passivo legalmente definido como tal exerce sobre outro, da faculdade de estabelecer preços que, ao fim e ao cabo, serão definidos pelo mercado.

Caso se observe que entre o consumidor final e o vendedor de uma mercadoria há relação de direito privado, no âmbito da qual é devido um preço, enquanto entre o vendedor da mercadoria e o Fisco há relação de direito público, no bojo da qual é devido o tributo, não sendo o vício na segunda motivo para que se diga que o valor pago na primeira seria indevido, percebe-se que o contribuinte dito “de direito” deve ter legitimidade para repetir o indébito tributário (de ICMS, ISS e IPI, ou de IBS, ou de qualquer outro tributo do qual seja o contribuinte), independentemente do preço praticado nas vendas que realiza. A relação, cível, entre ele e seus clientes, não interfere na relação, tributária, que tem com o Fisco.

Espera-se que na legislação complementar que vier a ser elaborada, em regulamentação à reforma tributária ora em gestação no Congresso Nacional, equacione-se o problema. Reconhecendo-se legitimidade a um, ou a outro, o relevante é que se aja com coerência, para que sujeitos passivos o sejam com todos os ônus e os bônus a tanto inerentes, de forma transparente, sem subterfúgios destinados apenas a cercear o acesso ao Poder Judiciário.

Fundamentos e Impactos da Adoção do Princípio do Destino na Tributação do Consumo no Brasil

Leonardo Aguirra de Andrade

Introdução

O princípio da origem e o princípio do destino na tributação do consumo foram desenvolvidos, originalmente, com vistas a disciplinar as relações do comércio internacional, de modo a padronizar um modelo em que, de um lado, as exportações são desoneradas e, de outro lado, a as importações ficam sujeitas aos tributos indiretos, no âmbito dos chamados *border tax adjustments*¹. Em síntese, de um lado, de acordo com o princípio da origem, tributa-se a mercadoria ou o serviço no local onde está o fornecedor, *i.e.* onde está sendo gerado ou repassado o valor agregado em uma cadeia de consumo, e, de outro lado, de acordo com o princípio do destino, tributa-se a mercadoria ou o serviço onde está o consumidor, *i.e.* no local onde se materializa o consumo².

No entanto, a adoção do princípio do destino nas operações internas de um país – envolvendo diferentes unidades federativas – também tem ganhado atenção na experiência internacional³. Para essa hipótese, a escolha pelo princípio da origem ou pelo princípio do destino é pertinente quando as unidades federativas subnacionais têm competência para cobrar tributos sobre o consumo com alguma autonomia, sendo possível um alinhamento entre elas para evitar a dupla tributação. Ou seja, o mesmo tributo poderia ser cobrado pela unidade federativa onde está o fornecedor de bens ou serviços ou pela unidade federativa onde está o destinatário (intermediário na cadeia de consumo ou consumidor final).

Nota-se um movimento recente na experiência estrangeira no sentido da adoção do princípio do destino para fins da tributação das operações internas. Como exemplo, destaca-se que o princípio do destino é, de maneira geral, adotado na tributação do consumo pelo IVA na Europa desde 2016 inclusive para operações domésticas⁴. No mesmo sentido, no caso *Wayfair*, julgado em 2018, a Suprema Corte dos Estados Unidos autorizou os estados de destino daquele país a cobrarem o *sales tax* no local onde está o

¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Report by the working party on border tax adjustment*, L3464, 20 de novembro de 1970, p. 2. Disponível em: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L3799/3464.PDF>. Acesso em: 15 set. 2023.

² SENYK, Mariya. *The origin and destination principles as alternative approaches towards VAT allocation: analysis in the WTO, the OECD and the EU legal frameworks*. Amsterdam: IBFD, 2019, itens 3.3.2 e 3.3.3 (livro digital).

³ SENYK, Mariya. *The origin and destination principles as alternative approaches towards VAT allocation: analysis in the WTO, the OECD and the EU legal frameworks*. Amsterdam: IBFD, item 6.5 (livro digital).

⁴ COMISSÃO EUROPEIA. *Setting VAT rates. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax*, setembro de 2017. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603265/EPRS_BRI\(2017\)603265_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603265/EPRS_BRI(2017)603265_EN.pdf). Acesso em: 15 set. 2023.

consumidor, respeitando-se um patamar mínimo para caracterização da presença digital do respectivo vendedor⁵.

Na doutrina brasileira, há sinalizações no sentido de que o Brasil não adotou o princípio do destino para fins da tributação do consumo em operações internas envolvendo fornecedor e consumidor localizados em diferentes unidades federativas, dando primazia ao princípio da origem, como se fosse uma regra geral, com algumas exceções⁶.

Esses apontamentos, ao lado das razões debatidas na experiência estrangeira sobre o tema, merecem uma reflexão mais aprofundada sobre os fundamentos do princípio da origem e do princípio do destino. Esse debate se mostra ainda mais oportuno neste momento no Brasil, porque, na proposta de reforma tributária, atualmente em discussão no Congresso Nacional (objeto da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 45/2019)⁷, adota-se o princípio do destino por completo nas operações entre unidades federativas.

Nesse contexto, o presente artigo busca investigar (i) o cenário atual de primazia do princípio da origem no Brasil, (ii) quais são os fundamentos do princípio do destino e, por fim, (iii) quais seriam os impactos (vantagens e desvantagens) da sua implementação na tributação do consumo no Brasil.

Inserido em obra que homenageia os 20 anos de titularidade do Professor Luís Eduardo Schoueri, o estudo parte de uma premissa colhida das lições do nosso ilustríssimo Professor: o consumo nada mais é do que a expressão de uma espécie de renda, a renda consumida. Logo, é relevante investigar os impactos da tributação da renda consumida onde está quem a consome. Essa alteração – do princípio da origem para o princípio do destino – naturalmente pode ter efeitos na distribuição da arrecadação do tributo sobre o consumo e, ato contínuo, pode afetar também o federalismo brasileiro, a capacidade de atração de investimento das unidades federativas menos ricas e populosas e as raízes das diversas guerras fiscais que marcaram o Sistema Tributário Brasileiro nos últimos anos. Esse cotejamento das vantagens e das desvantagens da adoção do princípio do destino na tributação do consumo no Brasil é a tarefa final do presente trabalho.

1. Cenário brasileiro de primazia do princípio da origem

A definição dos tributos que incidem sobre o consumo comporta algum debate. Para fins de simplificação (dado que o tema não é essencial para o exame da pergunta

⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *South Dakota v. Wayfair, Inc., et al.*, Case No. 17-494, julgado em 21.06.2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 492; DERZI, Misabel Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVE-TI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142; MOREIRA, André Mendes. *A não-cumulatividade de tributos*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 233; ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: MP, 2005, p. 72; COOKE, Lina Braga Santin. *A unificação da tributação sobre o consumo e o pacto federativo brasileiro*. Dissertação de mestrado sob a orientação do Professor Aldo de Paula Jr. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2020, p. 35 e 131.

⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC n. 45/2019, texto substitutivo aprovado em 7 de julho de 2023.

de pesquisa proposta), emprega-se aqui a ideia de que o IPI, o ICMS e o ISS são os principais tributos sobre o consumo.

Quanto ao IPI, o art. 2º da Lei n. 4.502/1964 adotou, para definir a ocorrência do fato gerador, o local da importação ou o local do estabelecimento produtor, sinalizando uma preferência pelo princípio da origem. No entanto, como a cobrança do IPI é realizada pela União, o debate sobre a opção pelo princípio da origem ou pelo princípio do destino se torna menos relevante, tendo em vista a ausência de conflitos de competência entre unidades federativas distintas.

O presente artigo concentra atenção, portanto, no ICMS e no ISS.

Em relação ao ICMS, vigora, com algumas exceções, o princípio da origem. Isto é, em regra, cabe ao Estado onde está o estabelecimento que efetua a operação ou a prestação tributada o poder de cobrar tal imposto, independentemente da localização do respectivo consumidor⁸. A Constituição Federal, em sua redação original, estabeleceu dois grupos de exceções a essa regra: (i) a tributação das operações interestaduais com energia elétrica, petróleo e derivados (art. 155, § 2º, X, alínea *b*, que estabelece que não incide ICMS sobre “operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”, o que foi validado pelo Supremo Tribunal Federal, ao definir que o ICMS nessas operações deve incidir na entrada do produto no Estado de destino, sendo imune apenas a saída do Estado de origem)⁹; e (ii) a tributação das operações interestaduais de aquisição de mercadorias ou tomada de serviços de transporte por contribuintes de ICMS na condição de consumidores finais, ou seja, quando as mercadorias são destinadas a uso e consumo ou ao seu ativo imobilizado, aplica-se a sistemática do Diferencial de Alíquota de ICMS, também chamado de “Difal” (art. 155, § 2º, VII).

A lógica do Difal era excepcionar, em parte, o princípio da origem, de modo a repartir a arrecadação do ICMS nas operações interestaduais com consumidores finais que fossem contribuintes do ICMS¹⁰. Nessa operação, o fornecedor da mercadoria recolhe parte do ICMS para o Estado de origem (com base na alíquota interestadual) e o adquirente (contribuinte de ICMS) paga a outra parte do ICMS (Difal) para o Estado de destino (com base na diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual).

A sistemática do Difal é baseada em uma regra constitucional de repartição de competências tributárias entre Estados de origem e de destino, que, por uma decisão política do Senado Federal (Resolução do Senado n. 22/1989), cuja validade é questionável¹¹, passou a ter um caráter redistributivo voltado ao combate de desigualdades re-

⁸ MOREIRA, André Mendes. *A não-cumulatividade de tributos*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 233-238.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema n. 689 da Repercussão Geral, RE n. 748.543/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05.08.2020, tese fixada: “Segundo o artigo 155, § 2º, X, *b*, da CF/1988, cabe ao Estado de destino, em sua totalidade, o ICMS sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a consumidor final, para emprego em processo de industrialização, não podendo o Estado de origem cobrar o referido imposto.”

¹⁰ MOREIRA, André Mendes. *A não-cumulatividade de tributos*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2018, p. 241-250.

¹¹ ÁVILA, Humberto. A Guerra Fiscal de ICMS e a Resolução n. 13/2012 do Senado Federal. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e Guerra Fiscal no Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. vol. 3, p. 35-57.

gionais¹². Nas operações originárias de Estados do Sul e Sudeste (exceto Espírito Santo), a maior parte da arrecadação fica com os Estados do Norte, Nordeste, Centro-Oeste e no Espírito Santo. Em outras palavras, o Difal é maior quando o consumidor final está em um Estado mais pobre.

Para tanto, o Senado Federal definiu que, como regra, a alíquota interestadual é de 12% na apuração do ICMS devido ao Estado de origem (o que implica um Difal menor devido ao Estado de destino, calculado em geral à alíquota de 6% ou 7%, a depender da alíquota do ICMS neste Estado), porém, quando o consumidor final estiver nos Estados do Norte, Nordeste, Centro-Oeste ou no Espírito Santo e o fornecedor estiver nos Estados do Sul e Sudeste (exceto Espírito Santo), a alíquota é de 7%, acarretando um Difal maior ao Estado de destino (calculado em geral à alíquota de 11% ou 12%, a depender da alíquota do ICMS neste Estado). Ou seja, há um mecanismo redistributivo no Difal, atribuindo uma maior arrecadação de ICMS para Estados considerados mais pobres.

De outro lado, é oportuno observar que a regra geral, na sistemática do Difal (quando tais Estados tidos como mais pobres não são os Estados de destino), implica uma maior arrecadação para os Estados de origem. Qual critério jurídico orienta essa divisão de competências e arrecadações tributárias entre Estados de origem e Estados de destino?

A cobrança do Difal foi reconfigurada pela Emenda Constitucional n. 87/2015, ao alargar a competência dos Estados de destino: não apenas as operações com consumidores finais contribuintes de ICMS, mas também as operações com destinatários não contribuintes de ICMS passaram a estar sujeitas ao Difal. O desenvolvimento do comércio eletrônico e on-line favoreceu a pressão política por uma maior divisão da arrecadação do ICMS¹³. Até então, todo o ICMS no comércio eletrônico (para consumidores não contribuintes) ficava com os Estados de origem. Havia, desde 2011 (com o Protocolo ICMS n. 21/2011), uma pressão política dos Estados do Norte e Nordeste pela implementação, ainda que em parte, do princípio do destino nessas operações¹⁴. Em 2014, o Protocolo ICMS n. 21/2011 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a necessidade de repartir arrecadação não era suficiente para validar tal norma, dado que o Protocolo não seria veículo normativo adequado para tanto, sendo necessária uma alteração da Constituição Federal e uma disciplina nacional para a matéria por meio de lei complementar¹⁵.

A alteração constitucional foi implementada com a Emenda Constitucional n. 87/2015 e, sete anos depois, foi editada a Lei Complementar n. 190/2022. Assim, hoje as

¹² CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 493.

¹³ ANDRADE, Leonardo Aguirra de. A inexigibilidade do Difal no Tema 1.093 da Repercussão Geral: da necessidade de lei complementar à necessidade de novas leis. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* vol. 17, n. 1. Brasília, jan.-jul. de 2022, p. 299-343.

¹⁴ CONFAZ. Protocolo ICMS n. 21, de 01.04.2011, que autorizava os Estados de destino a cobrarem ICMS sobre “operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom”.

¹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.628 e n. 4.713, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17.09.2014, em julgamento conjunto com o RE n. 680.089, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

operações que destinam mercadorias para consumidor final, seja ele contribuinte ou não de ICMS, são tributadas em parte no Estado de origem (à alíquota interestadual de 12%, como regra geral, ou à alíquota de 7% quando o Estado de destino for da região Norte, Nordeste, Centro-Oeste ou Espírito Santo e a operação for originária do Sul ou Sudeste, exceto Espírito Santo, de acordo com a Resolução do Senado n. 22/1989, ou, ainda, à alíquota de 4% quando a mercadoria vendida tiver conteúdo de importação superior a 40%, conforme a Resolução do Senado n. 13/2012) e em parte no Estado de destino (Difal). A complexidade dessa regra dificulta a compreensão, com clareza, dos critérios adotados para a distribuição de competências tributárias entre unidades federativas distintas, restando pouco debatido o porquê de o Brasil alocar maior ou menor arrecadação nos Estados de origem e de destino.

Para fins do ISS, a regra geral, dada pelo *caput* do art. 3º da Lei Complementar n. 116/2003, também é a tributação na origem (i.e., no local do estabelecimento prestador), cabendo, em caráter excepcional, a tributação no destino, conforme os incisos do referido art. 3º. Aliás, essa regra geral foi avaliada quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 499, quando o Supremo Tribunal Federal considerou que seria válido, em tese, o deslocamento da tributação da origem para destino, efetuado pela Lei Complementar n. 157/2016, que estabelecia que a tributação, pelo ISS, dos serviços de plano de saúde, cartão de crédito e determinadas atividades financeiras deveria ocorrer no domicílio do tomador desses serviços, porém os vícios incorridos nessa Lei Complementar, tais como a insuficiência na definição do domicílio do tomador do serviço e a insegurança jurídica dela decorrente, justificaram a inconstitucionalidade da regra¹⁶.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que o Brasil, realmente, dá primazia ao princípio da origem na tributação doméstica de operações interestaduais de consumo.

2. Fundamentos da adoção do princípio do destino

Na experiência brasileira sobre o acolhimento do princípio da origem no texto constitucional ou em leis complementares para fins da tributação do consumo, nota-se que, em determinadas hipóteses, fez-se uma opção pela mitigação desse princípio, em benefício do princípio do destino. Diante disso, vem à tona uma dúvida: qual é o critério jurídico que orienta o exercício dessa opção (mais arrecadação no Estado de origem versus mais arrecadação no Estado de destino)? Há um parâmetro jurídico para realizar um controle de validade dessa definição de competência? Considerando que os tributos em questão (ICMS e ISS) recaem sobre o consumo e o consumidor está na unidade federativa de destino, poderia o Constituinte definir o Estado de origem como competente para tal cobrança?

Evidentemente, o objetivo aqui pretendido não é se sustentar a inconstitucionalidade da Constituição Federal ou das leis complementares ao adotarem o princípio da ori-

¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 499 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5.835 e n. 5.862, julgadas em sessão virtual encerrada em junho de 2023.

gem na tributação do consumo, mas sim de propor um debate sobre as balizas que deveriam orientar essa escolha do legislador constituinte ou complementar, à luz dos princípios do Direito Tributário. Também não se busca sustentar um prejuízo ao conceito de Estado Federal a partir da forma como é realizada a atribuição de competências tributárias e a repartição de receitas¹⁷. Pelo contrário, objetiva-se identificar critérios jurídicos que orientem o legislador constituinte ou complementar na efetivação dos princípios da origem ou do destino na tributação sobre o consumo em operações entre unidades federativas distintas.

Essas questões são oportunas para refletir sobre a decisão político-tributária de cada país na distribuição de competências tributárias e no endereçamento das desigualdades regionais. Isso porque esse tipo de decisão tem o condão de aproximar ou afastar a arrecadação tributária do ente federativo subnacional do respectivo titular da manifestação de riqueza tributável. Ao se adotar o princípio do destino, o consumidor e a arrecadação do tributo (sobre o consumo) incidente sobre a riqueza desse consumidor estão geograficamente no mesmo local, o que pode ter impactos na alocação de recursos públicos (decorrentes de tributos sobre o consumo) em regiões mais populosas. Pelo contrário, quando se adota o princípio da origem, há um distanciamento entre a riqueza manifestada no consumo e a arrecadação (de tributos sobre o consumo) que recai sobre tal riqueza, assim como uma concentração de recursos públicos (decorrentes de tributos sobre o consumo) em unidades federativas com maior produção ou com cadeias de fornecimento mais desenvolvidas¹⁸.

Discordamos do entendimento de que não há critério jurídico algum na adoção do princípio do destino ou do princípio da origem, tratando-se de mera questão política. Nesse sentido, Leonardo Buissa Freitas sustenta que os tributos não vinculados sobre o consumo não precisam estar ligados a determinado ente federativo, sendo possível que a Constituição Federal escolha livremente, do ponto visto jurídico, a atribuição de competências tributárias¹⁹.

De modo diverso, Misabel Derzi leciona que a opção pelo princípio da origem no Brasil justificou por que seria a “única ajustada a um mercado perfeitamente integrado”²⁰. Segundo Derzi, o objetivo do princípio de origem seria “manter integrado o mercado consumidor nacional”, sendo a solução “mais evoluída do ponto de vista de uma integração político-econômica, mas, em contrapartida, é a mais complexa, porque exige

¹⁷ MACHADO, Raquel Cavalvanti Ramos. *Competência tributária: entre rigidez do sistema e a atualização interpretativa*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52; MOREIRA, André Mendes. O federalismo brasileiro e a repartição de receitas tributárias. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado federal e tributação: das origens à crise atual*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. vol. 1, p. 151-170.

¹⁸ GOBETTI, Sergio; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. *Carta de Conjuntura* n. 60. Nota de Conjuntura n. 18. Ipea, 3º trimestre de 2023.

¹⁹ FREITAS, Leonardo Buissa. *Tributação do consumo, indução econômica e seletividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 109.

²⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142 (128).

um rigoroso controle interno sobre os incentivos e demais benefícios”²¹. Nessa linha de pensamento, a Professora mineira sustenta que o princípio do destino, enquanto regra universal da tributação do consumo, seria mais adequada para países da Comunidade Europeia, “porque aquela comunidade não completou ainda a sua integração”²².

Entendemos, todavia, que o grau de integração do mercado não é o único, nem o principal parâmetro que deveria orientar o legislador constituinte na demarcação das competências tributárias entre estados de origem e de destino.

A nosso ver, há três critérios jurídicos que deveriam ser observados nessa opção legislativa, sendo eles decorrentes de diferentes perspectivas da igualdade: (i) a capacidade contributiva de quem manifesta a riqueza a ser tributada (o que se conecta com a identificação geográfica da riqueza tributável e com a materialidade do fato gerador do tributo); (ii) a neutralidade fiscal; e (iii) o combate às desigualdades regionais.

2.1. Capacidade contributiva, materialidade do fato gerador e definição de competência tributária

A igualdade é pilar do Estado de Direito (art. 5º da Constituição Federal) que se especifica, em matéria tributária, na isonomia no tratamento de contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II, da Constituição Federal) em face de determinado critério de comparação²³. Em matéria tributária, o critério de aplicação da igualdade, por excelência, é a capacidade contributiva²⁴.

A atribuição de competências tributárias, relativamente aos tributos não vinculados, tem como parâmetro jurídico a solidariedade entre aqueles que manifestam riquezas e, pela existência de capacidade contributiva, estão aptos a contribuir para os custos dos gastos a serem incorridos pelo Estado em benefício de todos na determinada jurisdição. A capacidade contributiva é, portanto, ao mesmo tempo, uma justificação e uma delimitação vinculativa entre os cidadãos de uma comunidade e o respectivo Estado²⁵.

Essa reflexão aproxima o tema em exame de algumas questões de Direito Tributário Internacional. Uma dessas questões é a justificação das regras distributivas de poder de tributar entre países diferentes, os quais são aqui equiparados, por analogia, aos entes federativos subnacionais de um país. De início, vale destacar o conceito de “pertinência econômica”, desenvolvido por Georg Schanz, para quem a tributação da renda, nas transações internacionais, poderia ser realizada por um Estado quando existir uma relação de “pertinência econômica” (*wirtschaftliche Zugehörigkeit*) entre ele (Estado) e o in-

²¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142 (129).

²² DERZI, Misabel Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142, p. 128.

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 356.

²⁴ FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. Igualdade na tributação – qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 449-523 (447).

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 251-252.

divíduo que gerou a renda a ser tributada. No pensamento de Schanz, a residência, a nacionalidade ou a presença física não seriam os melhores critérios para identificar os fundamentos para a tributação da renda nas transações internacionais, uma vez que a sua aplicação criaria certas injustiças. Pelo contrário, os critérios relativos à participação da vida econômica e social em um Estado e ao aproveitamento dos benefícios gerados por esse Estado seriam mais adequados para justificar o poder de tributar, o que, por sua vez, justificaria uma maior legitimidade para os estados de fonte para tributar a renda nas operações internacionais. Schanz então propôs uma divisão proporcional de um terço para o estado de residência e três quartos para o estado de fonte, que, portanto, em função da maior “pertinência econômica”, teriam direito a um poder de tributar sobre um maior quinhão dos resultados nas transações internacionais²⁶.

Sendo a capacidade contributiva a justificação dos impostos, ela não pode ser dissociada da ideia, baseada na *causa final*, de que a riqueza disponível para tributação é um indício das “vantagens ou particulares”, cujo aproveitamento ou manutenção é assegurado pelo Estado²⁷. Há, portanto, um “liame indireto” entre a atuação do Estado (para garantir a estrutura patrimonial dos indivíduos) e a capacidade contributiva²⁸. Nesse ponto, é oportuna a lição de Griziotti, que reconhecia uma relação, ainda que indireta, entre (i) a capacidade contributiva, (ii) as condições estruturais de cada sociedade que deram ensejo à geração ou manutenção dessa capacidade e (iii) a atuação do Estado em determinada delimitação geográfica, especialmente no que diz respeito à tutela da propriedade, da liberdade e da atividade privada²⁹. A capacidade contributiva, nessa perspectiva, representa uma justificação para cobrança dos tributos não vinculados e, ao mesmo tempo, delimita geograficamente quem, em determinada jurisdição, pode contribuir com os custos do Estado.

Para fins da aplicação desses conceitos à tributação do consumo, cabe investigar quem é o titular da manifestação de riqueza a ser tributada. Eis aqui um ponto central do debate: como o Brasil elegeu o fornecedor de bens e serviços como o contribuinte dos tributos sobre o consumo (aqui, o ICMS e o ISS), torna-se reduzida a pertinência de aplicar o princípio da capacidade na tributação do consumo, uma vez que o contribuinte eleito não necessariamente é o titular da riqueza tributável. Se a legislação tivesse elegido o consumidor como contribuinte dos tributos sobre o consumo, seria mais adequado falar em capacidade contributiva desse contribuinte, titular da riqueza a ser tributada.

Mesmo tendo elegido, em regra, o fornecedor como contribuinte, é pertinente avaliar a existência de uma correlação entre capacidade contributiva – expressamente

²⁶ SCHANZ, Georg. Zur Frage Der Steuerpflicht. *FinanzArchiv / Public Finance Analysis* vol. 9, no. 2. JSTOR, 1892, p. 1-74. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40904760>. Acesso em: 15 set. 2023.

²⁷ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de tributo, imposto e taxa. *Revista de Direito Administrativo* vol. 78, 1964, p. 26-37 (32).

²⁸ MOREIRA, Clara Gomes. *Teoria da causa dos tributos – a justificação funcional-normativa das estruturas tributárias*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Tributário, 2014, p. 7.

²⁹ GRIZIOTTI, Benvenuto. *Principios de política, derecho y ciencia de la hacienda*. Madri: Instituto Editoria Reus, 1958, p. 144-148.

na materialidade do fato gerador do tributo – e o local onde é manifestada. Esse foi um dos critérios adotados pela Suprema Corte no já mencionado julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 499. Segundo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, seria válido a uma “vinculação entre a realidade econômica subjacente à incidência tributária e o local do domicílio do tomador para os fins pretendidos” na tributação pelo ISS. Ou seja, seria em tese possível adotar o princípio do destino para fins da tributação do ISS, desde que a lei complementar não tenha incorrido nos vícios de insuficiência normativa e falta de clareza constantes da Lei Complementar n. 157/2016. Embora essa lei complementar tenha sido declarada inconstitucional, o motivo principal para tanto não foi a adoção do princípio do destino. Pelo contrário, resta clara no acórdão a validade da implementação do princípio do destino. Em seu voto condutor, o Ministro Alexandre de Moraes, inclusive, registra que a tributação do consumo de acordo com o princípio do destino seria uma “tendência mundial”³⁰.

Em cenário de reforma tributária, é oportuno realizar uma especulação no sentido de cogitar que o fato gerador dos tributos sobre o consumo deveria ter uma materialidade vinculada ao ato de consumo (compra de mercadorias ou tomada de serviços) e, portanto, mais correto seria que a legislação tratasse o consumidor como o contribuinte de tais tributos³¹. Com efeito, a definição da competência para cobrar os tributos sobre o consumo deveria ser orientada, como regra, por um critério de atribuição de competência baseado na ideia de que cabe à unidade federativa subnacional onde se caracteriza a manifestação de riqueza tributável o poder de tributá-la. Isto é, deveria ser competente para cobrar o tributo sobre o consumo a unidade onde está o consumidor, e não a unidade onde está o fornecedor de bens e serviços.

Sob esse ângulo, o princípio do destino também se justifica pela própria materialidade abarcada pelo fato gerador dos tributos sobre o consumo: trata-se de tributo sobre a “renda despendida” no ato de consumo de bens e serviços pelo consumidor e dentro da jurisdição do ente federativo onde está o consumidor³². A correta localização da manifestação de riqueza tributável é também expressão da igualdade, na medida em que ela representa a precisa identificação espacial da capacidade contributiva (enquanto critério de aplicação da igualdade). Esse alinhamento entre local da manifestação de riqueza (consumo) e o local da jurisdição do ente tributante onde se configura o consumo deve ser considerado como protegido pela “presunção de igualdade”, que, como tal, exige uma “justificação” para o seu afastamento³³.

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 499 e Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5.835 e n. 5.862, julgadas em sessão virtual encerrada em junho de 2023, p. 24.

³¹ MALPIGHI, Caio Cezar Soares; SCHOUERI, Luís Eduardo; ANDRADE, Leonardo Aguirra de; BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. O Imposto sobre o Consumo e a figura do contribuinte em uma possível alteração de paradigma para a tributação indireta no Brasil: deslocando a incidência da produção para o consumo. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 53. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre de 2023, p. 415-451.

³² ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação do consumo: reflexões sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes. *Estado Federal e Guerra Fiscal: uma perspectiva jurídico-filosófica*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. vol. 4, p. 21-42 (28).

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 160.

Quando o legislador escolhe atribuir à unidade federativa subnacional onde está o fornecedor de bens ou serviços o poder de cobrar o tributo sobre o consumo, deveria haver uma justificção, baseada em fundamentos constitucionais, para afastar aquela regra geral. Até porque, ao assim fazer, dissocia-se o local onde está o poder de tributar (para a origem) e o local onde está a riqueza a ser tributada (consumo, no destino). É dizer: dissocia-se o fato gerador dos tributos sobre o consumo da sua materialidade (consumo). Nessa linha de pensamento, a capacidade contributiva deveria informar a tributação do consumo à luz de quem manifesta a riqueza ser tributada. É nessa linha de raciocínio que o princípio do destino encontra fundamento na igualdade (especificada na capacidade contributiva), uma vez que é na unidade federativa onde está o consumidor que se configura a manifestação de riqueza tributável (consumo).

Pode causar estranheza para o leitor o apontamento de que a capacidade contributiva (como critério de aplicação da igualdade) deveria orientar a tributação do consumo. Até porque parte da doutrina brasileira acolhe a ideia de que a seletividade em função da essencialidade seria a melhor solução para a aplicação da igualdade em matéria de tributos sobre o consumo³⁴. Tem prevalecido o entendimento de que “o instrumento mais adequado para atingir a capacidade contributiva do consumidor nos impostos indiretos é o princípio da seletividade”, na medida em que permitiria uma redução de carga tributária em função da essencialidade dos produtos e, portanto, o consumo de bens populares seria tributado com alíquotas menores³⁵.

De modo diverso, preferimos nos alinhar com o entendimento daqueles que, como Alcides Jorge Costa, não reconhecem uma conexão plena e automática entre seletividade e capacidade contributiva, na medida em que a tributação sobre o consumo não é pessoal e, portanto, os critérios por ela adotados são “incompatíveis” com a mensuração da capacidade econômica do contribuinte³⁶. O mecanismo da seletividade é falho na efetivação da igualdade, porque permite que as pessoas mais ricas aproveitem a desoneração atribuída aos produtos mais essenciais. A praticabilidade como sustentação da seletividade, nesse contexto, merece ser revisitada, uma vez que há tecnologia suficiente para dar suporte para modelos que todos paguem os tributos sobre o consumo e apenas as pessoas mais pobres serem desoneradas ou receberem uma restituição (*cashback*)³⁷.

Sendo a igualdade um princípio a ser observado no Direito Tributário e admitindo que a capacidade contributiva é o principal critério para aplicação da igualdade, a tribu-

³⁴ COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104; CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 69; DUTRA, Micaela Dominguez. *Capacidade contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129; MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. *Princípio da capacidade contributiva: a sua aplicação nos casos concretos*. Quartier Latin, 2012, p. 167.

³⁵ RIBEIRO, Ricardo Lodi. O mito da juridicização da repercussão econômica. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Tributação indireta no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 367-395 (377).

³⁶ COSTA, Alcides Jorge. O princípio da capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário* vol. 55, jan.-mar. de 1991, p. 297-302 (301).

³⁷ ANDRADE, Leonardo Aguirra de; BUENO, Gabriela Cavalcanti. *Cashback* na reforma tributária e as experiências estrangeiras. *Portal Jota*, 10 de abril de 2023; ANDRADE, Leonardo Aguirra de; MALPIGHI, Caio Cezar Soares. Repensando o combate à desigualdade na tributação do consumo: Propostas de *cashback* não deveriam ser refutadas apenas com base em dificuldades práticas. *Portal Jota*, 14 de março de 2023.

tação do consumo deveria ser orientada, em regra, pela aplicação do princípio do destino, porque é no Estado de destino que ocorre manifestação de riqueza a ser tributada pelos tributos sobre o consumo. É dizer: o Estado de destino é aquele que tem a maior “pertinência econômica” com o consumidor, para utilizar a terminologia de Schanz.

Por outro lado, a seletividade e o princípio do destino não são incompatíveis ou conflitantes. É possível que a unidade federativa de destino reduza a carga tributária sobre determinadas mercadorias, visando ao benefício do consumidor, enquanto real beneficiário da desoneração. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o princípio do destino fortalece a eficácia da seletividade, pois a sua implementação aproxima o benefício fiscal daquele que deveria ser o verdadeiro beneficiário da redução de carga tributária (consumidor).

Cabe reconhecer que o princípio da origem, enquanto contraponto ao princípio do destino, tem também os seus fundamentos, baseados, de maneira geral, na praticabilidade e na eficiência da perspectiva da atuação estatal. Nesse sentido, cobrar o tributo sobre o consumo de acordo com o princípio da origem reduz o número de contribuintes a serem fiscalizados, isto é, os fornecedores de bens e serviços, em comparação com os consumidores, além de reduzir os custos de conformidade dos fornecedores de diversas unidades federativas de destino.

No entanto, a adoção do princípio da origem deve estar submetida a um controle de justificação, com base em fundamentos constitucionais, a partir de um esforço argumentativo para se afastar a regra geral (igualdade). Ou seja, admite-se o afastamento da capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade, desde que de maneira justificada. O problema hoje, no Brasil, é que o que deveria ser a exceção (princípio da origem) se tornou a regra, sem qualquer fundamentação; sem qualquer preocupação com a justificação da opção por um modelo que desloca o poder de tributar para um local onde não há, em tese, manifestação de riqueza do ponto de vista do consumo. Nesse passo, a aplicação do princípio da igualdade teria maior efetividade se o princípio do destino tivesse primazia sobre o princípio da origem na tributação do consumo no Brasil, o que motiva estabelecer uma hierarquia entre tais princípios. O quadro abaixo ilustra o raciocínio aqui exposto:

	<i>Princípio do destino</i>	<i>Princípio da origem</i>
<i>Fundamento</i>	Igualdade (capacidade contributiva)	Praticabilidade
<i>Hierarquia</i>	Principal	Subsidiário
<i>Justificação</i>	Não precisa ser justificada	Demanda um esforço argumentativo para afastar a capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade.

Não se descarta, por completo, a eficácia do princípio da praticabilidade. Até porque a adoção do princípio do destino depende de alguns mecanismos de generalização, em prol da simplificação e da redução dos custos de fiscalização, tendo em vista a polissemia da palavra “destino”. O destino pode ser o local da entrega, o local do consumo, o endereço do consumidor, o endereço de cadastrado na prefeitura local para fins do

IP TU, o endereço de uma conta de luz, o endereço indicado na nota fiscal etc. Assim, por força da praticabilidade, é razoável identificar apenas um critério de demarcação do destino (por exemplo, o local da entrega do produto). Ou seja, mesmo se adotando o princípio do destino (que se fundamenta na igualdade), há espaço para efetivação da praticabilidade na delimitação do critério de escolha do destino.

Como se vê, há uma contraposição entre capacidade contributiva (justiça individual) e praticabilidade (justiça geral) nessa matéria. Essa contraposição já foi debatida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente à tributação do consumo.

Por exemplo, na evolução do tema da restituição do ICMS-ST, nos casos em que a base de cálculo da última etapa da cadeia de consumo é menor que aquela considerada para o pagamento do referido imposto, nota-se uma guinada na jurisprudência do STF especificamente quanto à aplicação dos princípios da igualdade e da praticabilidade. Em um primeiro momento, em 2002, quando a Suprema Corte rejeitou o direito à restituição do ICMS-ST, adotou-se o entendimento de que as vantagens da praticabilidade (justiça geral), no modelo de tributo presumido, tais como “a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação” justificavam o afastamento da igualdade (justiça individual)³⁸. Passados 14 anos, a Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.849, reconheceu o direito à restituição do ICMS-ST, na hipótese em exame, sob o argumento de que a praticabilidade (“raciocinar tipificante”, fundamento na justiça geral) não deveria prejudicar o direito do contribuinte (justiça individual). Concluiu-se que o “modo de raciocinar ‘tipificante’ na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta”³⁹. Prevaleram, nessa matéria, portanto, os critérios de aplicação da justiça individual.

Esse precedente reforça a ideia de que a capacidade contributiva e a justiça individual (em detrimento da praticabilidade) são parâmetros a serem aplicados para normear a tributação do consumo, de modo a fortalecer a primazia do princípio do destino sobre o princípio da origem na distribuição de competências tributárias relativas aos tributos sobre o consumo entre unidade federativas distintas.

2.2. Neutralidade fiscal

A expressão “neutralidade fiscal” representa uma ideia de que o tributo não deveria impactar as decisões dos agentes econômicos. Ser *neutro*, nesse contexto, significa a ausência de efeitos econômicos na competitividade, na concorrência e na formação de preços⁴⁰. Nessa medida, a neutralidade efetiva a igualdade, no sentido de não interferên-

³⁸ Supremo Tribunal Federal, ADI n. 1.851, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 08.05.2002.

³⁹ Supremo Tribunal Federal, RE n. 593.849, Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 19.10.2016.

⁴⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142 (127).

cia dos tributos na alocação de meios de produção⁴¹. O agente econômico, nessa forma de pensar, deveria ser impactado por outros motivos que não o tributário⁴².

Há tempos, no entanto, a visão ampla de neutralidade fiscal é considerada utópica, uma vez que os agentes econômicos são motivados ou desmotivados, em alguma medida, pelos efeitos das medidas tributárias e as riquezas tributáveis, em geral, estão submetidas a alguma tributação⁴³.

Precisa é a lição do Professor Luís Eduardo Schoueri no sentido de que “neutralidade tributária não significa a não interferência do tributo sobre a economia, mas, em acepção mais restrita, neutralidade da tributação em relação à livre-concorrência, visando garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas”⁴⁴. Com base nessa premissa, Schoueri arremata: “a neutralidade fiscal significa que produtos em condições similares devem estar submetidos à mesma carga fiscal”⁴⁵.

Essa noção de princípio da neutralidade tributária parte da premissa de que os tributos não são neutros e, portanto, faz-se necessário efetivar mecanismos que, na medida do possível, mitiguem os efeitos distorcivos da concorrência⁴⁶.

Na literatura do Direito Tributário Internacional, relativamente à tributação da renda, costuma-se adotar as noções desenvolvidas por Musgrave sobre “neutralidade de exportação” e “neutralidade de importação” para diferenciar, respectivamente, (i) o objetivo de que a carga tributária total do investidor seja a mesma, seja ele investindo no seu país de residência, seja ele investindo no exterior, e (ii) o objetivo de que determinado investimento seja tributado com a mesma carga tributária, independentemente da sua origem, o que pressupõe a tributação da renda exclusivamente em bases territoriais⁴⁷.

Essas lições de Direito Tributário Internacional não se aplicam com precisão na tributação do consumo. Porém, elas servem para inspirar a construção de duas perspectivas distintas de emprego do princípio da neutralidade na seara aqui examinada. Nesse passo, entendemos ser possível examinar a neutralidade do ponto de vista do consumidor e do ponto de vista do fornecedor (industrial, comerciante ou prestador de serviços):

⁴¹ ZILVETI, Fernando Aurelio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 19. São Paulo: IBDT/Dialética, 2005, p. 24-40 (25).

⁴² CALIENDO, Paulo. Princípio de neutralidade fiscal. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Princípios de direito financeiro e tributário*: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 505-538.

⁴³ LITTMANN, Konrad. Ein Valet dem Leistungsfähigkeitsprinzip. HALLER, Heinz *et. al* (org.). *Theorie und Praxis des finanzpolitischen Interventionismus*: Fritz Neumark zum 70. Geburtstag. Tübingen: Mohr, 1970, p. 113-134.

⁴⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. vol. 11, p. 241-271 (254).

⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2007. vol. 11, p. 241-271.

⁴⁶ SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Tributação e concorrência. *Série Doutrina Tributária* vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 41.

⁴⁷ MUSGRAVE, Richard A. Criteria for foreign tax credit. *Taxation and operations abroad* (Symposium). Princeton: The Institute, 1960, p. 83-93; VOGEL, Klaus. World-wide vs. Source taxation of income – a review and re-evaluation of arguments. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdam: Kluwer, 1989, p. 117-166 (199); SCHINDEL, Angel; ATCHABAHIAN, Adolfo. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International*. Amsterdam: IFA, 2005. vol. 90a, p. 35.

- i) da perspectiva do consumidor, almeja-se que a mesma carga tributária seja praticada em relação a determinado produto ou serviço, independentemente do local onde ele realiza a compra ou a tomada de serviços. É expressão de desalinhamento com essa noção de neutralidade a busca por mercadorias importadas da China ou adquiridas na internet de fornecedor situados em outros Estados, cujos preços são reduzidos em função da baixa tributação do consumo; e
- ii) da perspectiva do fornecedor, objetiva-se que a definição do local em que será instalado o seu estabelecimento ou seu negócio não seja impactada pela reduzida carga tributária sobre o consumo. Ilustra a contrariedade a essa concepção de neutralidade a escolha de Estados com benefícios fiscais de ICMS, em um cenário – como o atual – em que a tributação é baseada no princípio da origem. Nessa perspectiva, a concessão de benefícios fiscais de ICMS ou de ISS acaba por distorcer a formação de preços e, com efeito, afetar a livre-concorrência⁴⁸.

Misabel Derzi ensina que a neutralidade fiscal, para fins da tributação do consumo, pode ser efetivada tanto pelo princípio do destino quanto pelo princípio da origem, desde que sejam adotadas técnicas, no regime de não cumulatividade, que impliquem a oneração apenas do consumo, “nunca” da produção ou do comércio⁴⁹.

Em sentido diverso, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou um estudo para a construção das diretrizes de melhores práticas na tributação do consumo, indicando que o princípio do destino seria a melhor opção para a efetivação da neutralidade tributária. Segundo a OCDE, o princípio da origem prejudica a neutralidade, na medida em que a tributação que observa tal princípio varia conforme a estrutura econômica ou geográfica da cadeia de consumo⁵⁰.

Esse entendimento está alinhado com o fundamento originário da adoção do princípio do destino (ainda no contexto de *border tax adjustments*): os produtos consumidos em uma jurisdição, sejam eles importados ou nacionais, ficam sujeitos aos mesmos tributos sobre o consumo se os países implementarem o princípio do destino⁵¹.

Como se viu acima, um dos objetivos principais do princípio da neutralidade fiscal – em sua concepção restrita – é mitigar o impacto dos tributos na concorrência e na formação de preços. Assim sendo, como os preços são formados em face das condições econômicas disponibilizadas nos estados de origem, parece-nos que o princípio do destino é aquele que melhor efetiva a neutralidade, quando se concentra atenção na formação de preços⁵². Sendo a tributação exclusivamente no estado de destino, os estados de

⁴⁸ FREITAS, Leonardo Buisa. *Tributação do consumo, indução econômica e seletividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 124.

⁴⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Aspectos essenciais do ICMS como imposto de mercado. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 116-142 (127).

⁵⁰ OCDE. OECD International VAT/GST Guidelines – guidelines on neutrality. Paris, OCDE, 2011, p. 5.

⁵¹ LEJEUNE, Ine; DAOU-AZZI, Jeanine; POWELL, Mark. The balance has shifted to consumption taxes – lessons learned and best practices for VAT. In: LANG, Michael; MELZ, Peter; KRISTOFFERSSON, Eleonor (ed.). *Value added tax and direct taxation: similarities and differences*. Amsterdam: IBFD, 2009, p. 85-90.

⁵² BIRD, Richard M. Decentralizing value added taxes in federations and common markets. *Bulletin for International Taxation* vol. 67, n. 12, nov. 2013, p. 655.

origem deixam de ter mecanismos de atração de investimento baseados em benefícios fiscais⁵³. Em outras palavras, o princípio do destino não cria distorções na escolha de alocação de investimentos.

O princípio do destino, todavia, não é um remédio infalível para efetivar, sempre, a neutralidade fiscal. Em um cenário em que as unidades federativas subnacionais possam praticar cargas tributárias diferentes (ainda que aplicável a todos os produtos e serviços indistintamente), é plausível acreditar que alguns contribuintes podem tomar a decisão de mudar para um local com menor carga tributária. Imaginemos, por hipótese, que um casal de aposentados residente em São Paulo, onde a carga tributária sobre o consumo seja, hipoteticamente, 25%, e tenha conhecimento de que no Município de São Roque, onde eles têm uma casa de campo, a carga tributária seja 22%. Nesse caso, provavelmente haveria uma tendência de não efetivação da neutralidade fiscal da perspectiva do consumidor, tendo em vista a influência da carga tributária na decisão sobre onde residir.

Circunstância parecida será verificada se o critério de definição do local de “destino” seja o local da compra do produto ou da tomada de serviços, uma vez que haverá uma tendência de os contribuintes se locomoverem para cidades vizinhas pontuais que tenham uma menor carga tributária, a fim de realizar operações de consumo pontuais.

De todo modo, parece-nos que essas situações seriam residuais e excepcionais. De maneira geral, pode-se concluir que o princípio do destino tem uma maior aptidão para efetivar a neutralidade fiscal, sobretudo da perspectiva do fornecedor. A neutralidade fiscal da perspectiva do consumidor poderá ser mais bem atendida a depender dos mecanismos de controle e dos critérios de demarcação do conceito de destino.

2.3. Combate às desigualdades regionais

O art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988, estabelece que reduzir as desigualdades regionais é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Em matéria tributária, essa diretriz constitucional ganha uma especificação importante: trata-se de uma exceção à aplicação do princípio da igualdade quanto ao tratamento tributário que “implique distinção ou preferência em relação a Estado, Distrito Federal ou Município, em detrimento de outro”, com o objetivo de “promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”, conforme previsto no art. 151, I, da Carta.

Essa consideração é importante, porque o princípio da origem favorece a concentração de arrecadação nas unidades federativas subnacionais mais ricas do Brasil. Nessa sistemática, há uma tendência de as regiões menos desenvolvidas do ponto de vista socioeconômico, porque distantes dos grandes centros comerciais e industriais, ficarem com uma menor fatia da arrecadação, contrariando a referida diretriz constitucional⁵⁴.

⁵³ COOKE, Lina Braga Santin. *A unificação da tributação sobre o consumo e o pacto federativo brasileiro*. Dissertação de mestrado sob a orientação do Professor Aldo de Paula Jr. São Paulo: Fundação Getulio Vargas (FGV), 2020, p. 132.

⁵⁴ ELALI, André. *O federalismo fiscal brasileiro e o sistema tributário nacional*. São Paulo: MP, 2005, p. 76.

Não por outro motivo, mais da metade da arrecadação de ICMS de todo o país (56%) fica com os Estados do Sudeste do país⁵⁵.

Em agosto de 2023, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) produziu um estudo que sugere que a implementação do princípio do destino teria um efeito redistributivo positivo para o combate às desigualdades regionais. Segundo esse estudo, 96% dos municípios brasileiros passariam a ter uma maior arrecadação de tributos⁵⁶.

O princípio do destino, por outro lado, tende a contribuir para a descentralização da arrecadação para as unidades federativas subnacionais mais populosas, o que, por sua vez, tem potencial para produzir um efeito redistributivo de recursos públicos⁵⁷.

Isso, todavia, não quer dizer que o princípio do destino, por si só, seria uma ferramenta suficiente para promover a igualdade regional. Vale considerar, nesse particular, que algumas unidades federativas subnacionais bastante desenvolvidas economicamente, como os Municípios de São Paulo (11,4 milhões de habitantes), Rio de Janeiro (6,6 milhões de habitantes) e Distrito Federal (2,8 milhões de habitantes), são bastante populosos⁵⁸ e tendem a arrecadar relevantes montantes a título de tributos sobre o consumo baseados no princípio do destino nesse cenário.

De todo modo, pode-se cogitar uma tendência de maior redistribuição da arrecadação do ICMS e do ISS em comparação com os tributos sobre o consumo (IBS e CBS), se estes estiverem alinhados com o princípio do destino, tal como sugere o estudo do IPEA. Conforme tal estudo, “estados menos desenvolvidos e municípios mais pobres – 98% dos que possuem PIB *per capita* inferior à média brasileira” tendem a ter uma maior arrecadação se efetivado o princípio do destino.

3. Impactos da adoção do princípio do destino no Brasil

Uma vez identificados os fundamentos da adoção do princípio do destino no Brasil, passa-se a especular, cientificamente, alguns dos possíveis impactos da sua adoção no país.

Para tanto, parte-se das ponderações de Mariya Senyk, em estudo específicos sobre o tema. Segundo Senyk, as principais vantagens da implementação do princípio do destino se referem (i) ao fato de que os produtos e os serviços são tributados sob a mesma carga tributária no local onde eles são consumidos, reduzindo espaço para distorções decorrentes da tributação na competição entre fornecedores, (ii) ao fato de que os custos do Estado são arcados pela arrecadação gerada a partir de fatos geradores praticados

⁵⁵ LUKIC, Melina de Souza Rocha. ICMS: entraves jurídicos e econômicos e propostas de melhoria. In: SACHSIDA, Adolfo. *Tributação no Brasil: estudos, ideias e propostas – ICMS, seguridade social, carga tributária, impactos econômicos*. Brasília: Ipea, 2017, p. 31-64 (40).

⁵⁶ GOBETTI, Sergio; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. *Carta de Conjuntura* n. 60. Nota de Conjuntura n. 18. Ipea, 3º trimestre de 2023.

⁵⁷ COOKE, Lina Braga Santin. *A unificação da tributação sobre o consumo e o pacto federativo brasileiro*. Dissertação de mestrado sob a orientação do Professor Aldo de Paula Jr. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2020, p. 132.

⁵⁸ IBGE, *Censo Demográfico do ano de 2022 – resultados de população por município*. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Populacao_e_domicilios_Primeiros_resultados/POP2022_Municipios_Primeiros_Resultados.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

pelos consumidores submetidos à jurisdição desse mesmo Estado, (iii) à maior pessoalidade na tributação do consumo, uma vez que aquele que consome (no local do destino) é aquele que pratica o fato gerador do tributo. De outro lado, Mariya Senyk aponta que a principal desvantagem na adoção do princípio do destino diz respeito à complexidade dos mecanismos de controle de ajustes nas operações entre jurisdições diferentes⁵⁹.

Tais considerações são oportunas para se avaliar as possíveis vantagens e desvantagens da implementação do princípio do destino na tributação do consumo no Brasil.

3.1. Vantagens

No Brasil, cogita-se que a guerra fiscal para atração de investimento, por meio da concessão de benefício fiscal, teria uma menor chance de materialização. O princípio do destino tende a reduzir esse tipo de guerra fiscal, o que tem sido considerada uma das suas principais vantagens⁶⁰.

De outro lado, como visto acima, o princípio do destino tem um maior potencial para promoção da neutralidade fiscal, o que, por sua vez, pode ser positivo para a livre-concorrência e para a segurança jurídica na realização de negócios.

A nosso ver, a principal vantagem do princípio do destino é a correta identificação entre o local do consumo (materialidade tributável) e o local onde ocorre a sua tributação. Essa correlação tem importância para efetivação da igualdade (especificada na capacidade contributiva), para a promoção do senso de democracia (porque o consumidor tem uma relação mais próxima com o seu ente federativo do que o ente federativo do fornecedor e, assim, tem uma relação política com o destinatário da sua arrecadação) e para o desenvolvimento da transparência. Nesse último aspecto, é de se notar que o princípio da origem colabora para falta de transparência: o consumidor tributado não sabe para qual ente federativo foram os tributos para ele arcados, nem qual foi a quantia destinada.

Também foi visto acima que o princípio do destino pode contribuir para a melhor distribuição de riquezas no Brasil, dada a tendência de descentralização de arrecadação dos tributos sobre o consumo. Aqui vale destacar que não se pode estabelecer uma relação direta entre uma maior arrecadação e um maior desenvolvimento socioeconômico, pois, não raro, a maior capacidade financeiro das unidades federativas subnacionais não se convertem em benefícios para a população, por diversos motivos, tais como corrupção, ineficiência da máquina pública, disputas políticas que acabam prejudicando a criação e a implementação de projetos etc.

Feita essa ressalva, entendemos que poderá haver, sim, um efeito positivo decorrente do princípio do destino para o atendimento da diretriz constitucional relativa ao combate às desigualdades regionais, considerando o potencial de descentralização da arrecadação tributária.

⁵⁹ SENYK, Mariya. *The origin and destination principles as alternative approaches towards VAT allocation: analysis in the WTO, the OECD and the EU legal frameworks*. Amsterdam: IBFD, 2019, itens 3.3.3.3 (livro digital).

⁶⁰ PEROBA, Luiz Roberto. A reforma tributária enquanto possível solução para os desafios na tributação da economia digital. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (et al.). *Reforma tributária e neutralidade do IVA*. São Paulo: Max Limonad, 2023, p. 191-203 (199).

Por fim, cabe destacar que a efetivação plena do princípio do destino será favorável à desoneração integral das exportações, o que tem repercussão positiva na competitividade das mercadorias brasileiras no exterior.

3.2. Desvantagens

Especula-se que um novo tipo de guerra fiscal possa a se desenvolver (diferente daquela voltada para atração de fornecedores), qual seja, a guerra fiscal para atração de consumidores de alta renda e de fácil mobilidade. Como dito acima, tanto o cenário de mudança de residência para entes federativos com menor carga sobre o consumo quanto a hipótese de locomoção pontual para aquisição de bens e serviços em outros Municípios pode se tornar uma realidade, caso existam discrepâncias significativas na carga tributária de cada ente, ou venha a ser adotada uma definição do destino com base no local do consumo. Esse efeito indutor – ao lado de uma redução da eficácia do princípio da neutralidade fiscal – nos parece aceitável com base na praticabilidade e na igualdade (conforme o critério da generalidade), porque o número de operações nessa situação (quando não há identidade entre o ente federativo onde ocorre o consumo e o ente federativo onde está a residência do consumidor) tende a ser menor do que o número de operações realizadas pelos consumidores em sua residência. Há claro que pode haver um efeito indutor, mas ele é limitado. É razoável presumir, nesse ponto, que poucas pessoas estarão dispostas a mudar de residência em função da carga tributária sobre o consumo, sobretudo em um cenário em que a diferença de carga não seja tão significativa. Mais recorrente pode ser o deslocamento para adquirir bens e serviços em outros localidades em razão da menor tributação, mas, mesmo assim, parece-se uma hipótese residual. Entre a guerra fiscal para atração de fornecedores e a guerra fiscal para atração de consumidor, a segunda tende a ter menores efeitos deletérios para o sistema tributário.

Outra desvantagem pode ser extraída do fato de que a adoção do princípio do destino (ao lado da vedação a concessão de benefícios fiscais) reduz a aptidão de determinadas unidades federativas na atração de investimentos. Com efeito, tende a acontecer um redesenho na distribuição das riquezas que foram geradas nas regiões que até então se desenvolveram justamente pelos investimentos realizados no passado, os quais foram norteados com base em incentivos fiscais⁶¹. É dizer: o modelo de desenvolvimento fundado em incentivos fiscais tende a ser remodelado, de modo a prejudicar financeiramente as regiões que se beneficiaram daquele modelo.

Examinando isoladamente a perspectiva das ferramentas disponíveis para a efetivação de políticas públicas para atração de fornecedores pelas unidades federativas subnacionais com foco em operações interestaduais, nota-se o princípio do destino prejudicará ou mitigará o espaço para a aplicação desse tipo de ferramenta. Logo, perderão espaço os atuais benefícios fiscais de ICMS, por exemplo, direcionados à redução de

⁶¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. Reforma tributária não pode ignorar diferenças entre as regiões. *Portal Conjur*, 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/reforma-tributaria-nao-ignorar-diferencas-entre-regioes>. Acesso em: 13 set. 2023.

carga tributária sobre a comercialização interestadual de mercadorias – como existem em Santa Catarina, Espírito Santo, Pernambuco, entre outros.

Entendemos que o modelo de atração de desenvolvimento baseado na concessão de benefícios fiscais não é o mais adequado para combater desigualdades regionais⁶². A tributação é o melhor caminho para tanto. Porém, a desestruturação abrupta do atual modelo – sobretudo com a revogação de todos os benefícios fiscais e com a adoção do princípio do destino, que retira a ferramenta de atração de novos investimentos para o futuro – pode ter efeitos deletérios importantes. A migração gradual de um modelo para outro, acompanhada de mecanismos de proteção dos investimentos do passado (com prazo certo e condição onerosa, em linha com o art. 178 do CTN), parece um cenário mais razoável para endereçar essa questão.

Ademais, notamos uma possível consequência negativa para a Administração Tributária e para os fornecedores quanto aos custos de conformidade e de fiscalização.

De um lado, para a Administração Tributária, as atividades fiscalizatórias poderão se tornar mais complexas e menos eficientes, em um cenário em que não exista uma integração e uma cooperação entre os entes federativos. Cogita-se, nesse ponto, que um ente federativo terá menor interesse fiscalizatório sobre agentes econômicos cuja atividades serão tributadas por outro ente federativo, tendo em vista que a respectiva arrecadação será destinada para outros entes federados. A única saída factível para tanto é a uniformização e a coordenação das atividades fiscalizatórias, o que se especula aqui que não será de efetivação imediata.

De outro lado, para os fornecedores, podem se tornar excessivos os custos de conformidade com os registros e os cadastros em cada ente federativo para onde são destinados mercadorias e serviços, assim como ocorreu no cenário de implementação do Difal. Cabe questionar, nesse particular, se a não inclusão dos optantes do Simples na reforma tributária também se repercutirá na dispensa de cadastro e registros nos entes federativos subnacionais de destino. Se a resposta for negativa, estará caracteriza a violação ao art. 179 da Constituição Federal, que exige um tratamento mais simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte. Uma possível medida para endereçar esse problema pode ser a unificação de obrigações acessórias, em linha com o que foi proposto na Lei Complementar n. 175/2017, relativamente ao Comitê Gestor das Obrigações Acessórias do ISSQN, ou, ainda e adicionalmente, a implementação de um Portal Nacional dos tributos sobre consumo, em sintonia com o Portal do Difal, previsto no art. 24-A da Lei Complementar n. 87/1996 (Lei Kandir) e no Convênio ICMS n. 235/2021.

Por fim, é importante registrar que a adoção do princípio do destino apresenta não propriamente uma desvantagem adicional, mas um desafio complementar: a precisa definição do que será considerado como destino, sobretudo para serviços e comercialização de intangíveis, para os serviços financeiros e para os serviços de transporte. No âmbito da economia digital, esse desafio é crucial. O meio para endereçar essa questão

⁶² ANDRADE, Leonardo Aguirra; MALPIGHI, Caio Cezar Soares. Possíveis impactos da reforma tributária no agronegócio. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (et al.). *Reforma tributária e neutralidade do IVA*. São Paulo: Max Limonad, 2023, p. 273-289 (286).

parece ser o da precisa definição do conceito de destino, acompanhado de critérios de flexibilização ou adaptação conforme as peculiaridades de cada atividade, assim como se verifica na experiência estrangeira sobre o tema⁶³.

Nas plataformas digitais, no caso da aquisição de intangíveis e no caso dos serviços de transporte (contratados por aplicativos), o endereço fornecido pelo adquirente em seu cadastro digital mediante comprovação de residência ou, na ausência dessa informação, o endereço cadastrado no cartão de crédito, ou, ainda, o endereço estabelecido em uma base de dados nacional para fins da economia digital⁶⁴ poderiam ser eleitos pelo legislador, com certa flexibilidade, para que o consumidor escolha qual informação ele disponibilizará. Não nos parece correto atribuir ao fornecedor de bens e serviços a opção de escolha de qual critério será adotado, sob pena de se reiniciar uma nova espécie de guerra fiscal da perspectiva da competição entre entes federativos para essa opção dos fornecedores.

No caso dos serviços financeiros, o endereço registrado pelo investidor junto aos agentes intermediários (corretoras de valores mobiliários e instituições financeiras) deveria gozar de uma presunção de veracidade, sem atribuir às corretoras, às gestoras ou às administradoras de fundos de investimento qualquer ônus fiscalizatório para atestar a correção da informação disponibilizada pelo investidor. Nesse ponto, é razoável desenvolver mecanismos de cruzamento automatizado de dados de modo a oportunizar ao investidor a confirmação ou eleição do endereço de sua escolha, conforme a comprovação de vínculo material com o local escolhido.

A ausência desse tipo de flexibilidade pode tornar a apuração e o recolhimento do tributo para o ente federativo correto impraticável. O mais relevante, nesse particular, é não onerar o fornecedor com obrigações acessórias, nem lhe imputar insegurança jurídica na aplicação da regra.

Uma definição rígida ou pouco clara do conceito de destino poderá dar ensejo à insegurança jurídica que resultou na declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 175/2017 pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento de recolhimento dos tributos sobre o consumo deve ser o mesmo independentemente de onde está o consumidor e de maneira desprovida de cadastros específicos em cada ente federativo. Para tanto, a unificação desse procedimento a partir de uma base única de dados quanto aos endereços dos consumidores – confiando-se na veracidade dos dados disponibilizados pelos consumidores – parece ser um caminho razoável.

Conclusões

O cenário brasileiro de tributação do consumo é, essencialmente, baseado no princípio da origem, ressalvadas algumas exceções pontuais. A modificação desse cenário –

⁶³ A Diretiva da União Europeia sobre o tema (Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006) elege, em seus arts. 44 a 58, critérios diferentes para cada tipo de atividade.

⁶⁴ PEROBA, Luiz Roberto. A reforma tributária enquanto possível solução para os desafios na tributação da economia digital. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (*et al.*). *Reforma tributária e neutralidade do IVA*. São Paulo: Max Limonad, 2023, p. 191-203 (200).

no sentido da adoção do princípio do destino – está alinhada com a experiência internacional, foi validada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 499 (ainda que essa não tenha sido a questão principal ali decidida) e tem fundamentos jurídicos sólidos.

Não admitimos que a opção – pelo princípio da origem ou pelo princípio do destino – para fins da atribuição de competência tributária para os entes federativos subnacionais pode ser exercida pelo constituinte ou pelo legislador complementar de maneira desprovida de critérios jurídicos. Também não concordamos com a tese de que tal opção esteja relacionada apenas à forma de integração do mercado ou do federalismo brasileiro.

A nosso ver, o princípio do destino tem fundamento na igualdade em três perspectivas diferentes: (i) na exigência de primazia da capacidade contributiva, enquanto critério de aplicação da igualdade, o que se relaciona com a identificação geográfica do local onde se configura a materialidade tributável no fato gerador dos tributos sobre o consumo; (ii) na diretriz de neutralidade fiscal, em sua concepção restrita, voltada à não interferência dos tributos na concorrência e na formação de preço; e (iii) no objetivo constitucional de combate às desigualdades regionais.

Trata-se de três maneiras distintas e complementares de subsidiar a adoção do princípio do destino.

Os impactos dessa modificação na tributação do consumo são diversos e, a nosso ver, após a comparação entre as vantagens e as desvantagens da sua implementação, concluímos que os efeitos são mais positivos do que negativos.

O alinhamento entre o local onde a renda é consumida e o local da jurisdição do ente competente para cobrar o tributo sobre o consumo é o caminho mais correto para configurar um cenário de promoção da igualdade, de desenvolvimento de maior transparência fiscal e incentivo à própria relação democrática entre contribuinte e o Estado.

O aprimoramento do combate às desigualdades regionais também é um possível impacto positivo da referida mudança de diretriz. A insuficiência e a ineficácia dos mecanismos redistributivos atuais – tal como o Difal – é clara, em face do dado de que 56% de toda a arrecadação do ICMS do Brasil fica nos Estados do Sudeste, região mais rica do país.

Além disso, a desoneração plena das exportações é uma consequência importante da adoção do princípio do destino com impactos na redução dos preços dos produtos e serviços exportados e no aumento da sua competitividade.

De outro lado, a implementação do princípio do destino traz consigo desafios relevantes, tais como a necessidade de mecanismos de controle para evitar uma nova guerra fiscal, agora, para atração de consumidor de alta renda, os efeitos negativos momentâneos da realocação de investimentos realizados em função de benefícios fiscais, e os possíveis aumentos dos custos de fiscalização e de conformidade.

Para finalizar, é importante registrar que parte das premissas aqui adotadas decorrem dos estudos realizados no grupo de pesquisa do Nupem/IBDT, onde tenho tido o privilégio de conviver e trocar ideias sobre Direito Tributário com o Professor homenageado neste livro. Além de um mestre nato, o Professor Schoueri tem o hábito de provocar reflexões instigantes em todos os que estão à sua volta. Uma parte deste artigo decor-

re dessas reflexões e, portanto, o Professor Schoueri também merece os créditos pelas reflexões aqui apresentadas que forem consideradas boas; as ruins são todas de minha autoria.

Caminhos para a Neutralidade dos IVAs no Brasil: a Necessidade de Revisão do Crédito Físico à Luz dos Precedentes do STF¹

Misabel Abreu Machado Derzi

André Mendes Moreira

Proêmio

Honrados em integrar este *liber amicorum* em louvor às duas décadas de Cátedra do Professor Luís Eduardo Schoueri, em boa hora organizado pelos Professores Ricardo Mariz de Oliveira e Fernando Aurelio Zilveti, abordaremos, nas linhas a seguir, tema que demanda revisão por parte do Supremo Tribunal Federal: o conceito de “crédito físico” como limitador do direito à dedução nos tributos não cumulativos brasileiros.

Como ensina o homenageado, toda norma de tributação possui quatro funções essenciais: arrecadadora, distributiva, indutora e estabilizadora². Interessa-nos aqui a função indutora ou alocativa, por ser ela dirigente do comportamento do contribuinte. A adoção da sistemática plurifásica e não cumulativa de tributação tem como fim maior *evitar* a indução comportamental decorrente da cumulatividade. Isso porque a incidência do tributo em cascata incentiva, *v.g.*, as importações para uso próprio. Do mesmo modo, induz a concentração das várias etapas do processo produtivo em uma única companhia (de modo a evitar incidências nas vendas entre indústria, atacadista e varejista). Já a neutralidade na tributação, antípoda da indução, favorece a livre iniciativa e a otimização da organização empresarial, já que não interfere na escolha das condutas pelos contribuintes. Nos impostos sobre o valor acrescido, a neutralidade somente é alcançada se o contribuinte fizer jus ao crédito sobre todos os insumos necessários à sua atividade. Inexistindo tal garantia, a tributação será parcialmente cumulativa, exercendo função alocativa sem, todavia, ser concebida para tanto. Isso resulta na indução de comportamentos indesejáveis para o alcance do desenvolvimento econômico pautado pela livre iniciativa.

Não se disputa que a lei possa restringir parcialmente o aproveitamento de créditos sem desfigurar a tributação sobre o valor acrescido. Existe alguma discricionariedade legislativa que não chega a comprometer a essência da neutralidade. O crédito do IVA sobre bens do ativo imobilizado adquiridos pelo contribuinte é um exemplo dessa flexibilidade relativa. Há três modelos possíveis: no IVA-produto, a dedução dos bens do ativo imobilizado é negada pelo legislador; no IVA-renda, a dedução é admitida gradual-

¹ Este artigo se vale de trechos da seguinte obra: MOREIRA, André Mendes. *Neutralidade, valor acrescido e tributação*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 44.

mente, em parcelas; já no IVA-consumo, a dedução é autorizada, à vista. A negativa de créditos de IVA sobre a aquisição de bens de capital (IVA-produto) ou mesmo o parcelamento da sua dedução (IVA-renda) não desnatura a tributação sobre o valor acrescido. Nesse caso, haverá um desincentivo à aquisição de bens de capital como resultante da forma de tributação eleita, exercendo o tributo leve função alocativa ou indutora – sem comprometer a neutralidade em sentido amplo, pedra de toque dos IVAs³.

Entretanto, existe um núcleo mínimo intocável do direito ao crédito, que não pode ser restringido pelo legislador em nenhum imposto que se pretenda um IVA: trata-se do crédito sobre aquisições de insumos relacionados à atividade empresarial.

A jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia permite que o IVA incidente sobre aquisições de bens e serviços *indiretamente* relacionados à atividade empresarial seja dedutível. Exemplo disso é a contratação de advogados e contadores – contribuintes do IVA na Europa – para viabilizar operações societárias não tributadas, como fusões, aquisições e emissão de ações em bolsa de valores. Sendo tais operações isentas do IVA, a contratação de serviços tributados para viabilizá-las não seria creditável, *a priori*. Afinal, o pressuposto do direito à dedução é o da existência de duas etapas tributáveis em sequência. Contudo, a Corte europeia decidiu pela possibilidade de dedução do IVA suportado na contratação de serviços utilizados para viabilizar atividades não sujeitas ao imposto. O argumento foi o de que haveria relação indireta com a consecução do objeto social da empresa. Assim, não seria possível negar-se o crédito do IVA incidente sobre os insumos (serviços jurídicos e de contabilidade, no exemplo) adquiridos para viabilizar operações societárias que, a despeito de isentas, contribuem ao cabo para a ampliação do desempenho empresarial. Afinal, a aquisição de uma concorrente, *v.g.*, multiplica, em momento subsequente, o número de operações tributadas da empresa⁴; do mesmo modo, a emissão de ações na bolsa permite a capitalização da companhia, viabilizando sua continuidade e eventual expansão (juntamente com suas atividades tributadas)⁵. Em síntese, na Europa o direito ao crédito é mantido inclusive na aquisição de serviços utilizados em atividades não tributadas, desde que, *indiretamente*, haja algum incentivo para as operações sujeitas ao IVA⁶.

Essa linha de entendimento, hoje pacífica, foi adotada em detrimento do posicionamento dos Fiscos nacionais europeus. As autoridades tributárias dos países-membros sustentavam que somente as contratações de serviços *diretamente* relacionadas com atividades tributadas gerariam crédito de IVA. No embate entre a tese dos contribuintes e a dos Fiscos, prevaleceu a primeira, iluminada pelo princípio da neutralidade positivado na Diretiva IVA⁷:

³ Sobre o tema, confira-se: MOREIRA, André Mendes. *Neutralidade, valor acrescido e tributação*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 21-48.

⁴ CJUE, Caso C-249/17, *Ryanair*; j. 17.10.2018, ECLI:EU:C:2018:834.

⁵ CJUE, Caso C-465/03, *Kretztechnik*, j. 26.05.2005, ECR I-4357.

⁶ MOREIRA, André Mendes. The direct and immediate link with specialized services contracts as a measure for the right to deduct input VAT and the uncertainty in European Tax Law. *World Journal of VAT/GST Law* vol. 8. Oxford: Taylor & Francis, 2019, p. 1-16.

⁷ Diretiva 2006/112/CE.

“Art. 2(1). O princípio do sistema comum do IVA consiste em aplicar aos bens e serviços um imposto geral sobre o consumo *exatamente proporcional ao preço dos bens e serviços, seja qual for o número de operações ocorridas no processo de produção e de distribuição anterior ao estágio de tributação.*” (Destques nossos)

No Brasil, também havia o embate entre duas correntes sobre o alcance do direito ao crédito nos tributos plurifásicos não cumulativos: a dos contribuintes e a das Fazendas nacional e estaduais.

A tese dos contribuintes, nominada *teoria do crédito financeiro*, propugna que as aquisições tributadas *diretamente* relacionadas com a atividade empresarial geram direito à dedução do imposto. Embora sustentada pelos contribuintes no Brasil, pode-se inferir que essa teoria equivale à defendida pelos Fiscos nacionais europeus.

Já a tese das Fazendas Públicas, intitulada *teoria do crédito físico*, reconhece o direito ao crédito apenas sobre o bem fisicamente incorporável ao produto final (matérias-primas) ou, alternativamente, sobre aquele consumido *em contato físico* com o produto industrializado (algumas espécies de insumos)⁸. Essa foi a corrente vencedora no Brasil.

Dessa breve exposição inaugural pode-se concluir que, na Europa, a tese *ampliativa* do crédito foi a vencedora. Lado outro, no Brasil, venceu a tese *restritiva*. Curiosamente, entretanto, a corrente *ampliativa* no Brasil equivale, em tudo e por tudo, à corrente *restritiva* na Europa. Ou seja: no Brasil, os contribuintes defendem a não cumulatividade com base nos argumentos que os Fiscos europeus utilizam para restringir o crédito no Velho Continente. Não bastasse isso, os contribuintes perderam a pugna judicial no Brasil. Para que não restem dúvidas do que se está a dizer, o quadro sinótico abaixo é elucidativo:

<i>Brasil</i>		<i>Europa</i>
<i>Crédito físico (vencedora)</i>	→	–
Crédito financeiro	→	Tese restritiva do crédito
–	→	<i>Tese ampliativa do crédito (vencedora)</i>

Na contramão dos IVAs, portanto, os contribuintes brasileiros se viram obnubilados por uma tese incompatível com a neutralidade inerente a essa modalidade de imposto – que não encontra paralelo na Europa ou mesmo em qualquer outra das quase 170 nações que adotam o IVA. Sobremais, não há, no Brasil, previsão constitucional ou legal que autorize uma compreensão tão restrita do direito ao crédito nos tributos plurifásicos não cumulativos.

O que houve, então? No presente artigo, demonstrar-se-á o erro original que resultou na adoção, pelo Judiciário brasileiro, de uma teoria incompatível com a tributação sobre o valor acrescido. Com isso, pretende-se provar que, *no Brasil, a teoria do “crédito físico” somente seria válida à luz da neutralidade se fosse compreendida como proibitiva do crédito sobre:*

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da não-cumulatividade e o IVA no direito comparado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *O princípio da não-cumulatividade*. São Paulo: RT, 2004, p. 147-148.

- a) bens do ativo imobilizado; e
- b) bens e serviços não pertinentes ao processo empresarial de forma direta (como despesas voluptuárias ou de interesse mais pessoal do que profissional).

Qualquer restrição além das acima, além de inconstitucional, torna a não cumulatividade brasileira contraproducente, pois, a despeito de elevar a complexidade da apuração do tributo, não permite o alcance da neutralidade tributária, *ratio essendi* dos impostos sobre o valor acrescido.

O percurso argumentativo compreenderá:

- a) um breve excuro sobre as origens dos impostos sobre o valor acrescido no Brasil;
- b) a identificação do momento em que a jurisprudência do STF, interpretando erroneamente julgado da própria Corte, passa a sustentar o crédito físico;
- c) as razões pelas quais a neutralidade dos IVAs demanda a retificação desse equívoco.

Assentado o *punctum dolens* a ser ferido e o caminho para tanto, passa-se adiante.

1. O Imposto de Consumo: alvorecer do IVA brasileiro

Na década de 1950, praticamente metade da arrecadação federal originava-se do Imposto de Consumo, tributo surgido em fins do século XIX que, com o tempo, passou a incidir em cascata sobre as vendas de praticamente todos os produtos industrializados.

Embora já houvesse alguns ensaios legislativos pontuais nesse sentido, foi somente em 1958, por meio da Lei n. 3.520, que o IC foi convolado em tributo não cumulativo. O referido diploma estipulou que o imposto deveria incidir “somente no produto final” – em claro rompimento com a sistemática anterior, pela qual todos os insumos eram tributados, sem prejuízo da incidência sobre o produto acabado⁹.

Após algumas dúvidas iniciais sobre o alcance da não cumulatividade do IC, em 1962 foi editada a Lei n. 4.153, na qual se deixou assente que a aquisição tanto de matérias-primas como de bens intermediários geraria créditos compensáveis. Foram definidos como intermediários todos aqueles produtos que, não se incorporando fisicamente ao bem industrializado, fossem consumidos no processo industrial.

A conjugação dos diplomas normativos permitiu que o IC se transformasse em um legítimo imposto não cumulativo incidente na fase industrial, no qual se permitia o crédito sobre:

- a) matérias-primas, incorporadas fisicamente ao produto final; e
- b) artigos secundários ou intermediários, que não se incorporam fisicamente ao produto, mas se consomem em seu processo de fabricação.

⁹ Confira-se:

“Art. 5º Quando num mesmo estabelecimento produtor se fabricarem artigos sujeitos ao imposto de consumo que, sem saírem deste estabelecimento, forem utilizados na fabricação ou no acondicionamento de outros produtos tributados, o imposto incide somente no produto final, facultada ao fabricante a dedução dos impostos pagos sobre as matérias-primas que concorrerem para a sua produção.” (Destques nossos)

O direito ao crédito sobre matérias-primas e bens intermediários resguardava a neutralidade tributária no âmbito das indústrias e colocava o Brasil no caminho trilhado pela França. Desde meados da década de 1930, a antiga Gália já experimentava mecanismos para mitigar os efeitos da cumulatividade na tributação do consumo. Sua *Taxe à la Production*, criada aos 31 de dezembro de 1936, era cobrada das indústrias, porém com um mecanismo de suspensão para evitar incidência em cascata – cobrando-se o imposto somente no último ciclo da etapa industrial. Essa sistemática era vantajosa por sua simplicidade e pela inexistência de cumulatividade – ambas decorrentes da incidência única. Contudo, a facilidade de sonegação, dado que o tributo era pago apenas pelo último contribuinte a industrializar o bem, aliada a certa dificuldade de identificar quem seria esse contribuinte (aquele que efetivamente finalizava o processo industrial), impeliu os franceses a uma modificação do tributo¹⁰. Com isso, a *Taxe à la Production* foi tornada plurifásica e não cumulativa em 1948. Nessa novel forma de incidência, cobrava-se o tributo devido em todas as etapas de circulação, porém se admitia o abatimento de créditos sobre as aquisições de¹¹:

- a) matérias-primas, fisicamente incorporadas ao produto final;
- b) produtos integralmente consumidos no processo industrial.

Note-se que, em relação aos bens referidos na letra “b”, havia a exigência de consumo durante o processo produtivo. O objetivo da regra era evitar que as aquisições para o ativo imobilizado fossem dedutíveis da *Taxe à la Production*.

Havia, portanto, clara identidade entre o IC não cumulativo instituído em 1958/1962 e a *Taxe à la Production* de 1948: ambos eram tributos plurifásicos incidentes apenas na fase industrial, que asseguravam o direito ao crédito sobre matérias-primas e bens consumidos durante a industrialização.

Para concluir este tópico, vale registrar: não havia, na França ou no Brasil, qualquer tipo de exigência de que os insumos creditáveis deveriam ter contato físico com os produtos industrializados. O que se tinha era um típico IVA-produto (embora ainda sem essa nomenclatura), sem direito a crédito sobre bens do ativo imobilizado e restrito às indústrias.

Isto posto, vale agora analisar como o STF compreendeu o direito ao crédito no Imposto de Consumo, ainda no período prévio à reforma tributária de 1965.

2. O STF e a não cumulatividade no Imposto de Consumo

O *leading case* no STF sobre o conceito de produto intermediário veio da indústria cimenteira, tendo sido julgado aos 10 de agosto de 1966¹². O Sindicato Nacional da Indústria do Cimento ajuizara ação para ver reconhecido o direito ao crédito do IC incidente na aquisição de “corpos moedores”, definidos como “esferas de aço que se desgastam no processo de industrialização”. O juízo primevo realizou perícia, na qual se concluiu que “as bolas de metal, introduzidas no moinho, gradualmente se consomem, de-

¹⁰ PLAGNET, Bernard. *La Taxe sur la Valeur Ajoutée*. Paris: LGDJ, 1990, p. 15-16.

¹¹ MÉGRET, Jean. *Précis de droit fiscal*. Paris: Les Éditions du Prétoire, 1949, p. 235-236.

¹² STF, Primeira Turma, RMS n. 16.625/GB, Rel. Min. Victor Nunes, DJ 10.08.1966, p. 2.644.

saparecem no produto; novas têm que ser adicionadas, para manter-se a quantidade exata”. Assentados os fatos, foi posta a *quaestio juris*: os “corpos moedores” se enquadrariam no conceito de produto intermediário para fins de creditamento do IC?

Do ponto de vista legislativo, o art. 148 do Decreto n. 45.422/1959 determinava a dedução do IC incidente sobre matérias-primas e outros produtos adquiridos para a industrialização. A Lei n. 4.153/1962, a seu turno, trouxe a definição de bens intermediários, já mencionada anteriormente, valendo aqui ser ofertada à transcrição:

“Art. 34. [...].

b) Para os fins do art. 148, entendem-se como adquiridos para emprego na fabricação e acondicionamento de artigos ou produtos tributados:

1 – na fabricação – as matérias-primas ou artigos e *produtos secundários ou intermediários que*, integrando o produto final ou *sendo consumidos total ou parcialmente no processo de sua fabricação*, sejam utilizados na sua composição, elaboração, preparo, obtenção e confecção, inclusive na fase de apresto e acabamento.” (Destques nossos)

Na sequência, a Lei n. 4.502/1964, consolidando a legislação do IC, reconheceu o direito ao crédito sobre “matérias-primas, *produtos intermediários* e embalagens” (art. 25, I, destaques nossos). Seu respectivo regulamento (Decreto n. 56.791/1965) estatuiu que *produtos intermediários* seriam “aqueles que, embora não se integrando no novo produto, são consumidos no processo de industrialização” (art. 27, I).

Isto posto, duas questões demandavam manifestação do STF:

- a) O art. 34, “b”, 1, da Lei n. 4.153/1962, por ser expressamente interpretativo do Regulamento do IC então vigente (Decreto n. 45.422/1959), seria retroativamente aplicável?
- b) Caso a resposta à pergunta acima fosse positiva, determinado item que sofresse desgaste lento, sendo por isso passível de utilização por vários meses, deveria ser considerado:
 - b.1) bem intermediário, porquanto “consumido no processo de industrialização”, logo passível de creditamento do IC; ou
 - b.2) bem do ativo imobilizado, cujo crédito de IC não era previsto na legislação.

O STF respondeu positivamente à questão “a” e adotou a alternativa “b.1” no segundo questionamento.

A Lei n. 4.153/1962 foi tida como “indubitavelmente interpretativa” do art. 148 do Regulamento do IC – levando à sua aplicação retroativa.

Outrossim, o enquadramento das esferas de aço como produtos intermediários foi confirmado, afastando-se o entendimento minoritário que as definia como ferramentas industriais, ou seja, como bens do ativo imobilizado cujo creditamento não era permitido pela legislação¹³.

Após esse *leading case*¹⁴, outros dois casos idênticos foram julgados no mesmo sentido pelo STF em 1967 e em 1969¹⁵. Assim, pode-se afirmar que, segundo o Supremo Tri-

¹³ STF, Primeira Turma, RMS n. 16.625/GB, Rel. Min. Victor Nunes, *DJ* 10.08.1966, p. 2.644.

¹⁴ STF, Primeira Turma, RMS n. 16.625/GB, Rel. Min. Victor Nunes, *DJ* 10.08.1966, p. 2.644.

¹⁵ STF, Primeira Turma, RMS n. 17.845/SP, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *DJ* 27.06.1967, p. 2.023; STF, Primeira Turma, AI n. 44.149 AgR, Rel. Min. Djaci Falcão, *DJ* 27.06.1969, p. 2.877.

bunal Federal e à luz do Imposto de Consumo, bens que se desgastassem lentamente no processo produtivo, mas que não chegassem a ser incorporados ao ativo imobilizado, poderiam ser considerados intermediários. Notem-se, aqui, dois pontos relevantes:

- a) os acórdãos não exigiam o contato físico (consumo imediato) entre o bem intermediário e o produto final para legitimar o direito ao crédito. Ainda que o contato fosse pressuposto no caso dos “corpos moedores”, em momento algum a corte sustentou ser aquele um requisito válido para a dedução do IC;
- b) a pugna se limitava à dicotomia bens do ativo imobilizado *versus* bens intermediários. A pergunta era: se os bens fossem consumidos no processo industrial, embora em várias utilizações, seriam insumos creditáveis ou bens do ativo imobilizado, impassíveis de dedução? Rejeitou-se a tese do desgaste em etapa única, aproximando a solução brasileira da *Taxe à La Production* francesa, que não reconhecia créditos sobre aquisição de bens do ativo imobilizado, tão somente.

Em conclusão deste tópico, é interessante notar que, no período anterior à EC n. 18/1965 – que positivou a não cumulatividade na Constituição, criando o IPI (nova nomenclatura do IC) e o ICM (sucessor do imposto sobre vendas e consignações) – o STF compreendia bens intermediários como aqueles que simplesmente eram consumidos no processo industrial, de modo a estremá-los dos bens do ativo imobilizado.

3. Imposto sobre Produtos Industrializados

3.1. O cenário normativo

A despeito da orientação assentada no STF em relação aos bens intermediários no Imposto de Consumo, permitindo o creditamento quando houvesse seu desgaste total ou parcial no processo produtivo (independentemente de qualquer contato físico com o produto em elaboração), os industriais continuaram sendo autuados em relação a esse tema quando do advento do IPI.

As diversas autuações possuíam fundamentos variados e, não raro, contraditórios. Por vezes, exigia-se que o bem intermediário se incorporasse fisicamente ao produto final – o que o equiparava à matéria-prima. Em outras oportunidades, demandava-se contato físico do bem intermediário com o produto em elaboração (consumição “imediata”). Essa última exigência usualmente era cumulada com a necessidade de consumo em uma só utilização (consumição “integral”).

Na esteira do entendimento do Fisco federal (que contrariava a letra da Constituição e a jurisprudência do STF), três atos normativos foram editados:

- a) o Decreto-lei n. 1.136/1970, que permitiu a delegação ao Poder Executivo da função de definir o alcance do direito ao crédito no IPI;
- b) o Regulamento do IPI de 1972, que, arrimado na autorização legal, trouxe à balha uma inédita definição legislativa de produtos intermediários: aqueles consumidos de forma “imediata e integral” (art. 32, I, do RIPI/1972);
- c) o Parecer Normativo da Coordenação do Sistema de Tributação n. 181/1974, editado para aclarar o RIPI/1972, que definiu o consumo “imediato” como aquele que compreendesse contato físico direto entre o insumo e o bem em

elaboração; já o “consumo integral” corresponderia à inutilização completa do produto intermediário após único uso na etapa industrial.

Estava reinstalada a contenda que, à luz do IC, fora decidida em favor dos contribuintes pelo STF.

3.2. O *leading case* no STF

A pugna em relação à necessidade de consumo imediato e integral dos bens intermediários no IPI foi apreciada pela Primeira Turma do STF aos 20 de fevereiro de 1979¹⁶. Tratava-se de usina siderúrgica que se creditara do IPI suportado na aquisição de tijolos refratários para o interior dos seus altos-fornos. Esses materiais eram trocados após alguns meses de uso, dado o desgaste que sofriam com as elevadas temperaturas.

O Tribunal Federal de Recursos havia decidido favoravelmente ao Fisco, afirmando que o RIPI/1972, ao exigir o consumo “imediato” e “integral” do bem intermediário, continuava observando o conceito de não cumulatividade, pois, “em sua pureza, o princípio não tem o elástico sustentado” pelo contribuinte. Afirmou o Tribunal de Recursos que o objetivo da não cumulatividade seria “possibilitar a dedução do imposto pago pelas matérias-primas e produtos intermediários empregados no produto final”. Segundo o TFR, a não cumulatividade positivada na Constituição careceria do “sopro de vida” da legislação ordinária, que lhe conferiria “maior nitidez”. Só que o “sopro de vida” veio na forma de delegação ao Executivo, que, a seu turno, ficou livre para conceituar os bens ditos intermediários como lhe aprouvesse – já que o TFR não ingressou no mérito das exigências postas pelo RIPI/1972, preferindo focar na validade da delegação legal operada pelo Decreto-lei n. 1.136/1970.

O caso foi então levado à Suprema Corte, valendo-se o contribuinte de três argumentos fundamentais:

- a) o conceito constitucional de não cumulatividade inadmite a restrição ao crédito de bens consumidos no processo industrial, compreendendo esses um *minimum minimorum* que precisa ser observado pelo intérprete, sob pena de tornar o imposto cumulativo;
- b) inexistente autorização na Constituição, no CTN ou mesmo na Lei n. 4.502/1964 (modificada pelo Decreto-lei n. 1.136/1970) para que o Poder Executivo defina o conteúdo dos bens passíveis de creditamento no IPI. O que o decreto pode fazer é operacionalizar a dedução do imposto, tão somente;
- c) de todo modo, o conceito de bem intermediário jamais compreendeu as exigências de consumo imediato e integral, tendo sido a definição “absurda e arbitrariamente expandida em seu alcance” pelo art. 32, I, do RIPI/1972, que, ademais, desrespeita o art. 99 do CTN.

Contra a argumentação, a União sustentou a validade do aresto do TFR, situando a lide nos seguintes termos:

¹⁶ STF, Primeira Turma, RE n. 90.205/RS, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ23.03.1979, p. 2.103.

- a) o objetivo do legislador ao permitir a dedução do IPI foi “diminuir o preço do produto final a ser adquirido pelo consumidor, sobre o qual em última análise recai a carga tributária”;
- b) a dedução “evidentemente não se refere a todos os fatores de produção. Refere-se apenas aos componentes diretos do produto final”;
- c) como os produtos intermediários “entram na composição do produto final”, a exigência de consumo imediato e integral tem o condão de impedir o crédito sobre “equipamentos, máquinas e acessórios utilizados na industrialização”.

Note-se que, até esse momento processual, os acontecimentos foram os seguintes:

- i) o Tribunal Federal de Recursos limitou-se a decidir pela validade da delegação ao Executivo dos bens passíveis de creditamento do IPI;
- ii) o contribuinte sustentou violação à não cumulatividade em face da exigência de consumo imediato e integral;
- iii) a União defendeu a restrição, porém apenas *com a finalidade de estreimar os bens intermediários dos “equipamentos, máquinas e acessórios” industriais*, ou seja, dos bens do ativo imobilizado.

Ao julgar o caso, o STF deu *provimento integral* ao recurso do contribuinte. Na sua fundamentação, ora se sustentou que a dupla exigência – consumo imediato e integral – era ilegítima, ora se afirmou que era permitida, porém desde que interpretada como simples imposição de que o bem não se incorporasse ao ativo imobilizado do contribuinte.

O seguinte trecho do aresto, que adota um dos votos vencidos no TFR como razão de decidir, é cristalino no sentido de que o RIPI/1972 “feriu a letra da lei” ao estipular “o requisito de ‘consumo imediato e integral’ no processo de industrialização”. Primeiramente, atesta-se que não havia no diploma legal regente do IPI uma autorização para que o conteúdo do direito ao crédito fosse delegado ao Poder Executivo. Afinal, “a expressão ‘obedecidas as especificações e normas que o regulamento estabelecer’, constante da nova redação dada ao art. 25 da Lei n. 4.502/1964 pelo Decreto-Lei n. 1.136/1970”, não consubstanciaria “uma exigência de ordem substancial, mas apenas uma condição de ordem formal ou processual”. Portanto, quando a lei dispõe que deverão ser “obedecidas as especificações e normas que o regulamento estabelecer”, isso significa apenas que “a dedução do IPI, pago anteriormente pelo insumo, há de se fazer segundo as especificações e o processo que o regulamento estabelecer”.

Na sequência, deixa-se claro – ainda com fundamento em voto vencido no TFR – que o objetivo da delegação normativa foi apenas editar normas que impedissem o industrial de considerar como intermediários bens que, em verdade, integram o seu ativo permanente. A função do regulamento, assim, seria apenas evitar que o contribuinte “não inclua como insumo aquilo que, embora tendo pago IPI na sua entrada no estabelecimento, constitua parte do ativo fixo ou estável do estabelecimento”.

Portanto, nota-se que o STF reconheceu que a função do Regulamento do IPI seria apenas impedir a dedução do imposto sobre bens do ativo fixo, que não eram creditáveis em face da adoção da teoria do crédito físico pelo direito brasileiro (compreendida aqui como mera limitadora do direito ao crédito sobre bens do ativo imobilizado).

Mais adiante, o ministro relator na Suprema Corte sustentou que a exigência de consumo “imediato e integral”, em vez de ser considerada ilegítima, deve em verdade ser compreendida como restrição ao crédito de bens do ativo fixo. Assim, o fato “de o Decreto n. 70.162/72 haver dito ‘forem consumidos imediata e integralmente’, não [...] justifica modificar o que se vem observando” na jurisprudência, bastando que o RIPI/1972 seja “compreendido em termos”.

Ou seja: o relator no STF predicou uma interpretação conforme à Constituição da exigência de “consumo imediato e integral”. À luz do raciocínio empreendido, o sentido de bem intermediário seria o mesmo já adotado em julgados pretéritos da Corte, permitindo a dedução sobre bens consumidos na industrialização e impedindo o crédito sobre o “ativo estável” do contribuinte.

Portanto, há que se registrar: em momento algum a Corte Suprema concordou com qualquer das duas condições erigidas pelo RIPI/1972 para a caracterização do bem como intermediário – invalidando os requisitos de consumo imediato e integral (ou, em outras palavras, interpretando-os conforme à Constituição).

Ao final, concluiu o tribunal que, “desde que se trate de produto despendido no processo de fabricação, integrando ou não o produto final, desgastando-se imediatamente ou com maior lentidão, embora com certa regularidade, o desconto há de ser permitido”. Portanto, “só é necessário que não se introduza como insumo do processo de fabricação aquilo que constitua material permanente do processo de fabricação”.

Do raciocínio vencedor, pode-se extrair que a teoria do crédito físico é assim denominada tão somente por negar a dedução do imposto pago na aquisição de bens do ativo imobilizado. É a nomenclatura nacional para o IVA-produto, adotado em diversos países, embora o direito ao crédito no IVA-produto seja mais amplo, pois abarca bens não relacionados com o processo industrial *stricto sensu*, incluindo aqueles que, no Brasil, são nominados bens de uso e consumo.

Assim, pode-se afirmar que o crédito físico, consoante sua origem na *Taxe à la Production* francesa de 1948, sua adoção nas leis do Imposto de Consumo, sua incorporação ao IPI e sua posterior interpretação pelo STF, *autoriza dedução sobre bens consumidos na industrialização* (sem qualquer outro requisito adicional), sendo critério utilizável eminentemente para impedir a dedução do imposto incidente na aquisição de bens do ativo imobilizado e de bens não relacionados com o processo industrial em sentido estrito.

3.3. Os acontecimentos subsequentes

O *leading case* analisado no tópico anterior foi julgado aos 20 de fevereiro de 1979¹⁷. Poucos dias após, aos 8 de março do mesmo ano, o Poder Executivo editou novo Regulamento do IPI, no qual os requisitos do consumo imediato e integral já não mais constavam (art. 66, I, do RIPI/1979). Não há dados que comprovem a relação de causa e efeito entre o julgado e a normatização que adveio em seguida, a despeito de ser razoável pressupô-la, dado o controle de legalidade feito sobre todas as normas emanadas do chefe do Poder Executivo.

¹⁷ STF, Primeira Turma, RE n. 90.205/RS, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ23.03.1979, p. 2.103.

Entretanto, arrimando-se no trecho do RIPI/1979 que vedava o crédito sobre bens do ativo imobilizado – vedação desnecessária, pois a proibição sempre fora implicitamente reconhecida –, o Parecer Normativo CST n. 65/1979 construiu o argumento de que o consumo “imediatamente” (é dizer, em contato físico direto com o produto industrializado) seria necessário para caracterização do bem como intermediário.

O parecer não possui fundamento lógico. Se o objetivo é estreitar bem intermediário de ativo imobilizado, então o critério “consumo imediato” é impróprio para a distinção, pois há bens do ativo imobilizado que não entram em contato direto com o bem em industrialização. Além de ilógica, a assertiva conflita com a jurisprudência do STF, que, como visto, afastou ambos os requisitos trazidos pelo RIPI/1972 – consumo imediato e integral – como integrantes da definição de produto intermediário.

Contudo, a falta de reflexão sobre o conteúdo dos julgados da Suprema Corte gerou um equívoco interpretativo que se perpetuou no tempo – perdurando até os dias de hoje. Uma vez que tanto o *leading case* do Imposto de Consumo (que tratava dos “corpos moedores” da indústria de cimento)¹⁸ como o do IPI (que cuidava dos tijolos refratários dos altos-fornos siderúrgicos)¹⁹ versavam sobre bens intermediários que tinham contato físico com o produto final, entendeu-se – erroneamente – que a Suprema Corte exigia a consumição imediata. Noutro giro verbal, embora os acórdãos do STF tenham considerado ilegítima a exigência de consumo imediato, presumiu-se o oposto pelo simples fato de que os casos-líderes envolviam bens que eram consumidos em contato físico com o produto em industrialização. A realidade era exatamente a oposta, conforme se infere de uma leitura atenta dos acórdãos, tal como demonstrado nas análises anteriormente feitas neste capítulo.

Assim foi que, em matéria de IPI, o STF simplesmente tomou como válido o conceito erigido pelo Parecer Normativo CST n. 65/1979 (consumo imediato). Isto foi reforçado pelo fato de os contribuintes já chegarem à Suprema Corte com casos nos quais o contato físico era provado em laudos técnicos nas instâncias ordinárias. Assim, restava como óbice ao creditamento apenas a exigência do desgaste em única utilização (consumo integral, do qual o próprio Fisco abria mão a partir do RIPI/1979).

Nessa esteira, os julgados do início da década de 1980 que avaliaram as restrições trazidas pelo RIPI/1972 ao crédito de IPI entenderam que apenas o consumo imediato seria exigível – confirmando a restritiva interpretação do Parecer Normativo CST n. 65/1979. Já a necessidade de contato físico entre o produto creditável e aquele em industrialização foi simplesmente aceita como premissa válida, de modo acrítico – em realidade que perdura até os dias atuais, o que não significa que não possa ser modificada.

Conclusão

O percurso argumentativo utilizado pelos Fiscos – e equivocadamente acolhido pelo STF – para validar o crédito físico como sinônimo de exigência de “contato físico” entre o bem industrializado e o insumo, para legitimar o direito ao crédito, pode ser analogamente comparado com o seguinte caso hipotético.

¹⁸ Vide Item 2, *supra*.

¹⁹ Vide Item 3.2, *supra*.

Imagine-se um concurso público para o magistério jurídico superior em instituição federal no qual, além dos requisitos de praxe (como doutorado em direito) houvesse duas exigências adicionais: que o candidato tivesse mais de 1,80 metro de altura e olhos castanhos.

Um candidato de olhos azuis e medindo 1,90 metro ajuíza uma ação arguindo a invalidade de ambos os requisitos. O pleito é julgado em seu favor no STF. Contudo, como o postulante supria pessoalmente uma das exigências (a da altura), a interpretação que se faz é de que o STF teria legitimado o requisito da altura mínima, afastando apenas a necessidade dos olhos azuis. Assim, a AGU edita um parecer interpretativo sustentando que, em concursos públicos para IFEs, muito embora a cor dos olhos fosse irrelevante, a altura mínima de 1,80 metro deveria ser observada.

Em matéria de Imposto de Consumo ou de IPI, todas as vezes em que se mencionava a adoção do crédito físico pela legislação antes do RIPI/1972, era para se referir à negativa de crédito sobre bens do ativo imobilizado – e nada além disso. Esse Regulamento do IPI, que positivou os requisitos de consumo “imediatos” e “integral”, foi declarado inválido pelo STF. Exatamente por isso em 1979 o regulamento subsequente do imposto federal não previa tais requisitos.

Contudo, aproveitando-se do fato de que os *leading cases* julgados pelo STF compreendiam situações nas quais havia contato “imediatos” (físico) entre o insumo e o bem industrializado, e valendo-se de um jogo de palavras (crédito físico e contato físico), o Poder Executivo editou pareceres normativos sustentando que o STF teria validado o requisito do consumo “imediatos”. Esse mesmo caminho foi posteriormente seguido pelos Fiscos estaduais, em matéria de ICM/ICMS. Sem surpresas, o pressuposto errôneo também impregnou as discussões relacionadas ao PIS/Cofins não cumulativos.

Como predica Luís Eduardo Schoueri, justamente homenageado nesta coletânea, a Constituição de 1988 tem como finalidade o desenvolvimento econômico, que se conولا, ao cabo, em desenvolvimento humano, propiciando melhores condições de vida para todos os brasileiros²⁰. Para tanto, lealdade, boa-fé e moralidade são princípios fundamentais a serem seguidos pela Administração Pública. A interpretação correta dos julgados do STF, analisando sua *ratio decidendi*, colabora para a estabilidade institucional, a segurança jurídica e, por conseguinte, para o desenvolvimento nacional. Sempre é tempo para reparar equívocos. Basta detectá-los, o que se pretendeu aqui fazer, e implementar a mudança, a bem do sistema jurídico-tributário.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2.

Tributação sobre o Consumo e a Definição de seu Contribuinte: Exemplos do Destinatário no Sistema Vigente

Salvador Cândido Brandão Junior

É com grande satisfação que recebo o convite do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) para contribuir com um artigo para obra coletiva para uma merecida homenagem ao Professor Schoueri, intitulada *Direito Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri*.

Desde que ingressei no programa de mestrado da faculdade de direito do Largo São Francisco, no ano de 2010, acompanho sua paixão pela academia e pela Faculdade de Direito da USP. Sempre muito dedicado e didático, o professor Schoueri é referência, não apenas em direito tributário, porque isso nem precisa dizer, mas em como exercer a docência, a reflexão do direito tributário e o fomento à pesquisa.

Em 20 de julho de 2021 o professor Schoueri publicou um artigo no jornal *Valor Econômico* para reivindicar uma reforma tributária que verdadeiramente criasse um imposto sobre o consumo¹, estabelecendo severas críticas ao identificar alguns problemas do modelo atual, além de propor algumas soluções com o desenho de imposto que se propôs a defender.

De referido artigo surgiu um grupo de pesquisas no Núcleo de Pesquisas do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado – Nupem, do IBDT, com quatro linhas de estudos para analisar a definição de consumo, a definição de contribuinte, a não cumulatividade e o pacto federativo.

O ponto principal defendido pelo professor Schoueri no artigo citado é o de que não é o fornecedor de bens ou o prestador de serviços o contribuinte do imposto sobre o consumo, mas, sim, o consumidor. Aqueles são sujeitos passivos, mas por responsabilidade, substituindo o contribuinte da relação jurídico-tributária.

Com essa constatação, que nos parece essencial para a tributação sobre o consumo², afastam-se as distorções atuais na tributação das compras governamentais ou compras por outras entidades imunes, já que os fornecedores são os contribuintes do ICMS, do IPI e do ISS. Também é corrigida a distorção de se estabelecer diferenciação de tributação por setores, visto que a capacidade contributiva a ser medida é a do consumidor, quando consome sua renda nos gastos, e, por fim, imprime responsabilidade penal ao fornecedor de mercadorias que recebe o preço e cobra pelo tributo do consumidor fi-

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Por um imposto sobre o consumo. *Valor Econômico*, 2021.

² Sobre a natureza e as características da tributação sobre o consumo, como definição do contribuinte e a captação da renda consumida, ver BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. *O software como mercadoria e sua distinção da propriedade intelectual: uma revisão dos conceitos de circulação e de mercadoria*. São Paulo: Dialética, 2021, cap. 4.

nal, mas não o recolhe aos cofres públicos, o que se caracteriza como uma verdadeira apropriação indébita.

No entanto, mesmo sem reforma tributária, pode-se afirmar a possibilidade de lei complementar mudar a figura dos contribuintes para os impostos sobre o consumo hoje existentes, pois, nas operações relativas à circulação de mercadorias, o destinatário também realiza a operação e a renda a ser gravada com o ICMS, em verdade, é a do consumidor final. O mesmo tratamento pode ser conferido aos serviços de qualquer natureza, pois o consumidor é tomador de serviços e, frise-se, o que a Constituição da República autoriza para se tributar são “serviços” e não a “prestação de serviços”.

Todavia, já se encontra em vigor em nosso sistema tributário duas situações em que o consumidor final é contribuinte de imposto sobre o consumo, restando ao fornecedor a qualidade de sujeição passiva por responsabilidade. O primeiro exemplo está nas operações interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte habitual do ICMS e o segundo exemplo está nas operações de crédito, câmbio e seguro, sujeitas ao imposto denominado “imposto sobre operações financeiras” (IOF).

1. Destinatário das operações como contribuinte do IOF

A última grande reforma estrutural do nosso sistema tributário foi implementada pela Emenda à Constituição n. 18/1965, que realizou mudanças profundas no capítulo da tributação previsto na Constituição da República de 1946 e, seguramente, estão refletidas no sistema tributário atual.

Pretendia-se, com referida reforma, estruturar um sistema tributário nacional, para que fosse eliminada a distorção em se ter um sistema federal, estadual e municipal e para que a incidência dos impostos buscasse fenômenos econômicos, afastando a incidência sobre figuras jurídicas em que se pautava o sistema então vigente, que eram distintos apenas em suas denominações jurídicas, mas oneravam as mesmas manifestações de capacidade contributiva³.

Nessa busca por construir um sistema tributário nacional, para consolidar e discriminar as competências tributárias dos impostos por naturezas econômicas, a reforma levada a efeito pela Emenda à Constituição n. 18/1965⁴ realizou uma classificação em impostos sobre o comércio exterior, impostos sobre o patrimônio e a renda e impostos sobre a produção e a circulação⁵.

Nessa classificação, de impostos sobre a produção e a circulação, foram inseridos os novos impostos sobre o consumo. Para os Estados o Imposto sobre as Operações Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM); para os Municípios o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS); e para a União o Imposto sobre Produtos Industrializados

³ SOUSA, Rubens Gomes de. A Reforma Tributária no Brasil. *Revista de Direito Administrativo* n. 87, 1967, p. 01-16; CANTO, Gilberto Ulhôa. Reforma tributária – Emenda Constitucional n. 18. *Revista de Direito Administrativo* n. 89, 1967, p. 436-442.

⁴ BRASIL. Emenda à Constituição n. 18/1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc18-65.htm.

⁵ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 163-67.

(IPI), imposto sobre transportes e comunicações (salvo os de natureza estritamente municipal) e o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF).

O dinheiro é a mercadoria geralmente aceita como elemento de troca ou extinção de obrigações, assim como também é mercadoria os títulos que o represente, como letras de câmbio, e tanto um como outro eram objeto de um contrato de compra e venda mercantil, como de resto já previsto no art. 191 do Código Comercial de 1850⁶.

Nesta linha, operações de crédito gravadas pelo IOF são negócios jurídicos mercantis em que o dinheiro é o objeto da relação de consumo. A mesma conclusão é aplicada ao IOF incidente sobre as operações de câmbio, pois também são operações de circulação de mercadorias, na medida em que a moeda estrangeira não é moeda no Brasil, por não servir como meio de pagamento, denominador comum, tampouco unidade de medida, prestando-se como objeto de comércio, como qualquer outra mercadoria⁷.

O IOF, assim, é um imposto sobre o consumo, seja na produção de serviços securitários, seja na circulação de mercadorias, como nas operações de crédito e câmbio. Como já dissemos⁸, por ser um tributo específico para gravar essas operações, diante do relevante interesse nacional e por tocar em questões regulatórias de competência da União⁹, como reconhecido pela própria comissão de reforma constitucional¹⁰, mesmo considerando que em uma operação de crédito ou de câmbio há uma operação relativa à circulação de mercadorias, não haverá a incidência do ICM, ou mesmo sendo prestado um serviço de seguro, não haverá a incidência do ISS, pois, por ser uma questão sensível de controle nacional, como a política cambial, evasão de divisas, controle de títulos de crédito ou atividades securitárias, essas relações de consumo foram reservadas para serem tributadas por IOF, a ser instituído pela União.

Inspirado pela mesma classificação econômica dos impostos, o Código Tributário Nacional segue a mesma linha e concentra, em seu Capítulo IV, as normas gerais em matéria de legislação tributária para os “Impostos sobre a Produção e a Circulação”. Na Seção IV, o CTN confere o tratamento para o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários, em que há o tratamento do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes, nos arts. 63 a 67.

No art. 66, o CTN apenas prevê que o contribuinte pode ser qualquer das partes nas operações tributadas, delegando a definição para a lei ordinária. A Lei n. 5.143/1966

⁶ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro: das coisas no direito comercial (conclusão)*. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 07-19; VAMPRE, Spencer. *Tratado elementar de direito comercial*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1921, p. 69-70.

⁷ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Direito monetário e tributação da moeda*. São Paulo: Dialética, 2006.

⁸ BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. *O software como mercadoria e sua distinção da propriedade intelectual: uma revisão dos conceitos de circulação e de mercadoria*. São Paulo: Dialética, 2021, p. 245-247.

⁹ “Art. 21. Compete à União: [...] VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] VII – política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;”

¹⁰ MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Reforma Tributária Nacional*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966, p. 51-51.

trata da incidência do IOF nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras e, conforme seu art. 4º, os contribuintes são os tomadores de crédito e os segurados, cabendo às instituições financeiras a responsabilidade pela *cobrança e recolhimento* do imposto, conforme a previsão contida no art. 5º.

Já nas operações relativas a títulos e valores mobiliários, nos termos do art. 3º, II, da Lei n. 8.894/1994, os adquirentes dos títulos e valores mobiliários são os contribuintes do imposto, definindo-se como responsáveis pela cobrança do IOF as instituições autorizadas a operar na compra e venda de títulos e valores mobiliários, conforme art. 3º, V, do Decreto-lei n. 1.783/1980.

Por sua vez, nas operações de câmbio, nos termos do art. 6º da Lei n. 8.894/1994, serão contribuintes do IOF os compradores de moeda estrangeira na operação referente a transferência financeira ao exterior, cabendo às instituições autorizadas a operar em câmbio a responsabilidade pela *retenção e recolhimento* do imposto.

Saliente-se haver discussão relevante na doutrina¹¹ sobre a natureza jurídica dessa obrigação de recolhimento do imposto aos cofres públicos, se é uma sujeição passiva por responsabilidade ou se o responsável é mero agente coletor de impostos, inexistindo, nesse último caso, responsabilidade tributária por substituição do contribuinte para o recolhimento do imposto. Trataremos, no entanto, a questão como uma hipótese de sujeição passiva de responsabilidade tributária por substituição, nos termos do art. 121, parágrafo único, II e art. 128, ambos do CTN, na qual o responsável substitui o contribuinte para cobrar ou descontar o tributo devido na operação e recolher, em seu nome, o tributo devido.

O ponto de relevo a se destacar é que o IOF, um imposto sobre o consumo, já possui como contribuinte o adquirente ou destinatário da operação de crédito, câmbio, seguro e das operações relativas a títulos e valores mobiliários. Nesta linha, são aplicáveis ao IOF as lições postas pelo Professor Schoueri no artigo veiculado no jornal *Valor Econômico* no início deste texto.

Assim, se o tomador do crédito ou do seguro, ou o comprador de moeda estrangeira, são os contribuintes do imposto, não importa o setor da economia em que estão inseridos, a tributação ocorrerá em razão dessas operações de consumo. Caso seja necessária a concessão de algum benefício fiscal ou aplicação de alguma imunidade, essa concessão se dará em razão de uma avaliação do regime jurídico ou das condições pessoais do consumidor final, pois é esse o definido em lei como contribuinte.

Diferentemente do que ocorre hoje com o IPI, o ICMS e com o ISS, em que o fornecedor ou o prestador são os contribuintes, não haverá benefício fiscal ou regime especial concedido às instituições financeiras, aí incluídas as seguradoras, pois essas figuras são responsáveis tributárias. A reforma tributária que instituir a nova tributação sobre o consumo, como a do IBS, por exemplo, ao levar isso em consideração, eliminaria a pressão de setores, como o setor de serviços, pela concessão de regime especial ou tributação reduzida, já que não seriam eles os contribuintes (jurídicos) do imposto.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, cap. 6.4.2.

Nessa conformação da incidência do IOF, com a definição do destinatário como contribuinte, também não há o problema da inadimplência, na medida em que o imposto é cobrado ou descontado no momento da operação. E esses termos “cobrado” ou “descontado” existentes nos dispositivos que tratam da atribuição de responsabilidade pelo recolhimento do imposto são os mesmos termos que aparecem na tipificação penal de apropriação indébita no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1991.

Assim, a falta de entrega desses valores aos cofres públicos será caracterizada como crime, justamente por não recolher o valor de tributo descontado ou cobrado, “na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

2. Consumidor final como contribuinte do ICMS nas operações interestaduais

Na incidência do ICMS já existe, há muitos anos, a definição do adquirente como contribuinte do imposto, como nos casos de consumidor final que adquire, em operações interestaduais, lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica, nos termos do art. 4º, IV, da Lei Complementar n. 87/1996.

Essa definição decorre da própria Constituição da República, que determina a não incidência de ICMS sobre as operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, nos termos do art. 155, § 2º, X, *b*. Justamente por isso, a legislação¹² prevê a atribuição da responsabilidade tributária ao fornecedor para o recolhimento do ICMS devido pelo contribuinte, adquirente de combustíveis ou energia elétrica, quando localizado em outro Estado da Federação, para utilização como consumidor final.

Assim, o fornecedor de energia elétrica localizado em outra unidade da federação não é contribuinte do ICMS, já que não há fato gerador na operação interestadual com energia elétrica, mas, sim, responsável por substituição para o recolhimento desse imposto para o estado de destino, onde ocorre o fato gerador.

No entanto, uma inovação relativamente recente posta na Constituição da República parece ter trazido nova situação em que o destinatário é contribuinte do ICMS. Trata-se da inovação trazida pela Emenda à Constituição n. 87/2015, ao discriminar nova competência tributária aos estados de destino para tributar por ICMS a aquisição interestadual de mercadorias quando o destinatário for consumidor final não contribuinte do imposto¹³.

Antes dessa inovação, fruto da reivindicação dos próprios Estados “importadores” de mercadorias em operações à distância, a incidência do ICMS ocorria integralmente no Estado de origem quando das operações interestaduais de mercadorias destinadas para consumidor final não contribuinte do imposto, conforme redação original do art. 155, § 2º, VII, *b*, da Constituição da República.

Assim, após referida emenda, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, o estado de destino passou a ter a competência

¹² Ver Convênio ICMS n. 83/2000.

¹³ Trata-se de nova competência tributária, conforme julgamento do STF no Tema 1.093 e ADI n. 5.469, que possibilitou aos estados de destino a formação de uma relação jurídica antes inexistente.

para cobrar a sua alíquota interna sobre a operação, deduzindo-se do imposto devido a parcela do imposto que incidiu na operação interestadual (devida ao estado de origem). Justamente por isso essa parcela do imposto é denominada “diferencial de alíquotas”.

Ressalte-se que a incidência do ICMS no estado de destino não é propriamente uma novidade, visto que desde antes da edição da Emenda n. 87/2015 havia alíquota interestadual com recolhimento do diferencial de alíquotas para o estado de destino. Porém, isso ocorria apenas para o caso de o consumidor final já ser contribuinte do ICMS.

Era o caso de um comerciante ou um industrial adquirir, em operações interestaduais, materiais de uso e consumo ou bens destinados ao ativo imobilizado. Parece não haver dúvidas de que nesta hipótese o destinatário é o contribuinte do Difal, cuja incidência do imposto se dá no momento da entrada em seu estabelecimento, recolhendo o imposto para o seu Estado (de destino).

Esse cenário de existência de alíquota interestadual, em verdade, nasceu junto com o próprio ICM, introduzido na Constituição Federal de 1946 com a Emenda à Constituição n. 18/1965. Como o tributo era plurifásico e não cumulativo, criou-se mecanismo de alíquotas interestaduais com o objetivo de solucionar o problema entre Estados ditos importadores e exportadores que vigorava com o até então vigente Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), imposto também de competência estadual, plurifásico, porém, cumulativo.

Em razão dessa disputa, portanto, a sistemática das alíquotas interestaduais foi pensada para resolver essa questão entre contribuintes do imposto para repartir a arrecadação entre estados de origem e destino. Nesse específico cenário de conflito, a premissa era de que o destinatário realizaria nova operação de circulação de mercadorias em seu estado (compra para revenda ou compra para utilização como insumo na industrialização de produtos destinados à venda).

Com esta sistemática, o comerciante destinatário teria um direito ao crédito na proporção da alíquota interestadual para abater de uma operação futura no estado de destino. Com um crédito menor, já que a alíquota interestadual deveria ser menor do que a alíquota interna, haveria uma maior arrecadação no destino, resultando em parcela de transferência de renda.

Na Constituição de 1988, em seu art. 155, § 2º, IV, do mesmo modo em que definido nas Constituições anteriores, manteve-se a competência do Senado Federal para fixar as alíquotas interestaduais por meio de Resolução, para aplicar o mesmo efeito na técnica da não cumulatividade já previsto na Constituição anterior.

Mas a atual Constituição da República foi além, ao prever na redação original do art. 155, § 2º, VII, *b*, um tratamento específico nas operações interestaduais destinadas ao contribuinte do ICMS que figure na operação como consumidor final, seja na compra de bem para o ativo imobilizado, seja na compra de material de uso e consumo.

Nota-se que, neste caso, já havia uma incidência do ICMS no estado de origem, e outra incidência no estado de destino quando na entrada do estabelecimento do consumidor e a legislação dos Estados e do Distrito Federal já tratava o destinatário como contribuinte do Difal.

No entanto, como já dito, caso o destinatário consumidor final não fosse contribuinte do imposto, a exemplo de uma pessoa física não comerciante, a tributação do ICMS era integralmente devida ao estado de origem.

Com a novidade da alteração constitucional levada a efeito pela Emenda n. 87/2015, em quaisquer operações interestaduais destinadas a consumidor final haverá a incidência do ICMS pela alíquota interestadual, devido ao estado de origem, com outra incidência do ICMS no estado de destino.

Portanto, atualmente, para essa parcela do imposto, denominada “Difal”, o contribuinte sempre será o destinatário da mercadoria, pois se trata de uma incidência fruto da competência tributária detida pelo estado de destino.

No entanto, como a exigência do Difal do consumidor final quando não for contribuinte do imposto, a exemplo de um hospital, pode encontrar muitas dificuldades, a própria Constituição da República tratou de estabelecer que o remetente da mercadoria, situado na unidade federada de origem, será o sujeito passivo responsável pelo recolhimento do imposto ao estado de destino, nos termos do art. 155, § 2º, VIII, *b*¹⁴.

Trata-se de uma hipótese constitucional de responsabilidade tributária por substituição, nos moldes em que previsto no art. 121, parágrafo único, II e no art. 128, ambos do Código Tributário Nacional, além do art. 6º da Lei Complementar n. 87/1996.

Em síntese, o contribuinte da alíquota interestadual devida ao estado de origem é o remetente da mercadoria, pois pratica o fato gerador de realizar operações interestaduais de circulação de mercadorias. Por sua vez, o contribuinte da diferença entre a alíquota interna do estado de destino e a alíquota interestadual (Difal) sempre será o próprio destinatário, pois este realiza outro fato gerador, qual seja, o de adquirir, como consumidor final, mercadorias provenientes de outra unidade da federação.

O diferencial de alíquotas, portanto, nada mais é do que considerar uma incidência do ICMS na operação de aquisição interestadual de mercadorias, em que o contribuinte é o destinatário, apurando-se o imposto com a aplicação da alíquota interna do estado de destino, com a automática dedução do ICMS calculado pela alíquota interestadual devido ao estado de origem.

A não cumulatividade é o que fornece o sentido para essa conformação jurídica de remetente como contribuinte da relação jurídica com o estado de origem e o adquirente como contribuinte da relação jurídica com o estado de destino, permitindo-se a compensação do imposto devido (na aquisição) com o montante do imposto que incidiu na etapa anterior (a interestadual), ainda que em outro estado da Federação¹⁵.

Justamente por isso, o art. 20-A da Lei Complementar n. 87/1996, introduzido pela Lei Complementar n. 190/2022, prevê que nos casos de operações interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, o remetente somente poderá deduzir os seus créditos de operações anteriores com o débito correspondente ao imposto devido à unidade federada de origem, calculado pela alíquota interestadual.

¹⁴ “Art. 155. § 2º, VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: [...] b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;”

¹⁵ NAVARRO, Carlos Eduardo de Arruda. ICMS Difal: 2023 marcará o nascimento do imposto de consumo mais moderno do planeta. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/amp/politica/gestao-politica-e-sociedade/icms-difal-2023-marcará-o-nascimento-do-imposto-de-consumo-mais-moderno-do-planeta/>. Acesso em: 19 set. 2023.

Não haveria lógica admitir que o remetente pudesse abater, com seus créditos, o débito relativo ao Difal devido ao estado de destino, na medida em que o contribuinte deste débito é o destinatário, e não o remetente.

O destinatário sim, terá um débito no estado onde localizado seu estabelecimento, calculado pela alíquota interna, e poderá abater do imposto devido o montante que incidiu na operação interestadual. Assim, o destinatário é contribuinte apenas do Difal, mas como não é contribuinte habitual do ICMS, o próprio remetente recolherá essa parcela em nome do destinatário para o estado de destino, por estar inserido na relação jurídico-tributária como responsável por substituição.

Contraditoriamente ao quanto determinado pela Constituição da República, e até com a lógica da sistemática do Difal mencionada acima, a Lei Complementar n. 190/2022 inseriu o § 2º, II, no art. 4º da Lei Complementar n. 87/1996, para definir o remetente como contribuinte do Difal nos casos de operações destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da federativa.

Com essa definição, não há apenas contradição com a Constituição da República, mas, também, com o próprio art. 20-A da mesma lei complementar. Assim, se o remetente fosse mesmo o contribuinte do imposto, deveria ser possível utilizar seus créditos de operações anteriores para abater do próprio Difal devido para o estado de destino, o que poderia gerar a conclusão de existir uma ofensa à não cumulatividade, quando, em verdade, há uma ofensa à própria definição de contribuinte.

Portanto, com a constatação de que o adquirente consumidor final não contribuinte do imposto é o contribuinte do Difal, aquisições por entidades imunes, por exemplo, não deveriam ser tributadas por essa parcela, assim como a conduta do remetente em cobrar esse imposto do destinatário e não repassar aos cofres públicos configura crime de apropriação indébita.

Considerações finais

O artigo sobre a tributação do consumo publicado pelo prof. Schoueri escancara os problemas e as distorções existentes no modelo atual da tributação sobre o consumo, que podem ser corrigidas com uma simples modificação: a definição do contribuinte.

A constatação de que o contribuinte é o consumidor final, pois é ele quem manifesta a capacidade contributiva no gasto de sua renda, joga luz para questões sensíveis como a da imunidade, em que entidades públicas ou outras entidades imunes, ao consumir mercadorias e serviços no país, não mais suportarão o encargo econômico dos impostos sobre o consumo.

Outros problemas poderiam ser ressaltados, como a questão da repetição do indébito e a aplicação do art. 166 do CTN. Sendo o consumidor a pessoa definida em lei como contribuinte, restaria presente a legitimação dessa pessoa para ajuizar a repetição do indébito.

No entanto, como visto, há casos em que os consumidores finais, em algumas operações determinadas, já são definidos em lei como os contribuintes de impostos, a exemplo do IOF e do ICMS-Difal. Para a conformação desses impostos sobre o consumo, é possível aplicar as mesmas conclusões apontadas no salutar artigo veiculado no jornal

Valor Econômico, como a questão da imunidade, a inadimplência, a variação da tributação por setores e o crime de apropriação indébita tributária.

Justa a homenagem pelos 20 anos de titularidade do Professor Schoueri na faculdade de direito do Largo São Francisco – USP. Vida longa à academia, à pesquisa e à reflexão, tão bem representadas pelas mãos seguras do ilustre professor.

PARTE VII

**DIREITO TRIBUTÁRIO
INTERNACIONAL**

Tomando en Serio las Palabras y las Finalidades de la Ley. A Propósito del Teletrabajo y los Establecimientos Permanentes

Andrés Báez Moreno

I. Introducción: finalidad y estructura de este trabajo

Que la finalidad de una norma no es “uno más” entre los criterios para su interpretación sino, precisamente, el criterio determinante, siendo su averiguación la aspiración misma del propio proceso interpretativo es algo que la doctrina civilista ha tenido claro desde hace años¹. En resumidas cuentas, interpretar una norma no implica más que seleccionar cuál de los “sentidos posibles” de una expresión literal se adapta mejor a la finalidad de la norma en que tal expresión se ubica². El predominio que el criterio teleológico debe ostentar en la interpretación de las normas se ha reconocido también con normalidad en la doctrina tributarista³.

El artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) parece conferir también al método de interpretación teleológico un papel relevante⁴. De hecho, los Comentarios a la Convención⁵ y alguna jurisprudencia internacional⁶ atribuyen a la finalidad de los Convenios una importancia preeminente en su interpretación. Y, aunque los Convenios de Doble Imposición (CDIs) muestren peculiaridades relevantes – también, y sobre todo, a efectos de su interpretación⁷ – creo que resulta

¹ Coing, Helmut. /En/ *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 12 Auflage. Berlin: de Gruyter, Einl. Tz. 195.

² Más en detalle sobre este concepto de interpretación: Báez Moreno, Andrés. *Los Negocios Fiduciarios en la Imposición sobre la Renta*. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 84-87.

³ Sobre todo, en la obra de Klaus Tipke: Tipke, Klaus. *Über teleologische Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenausfüllung*. /En/ *Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung: Grandfragen-Grundlagen*. Festschrift für Hugo von Wallis zum 75. Geburtstag am 12. april 1985. Bonn: Stolfuss, 1985, p. 135. Tipke, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung. Band III: Föderative Steuerverteilung, Rechtsanwendung und Rechtsschutz, Gestalter der Steuerrechtsordnung*. Köln, Dr. Otto Schmidt, 1993, p. 1240-1241.

⁴ En efecto el precepto refiere “el objeto y fin del tratado” como uno de los elementos de la denominada “regla general de interpretación” junto a la “buena fe”, “el sentido corriente de los términos” y el “contexto de éstos”.

⁵ Indica el Comentario que el segundo principio (interpretación conforme al sentido ordinario de los términos) constituye la misma esencia de la aproximación textual a la interpretación: “se presume que las partes tienen la intención que se deduce de los términos ordinarios que utilizan” (Comentarios a la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, par 12; citados por Hattingh, Johann; Avery Jones, John F. *Treaty Interpretation – Global Tax Treaty Commentaries – Global Topics*, 2021, en 3.4.2).

⁶ El Iran-United States Claims Tribunal señaló en este sentido: “Incluso cuando se esté analizando el objeto y el propósito de un tratado, que es la parte más importante del contexto del tratado [...]” (Iran-United States Claims Tribunal *Federal Reserve Bank of New York v Bank Markazi* Case A 28 (2000) 36 Iran-US Claims Tribunal Reports 5, para 58; citado por Dörr, Oliver. *Article 31. General Rule of Interpretation*. /En/ *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. (Dörr, Oliver Schmalenbach, Kirsten. eds.). Second Edition. Berlin: Springer, 2018, p. 587).

⁷ Vogel, Klaus; Prokisch, Rainer. *General Report*. /En/ IFA (ed.), *Interpretation of Double Taxation Conven-*

evidente que, desde una perspectiva lógica y jurídica, cualquier interpretación de una disposición de un CDI que pueda resultar contraria a su finalidad no puede considerarse correcta.

El hecho de que el primer párrafo de los Comentarios al artículo 5 del Convenio Modelo de la OCDE (ComMOCDE) se titule y se refiera, precisamente, a la *función* del Establecimiento Permanente⁸ parece augurar que muchas de las dificultades interpretativas que rodean dicho concepto van a solventarse, en los Comentarios⁹, recurriendo fundamentalmente a su finalidad. Sin embargo, una simple lectura del resto de los Comentarios al artículo 5 y, particularmente, de la parte dedicada a su párrafo primero¹⁰ – *lugar fijo de negocios* – permite desmentir ese vaticinio: en efecto, los Comentarios al artículo 5 del CMOCDE sólo hacen una mención anecdótica al “objeto y finalidad” del concepto de EP¹¹. A mi juicio, es esta falta de referentes teleológicos la que explica las características esenciales, y también los defectos más sobresalientes, de los ComOCDE al concepto de EP: en efecto, nos encontramos ante un conjunto de afirmaciones en las que, lejos de aplicarse ordenadamente unos criterios claros de interpretación – sean los del artículo 31 de la CVDT o cualesquiera otros – los autores del Comentario se limitan a realizar una serie de afirmaciones poco sistemáticas que, más que interpretar, complementan, añaden o incluso contradicen las vagas expresiones normativas contenidas en el párrafo primero del artículo 5 del CMOCDE.

Excedería las pretensiones y posibilidades reales de un trabajo como este, analizar todos los defectos metodológicos de los que adolece el Comentario al artículo 5 del MOCDE; ni siquiera sería viable referirse sólo a las muchísimas deficiencias que aquejan a la interpretación de la expresión *lugar fijo de negocios* del artículo 5(1). Por ese motivo, pretendemos centrarnos en un problema muy particular de entre los muchos que emergen al estudiar el concepto de EP: si un empleado prestando sus servicios desde su domicilio en régimen de teletrabajo puede o no constituir un EP de la empresa para la que trabaja (el problema del *Home Office* EP¹²). El análisis de este problema permitirá ofrecer una interpretación razonable de una realidad de gran importancia, que viene preocupando a la comunidad fiscal internacional de manera creciente en los últimos años. Pero, además, si el planteamiento metodológico que permite resolver este tipo de

tions, CDFI Vol 78a, 1993, p. 72 (aunque refiriéndose esencialmente a las normas de distribución de los CDIs).

⁸ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 1.

⁹ También los Comentarios académicos *standard* al Modelo de la OCDE parten, en su análisis, de los objetivos del concepto de EP (Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation Conventions*, 5th edition (Reimer, Ekkerhart & Rust, Alexander eds.). Aalphen and den Rijn, Kluwer Law, 2021, Article 5 at m.no. 3) o la política subyacente al concepto de EP (Arnold, Brian J. *Article 5: Permanent Establishment* /En/ Global Tax Treaty Commentaries, Article 5, en 1.1.2.1).

¹⁰ ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 6-44.

¹¹ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 88 (referido al concepto de EP de agencia del artículo 5(5) del MOCDE).

¹² Aunque no es este el término más adecuado a efectos de evitar circunloquios innecesarios en este trabajo se utilizará el término *Home Office* EP para hacer referencia al Establecimiento Permanente que pueda aflorar como consecuencia de que un trabajador preste sus servicios a su empleador desde su domicilio particular.

casos parece razonable, este puede trasladarse a la resolución de otros muchos problemas interpretativos del concepto de EP.

A estos efectos, este trabajo se organiza del siguiente modo: el epígrafe II analiza los pasajes del Comentario al artículo 5 del CMOCDE y otros materiales interpretativos elaborados por la misma organización que se ocupan del problema del *Home Office* como EP criticando sus defectos esenciales. El epígrafe III trata de dar una solución interpretativa razonable a ese problema partiendo de la(s) finalidad(es) del concepto de EP. El epígrafe IV concluye.

II. La “solución” del problema del *Home Office* como EP en los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE: un inmenso error metodológico

Aunque no fuese la primera referencia a esta cuestión en los materiales interpretativos de la OCDE¹³, es en 2017 cuando, por vez primera, los Comentarios al CMOCDE mencionan y tratan de resolver el problema del *Home Office* como potencial EP¹⁴. Por su importancia para este trabajo, conviene reproducir estos Comentarios de forma literal:

“18. Aun cuando la actividad de una empresa pueda ejercerse en parte desde un emplazamiento tal como un despacho situado en el domicilio de una persona, esto no debe llevar automáticamente a la conclusión de que ese emplazamiento está a disposición de la empresa, simplemente porque lo use una persona (por ejemplo, un empleado) que trabaja para la empresa. La determinación de si un despacho en un domicilio constituye un emplazamiento a disposición de la empresa dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. En muchas ocasiones, el ejercicio de una actividad económica en el domicilio de una persona (por ejemplo, un empleado) será tan discontinuo o incidental que el domicilio no se considerará como un emplazamiento a disposición de la empresa. Sin embargo, cuando una oficina en el domicilio se use de forma continuada para ejercer una actividad para una empresa y de los hechos y circunstancias del caso pueda concluirse claramente que la empresa ha obligado a esa persona a utilizar ese emplazamiento para el ejercicio de la actividad (por ejemplo, no proporcionando un despacho a un empleado cuando las circunstancias de su trabajo claramente lo requieran), puede considerarse que el despacho del domicilio está a disposición de la empresa.

19. Un ejemplo claro de ello lo constituye una asesora no residente que está presente durante un cierto número de años en un cierto Estado en el que desarrolla la mayor parte de las actividades empresariales de su propia empresa de consultoría, desde un despacho acondicionado en su domicilio en ese Estado. En ese caso, el despacho de su domicilio constituye un emplazamiento a disposición de la empresa. Sin embargo, cuando un trabajador transfronterizo lleva a cabo la mayor parte de su trabajo

¹³ En efecto, el documento publicado por la OCDE el 19 de octubre de 2012 – *Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishments)* – hacía referencia al problema en unos términos que, posteriormente, se incorporaron íntegramente a los Comentarios al CMOCDE: OECD, *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishments)*. Paris: OECD, 2012, p. 9-11. El Report General del Congreso de IFA 2009 demuestra que este asunto venía siendo objeto de discusión incluso años antes: Skaar, Arvid A.; Sasseville, Jacques. *General Report: Is there a Permanent Establishment? / En/ Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 94a, 2009, p. 37.

¹⁴ ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 18-19.

desde su domicilio situado en un Estado, en lugar de desde la oficina puesta a su disposición en el otro Estado, no debe considerarse que el domicilio está a disposición de la empresa ya que esta no le ha exigido que use su casa para el ejercicio de la actividad. Conviene señalar, no obstante, que dado que la gran mayoría de los empleados reside en el Estado donde su empleador tiene a su disposición uno o más lugares de negocio a los que rinden cuentas esos empleados, la cuestión de si un despacho en el domicilio constituye o no un emplazamiento a disposición de una empresa se planteará en la práctica en pocas ocasiones. Asimismo, las actividades desarrolladas en un despacho en el domicilio tendrán frecuentemente carácter auxiliar, por lo que estarán incluidas en la excepción del párrafo 4.”

Las dos notas que la Secretaría de la OCDE emitiría en 2020¹⁵ y 2021¹⁶ haciendo referencia al problema de la eventual incidencia de las restricciones a la movilidad derivadas de la epidemia de COVID19 – posible generación de EPs por parte de trabajadores prestando servicios digitalmente desde sus hogares como consecuencia de situaciones de confinamiento domiciliario – no aportaron novedades sustanciales. En efecto, estas notas se limitan a repetir las ideas ya contenidas en los Comentarios al Modelo y sugerir a los Estados una interpretación benévola en relación con los posibles EPs que pudieran generarse como consecuencia del desplazamiento de trabajadores¹⁷.

Más allá del resultado – que exista o no un EP en estos casos – la posición que la OCDE viene sosteniendo desde 2012 sobre el problema adolece de muy graves defectos de argumentación. Existen, a mi juicio, dos grandes grupos de errores técnicos en los Comentarios al Modelo sobre este particular que serán objeto de análisis detenido a continuación¹⁸.

II.1. Los Comentarios minusvaloran la importancia cuantitativa y cualitativa del fenómeno del teletrabajo

Los Comentarios minimizan la relevancia del teletrabajo y el fenómeno del *Home Office*. Como en otros muchos casos, los Comentarios al artículo 5 del Modelo muestran un sesgo muy marcado en contra de la posible aparición de “*Home Office EPs*”¹⁹. Y lo hacen sobre la base de tres afirmaciones imprecisas cuando no incorrectas. Cada una de ellas merece un análisis detenido.

Señalan los Comentarios que “[...] *dado que la gran mayoría de los empleados reside en el Estado donde su empleador tiene a su disposición uno o más lugares de negocio [...] la cuestión*

¹⁵ OECD. *OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis*. Paris: OECD, 2020, 7 p.

¹⁶ OECD, *Updated guidance on tax treaties and the impact of the COVID-19 pandemic*. Paris: OECD, 2021, 21 p.

¹⁷ Más en detalle sobre la posición de la OCDE en estas dos notas: Báez Moreno, Andrés. *Unnecessary and Yet Harmful: Some Critical Remarks to the OECD Note on the Impact of the COVID-19 Crisis on Tax Treaties*. /En/ 48, Intertax, Issues 8-9, 2020, p. 817-823. Báez Moreno, Andrés; López López, Hugo; Navarro Ibarrola, Aitor. *Implicaciones del covid-19 en fiscalidad internacional: convenios de doble imposición y precios de transferencia*. Pamplona: Aranzadi, 2021, p. 29-53.

¹⁸ Nos referimos esencialmente a los argumentos contenidos, desde 2017, en los Comentarios al artículo 5 del Modelo. Cuando se haga referencia a otros documentos (por ejemplo, las notas de la Secretaría de 2020 y 2021) se hará expresa referencia a las mismas.

¹⁹ En las notas de la Secretaría de 2020 y 2021 la intención de evitar la existencia de *Home Office* PEs es mucho más marcada.

de si un despacho en el domicilio constituye o no un emplazamiento a disposición de una empresa se planteará en la práctica en pocas ocasiones”²⁰.

Esta afirmación podría adaptarse a la realidad cuando se formuló, por primera vez, en el borrador para comentarios públicos que circuló la OCDE en 2012 sobre diversos aspectos en la interpretación del concepto de EP²¹. No obstante, cuando estas palabras se incorporaron a los Comentarios en 2017 pero, sobre todo, tras la crisis del Covid-19 en 2020 es, cuanto menos, aventurado afirmar que el teletrabajo (transfronterizo) es poco habitual en la práctica²². Es obvio que la eliminación total de las restricciones de movilidad y reglas de alojamiento social provocó un retroceso del teletrabajo; pero creo que también lo es, y así lo demuestran algunos estudios empíricos recientes²³, que los niveles de teletrabajo postpandemia son muy superiores a los que existían antes de que se empezaran a decretar medidas de restricción de movilidad en marzo de 2020. Por otro lado, no son pocas las obras que pronostican un incremento progresivo y notable del teletrabajo en los años venideros²⁴.

También indican los Comentarios: “En muchas ocasiones, el ejercicio de una actividad económica en el domicilio de una persona (por ejemplo, un empleado) será tan discontinuo o incidental que el domicilio no se considerará como un emplazamiento a disposición de la empresa”²⁵.

De nuevo la incorporación a los Comentarios de materiales antiguos ofrece una imagen poco realista del fenómeno del teletrabajo. Es obvio que el teletrabajo habitual o exclusivo era un fenómeno relativamente excepcional en el mundo pre-Covid²⁶. No obstante, el incremento sostenido, incluso después de la pandemia, del fenómeno del teletrabajo exclusivo es también un hecho no controvertido; de hecho, el número de norteamericanos que sólo teletrabajaban se ha multiplicado por cuatro en 2021 respecto de la situación en 2018²⁷. Si a ello se añade que el número de empleadores exclusivamente remotos – sin instalaciones para el desarrollo de trabajo presencial – ha crecido de forma notable²⁸, afirmar que el teletrabajo es un fenómeno discontinuo o incidental

²⁰ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 19.

²¹ OECD, *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation...* op. cit. p. 9-11.

²² Como indica con acierto Bendlinger las afirmaciones de los Comentarios sobre las *Home Office* EPs se redactaron en un momento en el que ese fenómeno no era frecuente: Bendlinger, Stefan. *Steuerlicher Nexus durch “digitale Nomaden” un der Unsinn der Homeoffice-Betriebstätte.* /En/ *Steuer und Wirtschaft International*, 2021, p. 454

²³ Sobre este tema con abundante aparato crítico: Beretta, Giorgio. “*Work on the Move*”: *Rethinking Taxation of Labour Income under Tax Treaties.* /En/ *International Tax Studies*, 2, 2022, p. 3-4

²⁴ De la Feria, Rita; Maffini, Giorgia, *The Impact of Digitalisation on Personal Income Taxes.* /En/ *British Tax Review* 2, 2021, p. 160-161.

²⁵ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 18.

²⁶ De acuerdo con el estudio de Flynn, sólo un seis por ciento de los trabajadores norteamericanos desarrollaba la totalidad de sus funciones en régimen de teletrabajo (teletrabajadores exclusivos) en los años previos a la pandemia: Flynn, Jack. *25 Trending remote work statistics [2023]: Facts, trends, and projections.* Zipppia, 2022 (disponible en: <https://www.zipppia.com/advice/remote-work-statistics/>. Último acceso 4 de septiembre de 2023).

²⁷ De acuerdo con el estudio de Flynn, el 26,7% de los empleados norteamericanos eran en 2021 teletrabajadores exclusivos: Flynn, Jack, op. loc. cit.

²⁸ Flynn los estima en un 16 por ciento de las compañías norteamericanas son totalmente remotas: Flynn, Jack, op. loc. cit.

parece impreciso. Es obvio que, al margen del caso peculiar de los trabajadores transfronterizos, el teletrabajo transfronterizo sólo es viable cuando los deberes de presencia física en las dependencias del empleador son inexistentes u ocasionales. Pero, en todo caso, las cifras antes mencionadas dejan claro que el número de empleados que prestan todos o la mayor parte de sus servicios laborales *on-line* ha crecido de forma notable y puede asegurarse que seguirá haciéndolo²⁹⁻³⁰.

Por último, señalan los Comentarios también: “*Asimismo, las actividades desarrolladas en un despacho en el domicilio tendrán frecuentemente carácter auxiliar, por lo que estarán incluidas en la excepción del párrafo 4*”³¹.

Aunque no han faltado autores que compartan la posición de los Comentarios – en el sentido de que las actividades desarrolladas en un *Home Office* serán normalmente auxiliares (o preparatorias)³² – creo que esta afirmación carece de todo soporte fáctico o jurídico. En ocasiones, esta afirmación parece encontrarse vinculada a la idea de que el teletrabajo es un fenómeno discontinuo e incidental lo que impediría que un teletrabajador pudiera desarrollar funciones “no auxiliares o preparatorias” desde su hogar³³. No merece la pena volver sobre esa cuestión a la que nos hemos referido anteriormente; por el contrario, sí tiene sentido reflexionar sobre si las actividades que desarrollan los teletrabajadores en sus domicilios de forma recurrente, en particular en régimen de teletrabajo exclusivo o casi exclusivo, serán normalmente de naturaleza auxiliar excluyendo, de acuerdo con el artículo 5(4) de los Modelos, la existencia de un EP. Nos encontramos ante una generalización infundada por los motivos que siguen³⁴: i) Las afirmaciones de los Comentarios parecen fundarse en la idea – equivocada – de que existen actividades preparatorias o auxiliares por naturaleza y que las que normalmente se desarrollan en régimen de teletrabajo comparten precisamente esa naturaleza. Desde un punto de vista jurídico este prejuicio es gravemente erróneo. El párrafo añadido al artículo 5(4) del Modelo en 2017³⁵ deja claro que no existe ninguna actividad – ni siquiera las referidas en las letras a) a d) del precepto – que ostenten, en todo caso, la naturaleza de auxiliares o preparatorias³⁶. Aunque sin un soporte legal tan claro, lo mismo

²⁹ Flynn indica que en 2025 36,2 millones de americanos teletrabajarán (Flynn, Jack, *op. loc. cit.*). No se sabe si refiere a empleados que prestarán sus servicios exclusivamente *on-line* pero todo parece indicar que así es.

³⁰ De hecho, una investigación reciente ha concluido que el 37 por ciento de los empleos en EEUU pueden desarrollarse íntegramente desde el hogar: Dingel, Jonathan I. Neiman, Brent. *How many jobs can be done at home?* / En/ Journal of Public Economics, 189, 2020, p. 1.

³¹ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 19 *in fine*.

³² Reimer, Ekkehart / En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 133. Bendlinger, Stefan. *Steuerlicher Nexus... op. cit.* p. 462.

³³ Aunque esta idea no se derive de forma directa de los Comentarios es lo que parecen sugerir algunos autores al afirmar, por ejemplo: “*Las tareas que desarrolla un empleado de forma irregular y ocasional en su domicilio durante la noche o los fines de semana de calificarán por regla general como auxiliares*” (Bendlinger, Stefan. *Steuerlicher Nexus... op. cit.* p. 460).

³⁴ Es significativo, a estos efectos, que un grupo (reducido) de miembros del Comité de Expertos Fiscales de la Organización de Naciones Unidas se haya opuesto a la posición mayoritaria del Comité en relación con el pretendido carácter auxiliar de la mayor parte de las actividades desarrolladas en régimen de teletrabajo: ComONU (2021), artículo 5, par. 7.

³⁵ Que excluye la existencia de un EP sólo si las actividades de que se trate tienen carácter auxiliar o preparatorio.

³⁶ En este sentido el ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 78.

puede concluirse en relación con CDIs que siguen versiones anteriores al Modelo de la OCDE de 2017³⁷. Así pues, incluso aunque resultara factible identificar las actividades que se prestan “normalmente” en régimen de teletrabajo sería imposible sostener que éstas son frecuentemente de carácter auxiliar. ii) En los últimos años se han realizado numerosas investigaciones de corte empírico o teórico sobre los empleos y funciones susceptibles de prestarse (íntegramente) en régimen de teletrabajo. Y ya sea porque determinados colectivos (privilegiados) han podido teletrabajar con frecuencia incluso antes de la pandemia (diversos tipos de gestores, profesionales y enseñantes³⁸) o porque algunas funciones se prestan especialmente a su ejercicio remoto (servicios en el ámbito de las tecnologías de la información, servicios financieros y servicios legales³⁹) lo cierto es que es posible individualizar actividades que, de hecho, se prestan de forma creciente en esta modalidad⁴⁰. Y conviene tener en cuenta que algunas de estas actividades, señaladamente las de gestión – que son, de hecho, las que se llevan prestando desde hace más tiempo y con más intensidad en régimen de teletrabajo⁴¹ – son, por definición, actividades principales (no accesorias o preparatorias)⁴². Por otro lado, aunque gran cantidad de servicios susceptibles de ser prestados en régimen de teletrabajo – servicios en el ámbito de las telecomunicaciones, servicios legales o servicios de marketing – serán preparatorios o auxiliares de otra actividad principal, el aumento paulatino de la relevancia

³⁷ Se ha sugerido que la referencia del artículo 5(4) f del Modelo de Convenio de la OCDE, en las versiones anteriores a 2017, al “... mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa *cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio*” (la negrita es mía) indica que, en dichas versiones, las actividades referidas en las letras a a e del precepto debían ser también auxiliares o preparatorias para que resultara de aplicación la regla y pudiera excluirse la existencia de un EP (Reimer, Ekehert /En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 303). A mi juicio, la inexistencia de actividades preparatorias o auxiliares por naturaleza se ponía de manifiesto, también, en las versiones del Modelo de la OCDE anteriores a 2017 en el hecho de que los párrafos a) a e) del artículo 5(4) se referían también a actividades desarrolladas *para la empresa* (artículo 5(4) d) y e)) o bienes o mercancías *pertenecientes a la empresa* (artículo 5(4) a) a c)). En estas circunstancias – como reconocían los Comentaristas al Modelo ante de 2014 (ComMOCDE (2014), artículo 5, paras. 24; 26 y 26.1 – una actividad podía resultar auxiliar o principal según las circunstancias.

³⁸ Sostero *et al.* indican que estos empleos y funciones no son particularmente susceptibles de prestarse en régimen de teletrabajo pues pese a requerir bajos niveles de presencia física precisan grandes niveles de interacción social. En todo caso, indican también que (aunque quizás no de forma recurrente) eran empleos que se venían prestando de forma remota antes de la pandemia (Sostero, Matteo *et al.* *Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?* /En/ JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology, 05, 2020, p. 38. De forma mucho menos sofisticada, Dingel y Neiman concluyen que los empleos de gestores y educadores pueden realizarse fácilmente desde el hogar (Dingel, Jonathan I. Neiman, Brent. *How many jobs... op. cit.* p. 2).

³⁹ Sostero *et al.* indican que las funciones desarrolladas por especialistas en tecnologías de la información, autores (*sic*) y secretarías (*sic*) son particularmente susceptibles de prestarse en régimen de teletrabajo pues requieren bajos niveles de presencia física y bajos niveles de interacción social (Sostero, Matteo *et al.* *Teleworkability... op. cit.* p. 38). De nuevo, de manera algo superficial Dingel y Neiman indican que los trabajos desarrollados por quienes *trabajan con ordenadores (sic)* pueden prestarse fácilmente en modalidad de teletrabajo (Dingel, Jonathan I. Neiman, Brent. *How many jobs... op. cit.* p. 2).

⁴⁰ Aunque sin sustento empírico de la Feria y Maffini indican que, aunque la tendencia se inició en el sector tecnológico se ha expandido a otros como el farmacéutico, el de los bienes de consumo?, marketing y sector financiero (De la Feria, Rita; Maffini, Giorgia, *The Impact of Digitalisation... op. cit.* p. 162)

⁴¹ Dingel, Jonathan I. Neiman, Brent. *How many jobs... op. cit.* p. 2-3.

⁴² Así lo han defendido, de hecho, los ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 71. Existe cierto acuerdo generalizado en considerar principales “por naturaleza” a las actividades de gestión: Skaar, Arvid A.; Sasseville, Jacques. *General Report: Is there a Permanent Establishment?... op. cit.* p. 40.

de los servicios⁴³ provocará que muchos de ellos puedan ser considerados principales. En resumidas cuentas, una vez más, las afirmaciones contenidas en los Comentarios parecen estar pensando en una economía tradicional con un modelo imperante de pura manufactura en el que los servicios son por definición accesorios o meramente preparatorios⁴⁴.

II.2. Los Comentarios incurren en errores jurídicos relevantes

Más allá de la mayor o menor importancia que pueda tener el fenómeno del teletrabajo transfronterizo, lo cierto es que el análisis de los *Home Office* EPs que realizan los comentarios al Modelo resulta muy poco consistente desde una perspectiva puramente jurídica. Como ya indicamos, los Comentarios prescinden por completo de los métodos de interpretación aplicables – precisamente los descritos en el artículo 31 de la CVDT – y hacen depender su respuesta de la supuesta discontinuidad y carácter incidental de las situaciones de *Home Office* y, sobre todo, del hecho de que esos lugares de trabajo suelen no estar a disposición del contribuyente (empleador). A mi entender, subyacen dos problemas esenciales en este planteamiento que analizaremos en detalle a continuación.

a) La confusión entre las distintas notas normativas del concepto de Establecimiento Permanente: la fijeza y la disponibilidad del EP

Como ya habíamos indicado anteriormente, aunque a otros efectos, los Comentarios señalan que: “En muchas ocasiones, el ejercicio de una actividad económica en el domicilio de una persona (por ejemplo, un empleado) será *tan discontinuo o incidental* que el domicilio *no se considerará como un emplazamiento a disposición* de la empresa”⁴⁵.

No puede ponerse en duda que la prestación ocasional de servicios por parte de un trabajador desde su domicilio difícilmente podrá determinar la existencia de un EP. En efecto, ya sea porque la existencia de un EP exige permanencia (en el tiempo)⁴⁶ o porque el carácter fijo que el artículo 5(1) exige a un lugar de negocios para poder ser un EP puede comportar también cierto componente temporal (fijeza en el tiempo)⁴⁷, lo cierto es que las presencias insignificantes del contribuyente o sus empleados en un determinado lugar de negocios difícilmente podrán dar lugar a un EP. Como sugirieron

⁴³ Sobre el aumento paulatino de la importancia de los servicios y el fenómeno de la “servitización”: Báez Moreno, Andrés. *Taxation of cross-border services*. /En/ Research Handbook on International Taxation (Y. Brauner ed). Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p. 78. Báez Moreno, Andrés. Brauner, Yariv. *Policy Options Regarding Tax Challenges of the Digitalized Economy: Making a Case for Withholding Taxes*. /En/ Tax and the Digital Economy. Challenges and Proposals for Reform. (W Haslehner et. al eds.). Aalphen and den Rijn: Wolters Kluwers, 2019, p. 78-79.

⁴⁴ Incluso en este modelo tradicional conviene no olvidar que las actividades de ventas pueden ser consideradas principales y definirse, además, de una manera muy amplia: ver Skaar, Arvid A.; Sasseville, Jacques. *General Report: Is there a Permanent Establishment?... op. cit.* p. 40-41. Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion... op. cit.* p. 428-431.

⁴⁵ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 18. La negrita y el subrayado son míos.

⁴⁶ Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 70. Arnold, Brian J. *Article 5: Permanent Establishment... op. cit.* at 2.1.4.1.

⁴⁷ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 28. Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 50-52. Arnold, Brian J. *Article 5: Permanent Establishment... op. cit.* at 2.1.4.1.

las dos notas de la secretaría de la OCDE sobre el impacto de la crisis del Covid-19 en la aplicación de los CDIs, la prestación ocasional y temporal de servicios para un empleador en régimen de teletrabajo en ningún caso permite alcanzar los umbrales de duración – cualesquiera que estos sean⁴⁸ – requeridos para la existencia de un EP⁴⁹. No obstante, no es esta la afirmación que se contiene en los Comentarios; en efecto, el párrafo transcrito parece sugerir que una presencia discontinua o incidental, en definitiva, temporalmente irrelevante, no podrá dar lugar a la existencia de un EP siendo que el emplazamiento utilizado no estará *a disposición del contribuyente*. Podrá pensar el lector de este trabajo que la discusión que aquí se plantea es irrelevante pues el resultado final de la misma será, en todo caso, la inexistencia de EP por falta de *permanencia*, de *fijeza* o de *disponibilidad*. Sin embargo, como veremos a continuación, no es esta una discusión intrascendente.

En primer lugar, porque las afirmaciones descritas vienen a incrementar las dudas notables que ya de por sí genera el denominado requisito de la *disponibilidad* del lugar de negocios. En efecto, en el ejemplo del EP de *Home Office*, se plantea la duda de hasta qué punto los Comentarios no identifican plenamente los requisitos de la *permanencia* o *fijeza temporal* del EP con la exigencia de que el mismo esté *a disposición del contribuyente* no residente⁵⁰. Pero, en todo caso, y al margen de ello, estas afirmaciones conducen a los Comentarios a graves defectos de coherencia interna. En efecto, si las situaciones de *Home Office* no determinan la existencia de EPs en virtud de su carácter *discontinuo e incidental*, podría llegar a pensarse que cuando los trabajadores presten sus servicios desde su domicilio de forma continua y estructural debería concluirse, de forma automática, que existe un EP. Esta es en definitiva la consecuencia de identificar la *fijeza* y la *disponibilidad* como requisitos para la existencia de un EP. Sin embargo, los Comentarios prosiguen afirmando que, cuando se presten servicios de forma continuada desde el domicilio, ese domicilio podrá, según las circunstancias, estar a disposición del contribuyente y, por tanto, constituir un EP. Así pues, todo parece depender, de nuevo, de que la *Home Office* se entienda o no a disposición del contribuyente (empleador), cuestión de la que nos ocuparemos de inmediato.

b) El criterio de la disponibilidad del EP carece de sustento normativo, se concreta de manera irracional en los Comentarios y plantea notables problemas de aplicación práctica

Una simple lectura del artículo 5(1) de los Modelos de Convenio permite concluir que el criterio de la disponibilidad del lugar de negocios para el contribuyente carece de

⁴⁸ La existencia o no de umbrales temporales precisos es una cuestión muy discutible: Skaar, Arvid A.; Sas-seville, Jacques. *General Report: Is there a Permanent Establishment?... op. cit.* p. 29-30. Reimer, Ekkehart /En/ Vogel on Double Taxation... *op. cit.* Article 5 at m.no. 72-80.

⁴⁹ OECD, *OECD Secretariat Analysis... op. cit.* par. 5-6. OECD, *Updated guidance... op. cit.* par. 10-11.

⁵⁰ Unas dudas que, por otro lado, se plantean en relación con muchos de los ejemplos que los ComMOCDE utilizan para “ilustrar” el requisito de la disponibilidad del EP para el contribuyente. A mi juicio esto ocurre en los ejemplos del vendedor (ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 12), de la darsena para entregas en almacenes (ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 16) y del pintor 1 (ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 17). Una crítica muy semejante de estos ejemplos en particular de referido al “vendedor” puede verse en: Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle*. Second Edition. Aalphen and den Rijn: Kluwer Law International, 2020, p. 211.

todo sustento legal. En efecto, aunque con frecuencia pretenda ligarse la disponibilidad del EP a la exigencia de que sólo pueda constituir un EP el lugar fijo de negocios *mediante el cual* una empresa realice toda o parte de su actividad⁵¹, no alcanza a entenderse por qué de esa locución debe derivarse que sólo pueda constituir EP un lugar respecto del que el contribuyente ostente un “*poder efectivo de uso*”⁵² y, menos aún, la construcción de títulos legales, fácticos e incluso antijurídicos de uso sobre los que se sustenta, de forma no siempre coherente⁵³, la existencia de tal disponibilidad conforme a los propios Comentarios⁵⁴. Así pues, el problema no es sólo que el requisito de la disponibilidad se haya construido sin sustento normativo explícito en el texto del artículo 5(1)⁵⁵, sino, y mucho más grave, que los resultados de su aplicación parecen claramente contrarios a dicho texto sugiriendo así su abandono⁵⁶ y, por tanto, su total intrascendencia para resolver la cuestión que se plantea en este trabajo.

Pero incluso aunque se acepte el requisito de la disponibilidad y su identificación con el poder efectivo de uso por parte del contribuyente no residente (el empleador), la forma en la que los Comentarios al Modelo identifican ese poder de uso en los casos de *Home Office* EPs plantea muy serios interrogantes. En efecto, los Comentarios parecen hacer depender la existencia o no de disponibilidad de si la prestación de servicios en régimen de teletrabajo es una condición impuesta por el empleador o una decisión libre del empleado siendo así que sólo en el primer caso estará la *Home Office* a disposición del contribuyente y podrá ser considerada un EP⁵⁷. A mi entender, esta forma de argumentar plantea algunos problemas que se exponen brevemente a continuación:

- i) No se alcanza a entender qué poder efectivo de uso (sobre la vivienda del contribuyente) confiere al empleador el hecho de imponer a su empleado la prestación de sus servicios en modalidad de teletrabajo. Salvo que ese poder efectivo de uso pretenda identificarse con la mera decisión de imponer el régimen de teletrabajo o, en casos más específicos, con la decisión de constituir o acabar con el propio EP⁵⁸ – cuando es el empleador quien ostente un título legal sobre la vivienda del empleado – lo cierto es que no parece admisible, en términos

⁵¹ Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 106. Skaar, Arvid A.; Sasseville, Jacques. *General Report: Is there a Permanent Establishment?... op. cit.* p. 35.

⁵² Esta es la expresión que, desde 2017, manejan los Comentarios (ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 12) para tratar de definir en abstracto – más allá de ejemplos – el concepto de disponibilidad.

⁵³ De hecho, se ha afirmado con acierto que los Comentarios son “esquizofrénicos” en lo que respecta a la necesidad y el grado de control que el contribuyente debe ejercer sobre el lugar de negocios para que este pueda constituirse como E.P.: Nitikman, Joel. *The Painter and the PE.* /En/ Canadian Tax Journal, vol. 57, 2009, no 2, p. 220-221.

⁵⁴ ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 10-20.

⁵⁵ Como no han podido dejar de sugerir algunos comentaristas (Bendlinger, Stefan; Bedlinger, Valentin. *Dre VwGH zur Verfügungsmacht und das jähe Ende der Homeoffice-Betriebstätte.* /En/ Steuer und Wirtschaft International, 2022, p. 443) y el propio Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (OECD, *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation... op. cit.* p. 5).

⁵⁶ En este sentido de forma especialmente rotunda: Wassermeyer, Franz. *Die Betriebstätte – ein in vieler Hinsicht unbekanntes Wesen.* /En/ Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2001, p. 594-596.

⁵⁷ ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 18 y 19.

⁵⁸ Como sugiere Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 129.

estrictamente jurídicos, defender que el contribuyente (empleador) ostenta un título jurídico o una mera disponibilidad fáctica para el uso de las viviendas de sus empleados⁵⁹.

- ii) Los Comentarios presentan la disponibilidad o no del *Home Office* en términos aparentemente muy simples: o el contribuyente (empleador) obliga a su empleado a prestar sus servicios en régimen de teletrabajo o no le obliga; como es sabido, según el criterio de los Comentarios, sólo en el primer caso existirá disponibilidad y, por lo tanto, EP. Pese a su aparente sencillez, entre esas dos posibilidades existen un sinnúmero de situaciones no aclaradas que dificultarán la aplicación de este criterio en la práctica⁶⁰. Buena prueba de ello es que los propios Comentarios se refieren al caso de que el contribuyente no proporcione un despacho a un empleado como un mero ejemplo de situación en la que es el empleador el que obliga al empleado a prestar sus servicios desde su domicilio⁶¹. Pero ¿cómo se decidiría un caso en el que los servicios se prestan desde el hogar del trabajador porque las oficinas del contribuyente no son accesibles temporalmente? Algunos autores no dudan de que en estos casos la *Home Office* está a disposición del contribuyente⁶² y, sin embargo, la Secretaría de la OCDE rechazó que las prestaciones de servicios desde el hogar originadas por las restricciones de movimientos impuestas legalmente para hacer frente al contagio del COVID-19 pudieran generar EPs⁶³. Para complicar aún más la cosa, la doctrina⁶⁴ y algunos pronunciamientos jurisprudenciales⁶⁵ parecen asumir que si el empleador es el propietario o arrendatario de la vivienda que cede al trabajador o compensa a éste (total o parcialmente) los gastos generados por la *Home Office* ésta pasará a estar

⁵⁹ A esta misma conclusión llegó hace años el *Bundesfinanzhof* alemán en su sentencia de 10 de noviembre de 1998 (BFH, I B80/97).

⁶⁰ En la doctrina se ha hecho referencia incluso a otros extremos (no relacionados con la imposición o no del régimen del teletrabajo) que podrían afectar a la disponibilidad de la *Home Office* para el empleador: ver Arnold, Brian J. *Article 5: Permanent Establishment...* *op. cit.* at 2.1.3.2.1. Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion...* *op. cit.* p. 296-299.

⁶¹ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 18.

⁶² Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation...* *op. cit.* Article 5 at m.no. 132.

⁶³ OECD, *OECD Secretariat Analysis...* *op. cit.* par. 9. OECD, *Updated guidance...* *op. cit.* par. 16. Como ya tuve ocasión de sostener en otra ocasión el hecho de que la situación de *Home Office* sea impuesta por una directriz administrativa o fruto de una decisión libre del empleado debería ser totalmente intrascendente a la hora de analizar si se verifica o no el presupuesto de hecho de determinadas normas objetivas de gran trascendencia en tributación internacional como la residencia de una persona física o jurídica o la existencia o no de un EP. Por otro lado, entender, como lo hace la Secretaría de la OCDE que, la prestación de servicios en teletrabajo impuestas por disposiciones legales o administrativas no dan lugar a EPs plantea, de nuevo, el problema de determinar en casos concretos cuándo existe tal imposición y cuando el régimen de teletrabajo es fruto de una decisión del trabajador o un pacto con su empleado (Báez Moreno, Andrés. *Unnecessary and Yet Harmful...* *op. cit.* p. 816-817; 818).

⁶⁴ Skaar, Arvid A.; Sasseville, Jacques. *General Report: Is there a Permanent Establishment?... op. cit.* p. 37. Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation...* *op. cit.* Article 5 at m.no. 128. Calderón Carrero, José Manuel. *Beneficios Empresariales (y de Navegación)*. /En/ Convenios de Doble Imposición, El impacto de BEPS: Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales (N. Carmona ed). Madrid: Wolters Kluwers 2019, p. 218.

⁶⁵ Así en algunos casos canadienses: Campbell, Colin; McDowell, Terry. *Canada*. /En/ *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 94a, 2009, p. 173-175.

a disposición del contribuyente y, por lo tanto, a considerarse un EP⁶⁶. Esta conclusión encaja mal con el criterio simplista de los Comentarios pues el hecho de que el empleador sufrague los gastos generados por el *Home Office* no significa necesariamente ni que le haya impuesto al trabajador prestar sus servicios desde el hogar ni que no le proporcione un despacho en sus dependencias. Además, éste nuevo factor – quién hace frente a los gastos generados por la situación – abre un nuevo abanico de situaciones intermedias (pagos o reembolsos parciales) que dificultarán una aplicación sensata y previsible de los criterios descritos.

iii) Los criterios que recogen los Comentarios para concluir la existencia o no de un EP de *Home Office* configuran una suerte de “EP a la carta”. Es obvio que cualquier contribuyente puede siempre elegir si, en sus operaciones transfronterizas, actúa mediante una filial, un EP o sin contar con ninguna de esas dos figuras. Este no es el problema al que hacemos alusión en este momento. Lo verdaderamente preocupante, y este es el problema que denunciamos, es que ante situaciones idénticas el contribuyente pueda elegir *de facto* si actúa o no mediante un EP, incidiendo sobre aspectos puramente formales y de muy fácil manipulación. En este contexto resulta difícil saber cómo podrán fiscalizar las autoridades tributarias si la situación de teletrabajo es fruto de una decisión libre del empleado o una imposición del empleador más allá de las disposiciones pactadas por ambos contractualmente y que, como es fácil de entender, pueden manejarse fácilmente a conveniencia. Pero incluso aunque la imposición por parte del empleador pretenda construirse sobre hechos de carácter objetivo la misma seguirá estando en manos del contribuyente. Si se piensa en el ejemplo que proporcionan los Comentarios – el empleador no proporciona un despacho a un empleado cuando las circunstancias de su trabajo claramente lo requerían⁶⁷ – la situación puede manejarse con facilidad reservando algunos espacios para el trabajador en la empresa, aunque no exista intención alguna por parte de éste de hacer uso de los mismos. Sólo las empresas que operen totalmente en remoto podrán tener algún obstáculo para desarrollar esta estrategia. Incluso si pretenden manejarse otros pretendidos indicios objetivos de disponibilidad – como que el empleador haga frente a los gastos generados por la situación de teletrabajo – las posibilidades de manipulación se vuelven aún más intensas pues bastará con subir las retribuciones de los teletrabajadores en el importe de los gastos que irroge el teletrabajo en lugar de reembolsar esos gastos al teletrabajador⁶⁸. En resumidas cuentas, todas estas posibilidades de configuración

⁶⁶ Aunque no se formulara una conclusión al respecto de manera rotunda el documento el documento publicado por la OCDE el 19 de octubre de 2012 hacía referencia a distintos ejemplos en los que el empleador sufragaba total o parcialmente los gastos de vivienda del empleado que prestaba sus servicios en régimen de teletrabajo (OECD, *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Interpretation...op. cit.* p. 10-11). Estos ejemplo no se incorporaron finalmente a los Comentarios al Modelo.

⁶⁷ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 18.

⁶⁸ No es de extrañar pues que en algunos trabajos especializados sobre este problema asesores y abogados en ejercicio ofrezcan “recomendaciones prácticas” que minimicen los riesgos de nacimiento de EPs de *Home Office*: Klein, Christoph. *Does Working from Home Constitute a PE Under German Law? /En/ 105 Tax Notes International, 9, 2022, p. 1027.*

permiten al contribuyente, a partir de una misma situación económica, decidir si actúa o no a través de un EP. En trabajos anteriores, precisamente al hilo de cuestiones muy parecidas a las que aquí se analizan, he tenido ocasión de pronunciar-me en contra de la toma en consideración de la voluntad del contribuyente a efectos de la realización (o no) del presupuesto de hecho de las normas tributarias⁶⁹; en efecto, hacer depender la realización del hecho imponible de la voluntad del contribuyente destruye los fundamentos objetivos del propio fenómeno de la imposición – cualesquiera que estos sean – e implica, por el mismo motivo, que dos contribuyentes en idéntica posición puedan recibir tratos dispares. Concretando estas reflexiones para el caso que nos ocupa, no se alcanza a entender cómo puede coordinarse esta solución con la finalidad fundamental que, teóricamente, persigue el concepto de EP y que no es otro que describir el umbral de presencia de un contribuyente residente del otro Estado (contratante) que permite al Estado de localización del EP gravar los beneficios empresariales obtenidos por ese contribuyente⁷⁰. ¿Acaso la presencia de un empleador que impone a sus empleadores el teletrabajo o que configura sus relaciones contractuales de modo que todo apunte a que les obliga es más intensa que la de un empleador que les da la opción de hacerlo? Y, formulado en términos estrictos de igualdad ¿Qué justifica que dos empleadores con igual plantilla de teletrabajadores que prestan sus servicios en condiciones económicas idénticas puedan o no estar actuando a través de un EP según su particular habilidad para configurar sus relaciones contractuales a conveniencia?

III. Los términos del artículo 5(1) del CMOCDE, la finalidad de los Establecimientos Permanentes y las *Home Offices*: una interpretación alternativa

A mi juicio es posible defender una interpretación del artículo 5(1) del CMOCDE que supere los defectos técnicos denunciados anteriormente. El acierto de esa interpretación depende de dos variables esenciales: que la misma se fundamente en los propios términos del artículo 5(1) del CMOCDE sin adiciones o sustracciones y que resulte coherente con la finalidad propia del concepto de EP. Las siguientes páginas se dedican a analizar sucintamente estas dos variables respecto del problema particular de los *Home Office* PEs.

III.1. Un *Home Office* es un “lugar de negocios” cuya fijeza puede plantear dudas interpretativas

A mi juicio, es bastante claro que una *Home Office* es un *lugar de negocios*⁷¹ en el sentido del artículo 5(1) del CMOCDE, de modo que las dudas interpretativas que puedan

⁶⁹ Báez Moreno, Andrés. *GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have we Gained From BEPS Action 6?* /En/ 45 Intertax, 6/7, 2017, p. 435–436. Báez Moreno, Andrés. *Unnecessary and Yet Harmful...* *op. cit.* p. 816-817.

⁷⁰ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 1.

⁷¹ Algún autor ha entendido que una *Home Office* no podría dar lugar a un EP por no constituir un *lugar de negocios* (Cannas, Francesco. *The Tax Consequences of Remote Working (Smart or Not): How Permanent Establish-*

suscitarse al respecto afectarán siempre al carácter fijo que exige ese mismo precepto para concluir la exigencia de un EP.

Como indicamos anteriormente, ya sea como consecuencia de una faceta temporal del concepto de fijeza o como exigencia lógica del propio concepto de Establecimiento *Permanente* las situaciones de teletrabajo temporal u ocasional no podrán dar lugar al surgimiento de *Home Office* EPs⁷². Así pues, las dudas que pudieran surgir eventualmente se plantearán siempre desde la óptica de la vertiente espacial del concepto de “fijeza”.

Desde luego, las *Home Offices* encajan a la perfección en el concepto de fijeza espacial que los Comentarios al Modelo vienen defendiendo. En el sentido más tradicional, nos encontramos ante lugares de negocios con una conexión fija a la tierra⁷³. Ni que decir tiene que esa fijeza existiría también en un enfoque más flexible del concepto que abarcara también a lugares (*rectius* activos) móviles ubicados en zonas delimitadas espacialmente⁷⁴. En el contexto de las *Home Office* EPs este podría ser el fin de análisis. Los servicios de teletrabajo prestados de forma estable desde el hogar del teletrabajador dotarían de fijeza al lugar de negocios generando así sistemáticamente Establecimientos Permanentes.

Sin embargo, formulada en estos términos, esa conclusión resultaría algo simplista y muy poco satisfactoria. ¿Podría proyectarse sobre otros teletrabajadores que no presen sus servicios desde su hogar sino desde espacios de *coworking* o lugares públicos?⁷⁵ Y, si se acepta que en estos casos pueda existir también un EP ¿no se estaría eliminando, de hecho, el aspecto espacial de la fijeza y reduciendo el concepto de EP a la existencia de un lugar (*rectius* un activo) acompañado de un test de duración?⁷⁶ ¿Qué tienen en común, desde el punto de vista de su fijeza, el hogar de un trabajador que funciona como *Home Office*, uno o varios espacios de *coworking* o las distintas partes de un edificio que un pintor se compromete a decorar trabajando para un solo contratista?⁷⁷ Y, lo que es más importante, ¿qué sentido tiene y, en particular, cómo se coherencia con la finalidad propia del concepto de EP que todos estos lugares concretos y zonas delimitadas espacialmente puedan llegar a ser consideradas EPs?

A mi entender, en este punto, como en muchos otros, la interpretación de los términos imprecisos del artículo 5(1) del CMOCDE y, en particular, del concepto de “fije-

ments, Tax Residence, and the Allocation of Taxing Powers May Be Affected by the Pandemic and Deglobalisation. / En/ Rivista di Diritto Tributario Internazionale, 2, 2022, p. 181-183. No obstante, ni siquiera los ComMOCDE – que, como hemos visto, parecen poco inclinados a reconocer la existencia de *Home Office* EPs – han traído argumentos semejantes a colación.

⁷² Ver epígrafe II.1.

⁷³ Que caracterizó tradicionalmente el entendimiento del concepto de fijeza a impulsos sobre todo de la jurisprudencia alemana tradicional: Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion...* op. cit. p. 139-142.

⁷⁴ Esta la interpretación que sostienen los ComMOCDE desde 2003: ver ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 21-25. Sobre la evolución paulatina del concepto de fijeza en el sentido descrito hasta su cristalización en los ComMOCDE en 2003: Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion...* op. cit. p. 142-180.

⁷⁵ Los ejemplos contenidos en los ComMOCDE permitirían defender posiciones muy distintas respecto de esos casos (ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 23 in fine, 24 y 25).

⁷⁶ Como en cierto modo sugiere Skaar que ha venido sucediendo desde el abandono del concepto tradicional de fijeza: Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion...* op. cit. p. 142-143.

⁷⁷ Por mencionar uno de los ejemplos, discutibles, de zona delimitada espacialmente a la que los Comentarios atribuyen coherencia geográfica y comercial: ver ComMOCDE (2017), artículo 5, par 24 in fine.

za” carece de todo sustento sistemático y se mueve, en el mejor de los casos, a impulsos meramente coyunturales. Los Comentarios pretenden convertirse así en añadidos normativos al texto de los artículos del Convenio que los autores del mismo – con la escasa propensión a justificar que tiene el legislador – no se ven obligados a argumentar ni racional ni metodológicamente.

El mayor problema subyace, a mi juicio, en que los Comentarios no recurren a la finalidad del concepto de EP a la hora de aclarar el sentido correcto de los términos que utiliza el artículo 5(1), de modo que el resultado de las interpretaciones carece de orientación convirtiéndose, en muchas ocasiones, en un mero “juego de palabras” sin principios. En el mejor de los casos, algunas interpretaciones del artículo 5 parecen partir de la finalidad normalmente asociada al concepto de EP, esto es, describir el umbral de presencia de un contribuyente residente del otro Estado (contratante) que permite al Estado de localización del EP gravar los beneficios empresariales obtenidos por ese contribuyente⁷⁸. Sin embargo, esta finalidad que es, precisamente, la que subyace a todas las reglas de distribución del poder tributario en los CDIs – precisamente asignar derechos de imposición a los Estados Contratantes – ayuda muy poco a la hora de resolver problemas concretos de interpretación del propio concepto de EP. En efecto, esta finalidad genérica del concepto de EP deja al intérprete inerme ante las muchas dudas interpretativas que surgen en la aplicación del artículo 5(1) pues conduce a una operación mental circular en la que el intérprete debe determinar si un determinado lugar constituye o no un EP sobre la base de si el mismo constituye o no una presencia suficiente para justificar el gravamen en fuente de determinados beneficios empresariales. Concretando estas reflexiones en el problema que nos ocupa en este trabajo: para determinar si una *Home Office* constituye o no un EP, el intérprete debería recurrir a la finalidad del concepto de EP que no es otra que asignar derechos de imposición al Estado de la Fuente cuando la presencia del contribuyente resulte significativa. Como puede concluirse fácilmente, esta forma de razonar llevará al intérprete, en el mejor de los casos, a afirmar que existe o no un EP porque ese mismo intérprete cree que la presencia es significativa o no lo es. Puro decisionismo arbitrario, en definitiva.

A mi entender el problema de las *Home Offices*, al igual que otras muchas dudas interpretativas que plantea el concepto de EP, debe resolverse a partir de un concepto de fijeza de aplicación sencilla – y esencialmente binaria “ el lugar es fijo o no lo es”⁷⁹ – que, además resulte coherente con una finalidad del concepto de EP que permita una elección previsible y racional. En el siguiente epígrafe nos referimos a esa finalidad y concluimos cuál es el concepto de fijeza que puede resolver el problema que nos ocupa.

⁷⁸ ComMOCDE (2017), artículo 5, par. 1.

⁷⁹ El antiguo concepto de fijeza – conexión fija a la tierra – era muy claro, pero poco coherente con la supuesta finalidad del concepto de EP. En efecto no parecía fácil explicar por qué la presencia física de un no residente con un “activo fijo a la tierra” era más intensa que la de un no residente con un “activo móvil”. El concepto actual – activos ubicados en zonas delimitadas espacialmente con coherencia geográfica y comercial – es quizás más coherente con la supuesta finalidad del EP – o al menos no implica vulneraciones frontales de la neutralidad (Skaar, Arvid Aage. *Permanent Establishment. Erosion... op. cit.* p. 181) pero desde luego mucho más vaporoso y difícil de aplicar en la práctica.

III.2. Un *Home Office* es un lugar de negocios “fijo” pues en él pueden desarrollarse todos los procedimientos de control que requiere la tributación de un no residente con EP

El EP no constituye sólo un umbral que permita atribuir potestades de imposición al Estado de la Fuente sobre los beneficios empresariales. En definitiva, otras reglas de distribución distintas del artículo 7 del CMOCDE también atribuyen potestades de imposición al Estado de la Fuente sobre determinados tipos de beneficios empresariales en ausencia de EPs. El Establecimiento Permanente supone, sobre todo, y esto es algo muy peculiar del gravamen de los beneficios empresariales bajo el artículo 7 de los Convenios, la atribución de potestades de gravamen al Estado de la Fuente con determinadas condiciones. Aunque no resulta del todo claro si el propio artículo 7 lo impone y aunque, en pura teoría, esto no se deriva de forma automática del artículo 24.3 de los Convenios⁸⁰, lo cierto es que la mayor parte de jurisdicciones gravan a los no residentes con EP como si fueran residentes⁸¹ y, por tanto, admitiendo sistemáticamente la deducción de gastos y liquidando sus obligaciones de forma periódica. Es obvio que esta forma de tributar implica una mayor confianza en el contribuyente no residente con EP que la que se deposita en un contribuyente que obtiene beneficios empresariales (u otro tipo de rentas) sin contar con un lugar fijo de negocios (o similar) al que normalmente se somete a gravamen operación por operación y mediante un sistema de retenciones en la fuente. Pero, precisamente por el motivo anterior, el modo particular de tributación de los no residentes con EP exige mayores garantías de que los procedimientos de comprobación y recaudación de las deudas tributarias que puedan surgir eventualmente podrán desarrollarse de forma satisfactoria⁸². En definitiva, al margen de constituir un umbral de tributación en la fuente, el EP debe garantizar, y esa es precisamente la finalidad a la que nos referimos, que el “lugar de negocios” con el que cuenta el contribuyente en el Estado de la Fuente sea un lugar apto para desarrollar los procedimientos de comprobación e investigación que requieren las peculiaridades de la tributación del no residente con EP⁸³.

De acuerdo con esta finalidad, es posible interpretar el concepto de “fijeza” de modo que no quede al albur de las consideraciones de cada intérprete sobre si el lugar de negocios es o no lo suficientemente “relevante” como para ser fijo y, por consiguiente, implicar una presencia significativa del contribuyente en el Estado de la Fuente. Sería

⁸⁰ Sasseville, Jacques, *Article 7: Business Profits* /En/ Global Tax Treaty Commentaries, Article 7, en 4.2.1).

⁸¹ De hecho, esta ha sido considerada por la doctrina como una de las funciones del concepto de EP: Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation...* *op. cit.* Article 5 at m.no. 3.

⁸² Como indica Arnold, de forma muy gráfica, si el contribuyente tiene un EP, las autoridades fiscales de ese Estado sabrán probablemente dónde encontrar al contribuyente o a su agente (Arnold, Brian J. *Article 5: Permanent Establishment...* *op. cit.* at 1.1.2.1.3).

⁸³ Sin duda, los activos que constituyan EPs y de los que el contribuyente sea titular también facilitarán los procedimientos dirigidos contra del contribuyente en la medida en que eventualmente podrá llegar a ejecutarse la deuda tributaria sobre dichos activos (en este sentido Arnold, Brian J. *Article 5: Permanent Establishment...* *op. cit.* at 1.1.2.1.3). Sin embargo, no creo que pueda sostenerse que facilitar la ejecución de la deuda sea una de las finalidades del concepto de EP pues ello significaría excluir de dicho concepto los activos de los que el contribuyente no sea propietario ostentando sobre los mismos un mero derecho de uso o simplemente use por la vía de hecho.

“fijo”, en el sentido que atribuimos al término, todo lugar de negocios que constituya una localización adecuada para desarrollar los procedimientos de comprobación e investigación que deban entenderse con el contribuyente. La adecuación de dicho lugar implica, por supuesto, la aptitud del mismo para localizar al contribuyente, pero también para desarrollar facultades de comprobación que se refieran a la propia naturaleza del EP (dimensiones o características particulares del mismo) o a las gestiones administrativas, contables o legales que se desarrollan en el mismo. Partiendo de esta idea es posible concluir que una *Home Office* puede constituir un EP en la medida en que la vivienda del contribuyente – donde además se prestan sus servicios en régimen de teletrabajo – es un lugar perfectamente idóneo para localizar al contribuyente y desarrollar las facultades administrativas de los procedimientos de gestión que requieran, precisamente, su desarrollo fuera de las oficinas de la Administración Tributaria. Esta interpretación del concepto de “fijeza” no sólo es perfectamente conforme con la propia finalidad del concepto de EP sino que permite, además, soslayar el cumplimiento de requisitos legalmente infundados y de muy difícil aplicación práctica como, por ejemplo, si la situación de teletrabajo ha sido o no impuesta por el empleador o si los gastos de teletrabajo son o no satisfechos por éste.

La nueva aproximación que proponemos no es, como ocurre con frecuencia al tratar de resolver problemas específicos del concepto de EP, una solución parcial que se refiera exclusivamente a la cuestión de los *Home Office* EPs. Por el contrario, la finalidad atribuida al concepto de EP y su influencia en la interpretación de la fijeza requerida a éste puede ser útil para resolver de forma satisfactoria muchos de los problemas que venía planteando dicho requisito⁸⁴ e incluso para desterrar, de forma definitiva, algunas notas conceptuales de dicho concepto – señaladamente la disponibilidad del mismo – que carecen de sustento legal y dificultan notablemente la aplicación práctica del artículo 5(1) de los Convenios⁸⁵.

IV. Conclusión

Aunque ya se producía de forma puntual con anterioridad, la pandemia terminó de convencer a trabajadores y empleadores de que el teletrabajo regular (no ocasional) era factible. Cuando ese fenómeno traspasa fronteras, es de esperar que despliegue efectos muy notables sobre un sistema, como el de la fiscalidad internacional, que aún hoy sigue basado, en esencia, en la presencia de personas físicas sobre el terreno.

Uno de esos efectos es la posible aparición de Establecimientos Permanentes cuando un teletrabajador presta sus servicios desde su hogar situado en un Estado distinto del de residencia de su empleador. Los Comentarios al Convenio Modelo han tratado de minimizar la relevancia de este fenómeno y, en todo caso, de descartar, en la mayor parte de las ocasiones, que tales situaciones puedan generar EPs. Los argumentos para al-

⁸⁴ Aunque de forma no del todo rotunda REIMER propone una idea semejante para aplicar el artículo 5(1) a los activos móviles: Reimer, Ekkehart /En/ *Vogel on Double Taxation... op. cit.* Article 5 at m.no. 60.

⁸⁵ A mi entender, muchos de los ejemplos de disponibilidad analizados (de forma muy oscura) en los Comentarios (ComMOCDE (2017), artículo 5, paras. 12-17) podrían resolverse fácilmente partiendo de la fijeza exigida a los EPs interpretada en la manera descrita en este trabajo.

canzar tal conclusión se basan en asunciones de hecho falsas, en interpretaciones capciosas o erróneas y, en todo caso, en criterios inseguros y de difícil aplicación a situaciones más complejas que las que de forma ideal (y simplista) se plantea en ellos.

El trabajo critica la aproximación de los Comentarios y ofrece una visión alternativa conforme a la cual los *Home Offices* pueden ser lugares fijos de negocio y, por tanto, Establecimientos Permanentes. Para alcanzar dicha conclusión se descarta, razonadamente, el requisito de la disponibilidad del EP, para centrar toda la atención en una interpretación del concepto de fijeza que gravita en torno a la aptitud del lugar de negocio como punto de contacto entre la Administración Tributaria y el contribuyente no residente. Esta interpretación es conforme con una finalidad frecuentemente poco explorada de los EPs – facilitar el control administrativo de los no residentes – y abre nuevas vías de solución para otros problemas interpretativos del propio concepto de EP.

O Controle de Preços de Transferência na Lei n. 14.596, de 2023: entre Conceitos Indeterminados e Discricionariedade

Fabiana Carsoni Fernandes

1. Introdução

O controle de preços de transferência foi inaugurado, no Brasil, pela Lei n. 9.430, a qual estabeleceu critérios a serem observados pela pessoa jurídica quando da realização de operações de importação (ou de aquisição do exterior), exportação, ou operações que envolvam pagamento ou recebimento de juros com pessoas vinculadas situadas no exterior (art. 23), ou com pessoas localizadas em países com tributação favorecida (art. 24), ou com pessoas sujeitas a regime fiscal privilegiado (art. 24-A).

De acordo com essas regras, a pessoa jurídica que praticar qualquer operação com bens, serviços ou direitos sujeitas a controle deverá tributar aquilo que se pode chamar de um “lucro mínimo”¹, para efeito de apuração do imposto de renda da pessoa jurídica – IRPJ e da contribuição social sobre o lucro – CSL. Na apuração do “lucro mínimo” tributável, busca-se identificar um preço justo (*fair price*), refletido no princípio *arm's length*², cuja adoção é recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”).

O preço *arm's length* é o preço de mercado ou de concorrência, praticado por pessoas independentes ou que estejam situadas, na literalidade da expressão, à “distância de um braço”. Assim, uma transação *at arm's length*, ou sem interferência, é aquela na qual os valores são os mesmos que teriam sido acordados entre pessoas não vinculadas, envolvidas em transação igual ou similar, sob condição idêntica ou similar³⁻⁴.

¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 823.

² Referir-nos-emos, neste trabalho, ao *arm's length* como princípio, a despeito da controvérsia doutrinária sobre sua natureza de princípio, regra ou padrão. Sobre o tema, e na defesa de que se trata de princípio, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 362; GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência – arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 262-265. Na defesa de que se trata de um padrão, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *O arm's length como princípio ou standard jurídico*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO; Paulo César Teixeira (org.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 214; e ABRANTES, Emmanuel Garcia. *Beps, o fim ou um novo começo para o arm's length?* In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MOREIRA, Francisco Lisboa (coord.). *Manual de preços de transferência – Beps, Brasil & OCDE*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. vol. I, p. 571-574.

³ GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência – arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 25.

⁴ A despeito da recomendação da OCDE de que se busque o princípio *arm's length* para controle de transações entre empresas de grupos multinacionais, tal critério não está isento de falhas, na medida em que é incapaz, por exemplo, de capturar os ganhos de escala e de sinergia próprios desses grupos. Nas palavras do Professor Luís Eduardo Schoueri, “Esses ganhos surgem a partir da oportunidade de as empresas tra-

A OCDE explica que, quando empresas independentes transacionam entre si, as condições de suas relações comerciais e financeiras normalmente são determinadas por forças de mercado. Já quando empresas vinculadas transacionam entre si, suas relações comerciais e financeiras podem não sofrer os mesmos impactos das forças externas do mercado. O padrão *arm's length* surge, nesse contexto, na tentativa de aproximar as transações comerciais e financeiras entre partes vinculadas daquelas praticadas entre partes independentes, tratando os membros de um mesmo grupo como se fossem entidades separadas (independentes), examinando-se, por meio de *análise comparativa*, se a natureza e as condições das transações por eles praticadas diferem daquelas adotadas por partes não vinculadas⁵. A análise de comparabilidade entre transações controladas e não controladas é o que a OCDE qualifica como o *coração* do *arm's length*⁶.

No Brasil, não obstante a intenção declarada do legislador tenha sido a de editar normas de controle de preços de transferência, segundo a exposição de motivos do projeto do qual resultou a Lei n. 9.430, “em conformidade com regras adotadas nos países integrantes da OCDE”, a legislação brasileira criou métodos rígidos, acompanhados, em alguns casos, de margens de lucros pré-fixadas, resultando em preços parâmetros que, não raro, se distanciam do preço praticado em condições *arm's length*. Sacrifica-se o *arm's length*, nessas situações, em nome da praticabilidade⁷.

Como destacado no Acórdão n. 101-96665, de 17 de abril de 2008, da 1ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuintes, enquanto as normas no âmbito da OCDE são abertas e flexíveis, a Lei n. 9.430 “optou pela rigidez de métodos específicos e fechados. Por isso, a persecução do princípio de plena concorrência (*arm's length*) no nosso país, embora almejada, sofre a limitação imposta pela legislação”⁸. Na visão do fisco, manifestada na Solução de Consulta Cosit n. 4, de 16 de junho de 2010, o modelo brasileiro, sendo baseado em normas fechadas, privilegia a segurança jurídica e a estrita legalidade, devendo, neste contexto, ser interpretado “de forma atenta a estas ordens de considerações, sob pena de que suas balizas demarcatórias se fragilizem, e, em consequência, tornem-se os controles pátrios absolutamente ineficazes”. Prestigiam-se, consoante destacado em estudo conjunto entre a Receita Federal do Brasil (“RFB”) e a OCDE, a legalidade, a proteção da base tributária no Brasil, a previsibilidade, a praticabilidade e a segurança⁹.

balharem juntas, o que dificilmente ocorreria entre empresas não vinculadas” (SCHOUERI, Luís Eduardo. O princípio *arm's length* em um panorama internacional. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2013. vol. 4, p. 216-217).

⁵ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 31. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁶ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 31. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Presunções jurídicas. *Arm's length* e o conceito de custo para fins de preços de transferência. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 31. São Paulo: Dialética/IBDT, 2014, p. 104 e 106-107.

⁸ Para Paulo Ayres Barreto, “Contradição há entre a exposição de motivos do referido veículo introdutor de normas e o conteúdo dos enunciados prescritivos dele constantes. É abissal a distância entre a disciplina dos preços de transferência no Brasil e o regime adotado pelos países-membro da OCDE” (BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 153).

⁹ OECD/RFB. *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard*. Paris: OECD/RFB, 2019, p. 26.

Quer dizer, para evitar subjetivismos e critérios abertos que causassem controvérsias entre fisco e contribuinte, a Lei n. 9.430 estabeleceu métodos específicos e fechados, cuja aplicação prática muitas vezes se apartava do princípio *arm's length*. O Brasil não se alinhava, nesse contexto, ao que a OCDE predicava.

Em verdadeira mudança de paradigma, a Lei n. 14.596, de 14 de junho de 2023, introduziu novas regras de preços de transferência, em substituição àquelas previstas na Lei n. 9.430, normatizando no país, enfim, os principais parâmetros de controle sugeridos pela OCDE.

De acordo com a referida Lei n. 14.596, as transações controladas com partes relacionadas no exterior, ou com pessoas localizadas em países com tributação favorecida, ou com pessoas sujeitas a regime fiscal privilegiado, podem ser objeto de ajustes para efeito de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL. Esses ajustes, se necessários, decorrerão da aplicação de um princípio: o *arm's length*, segundo o qual os termos e as condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam adotados entre partes não relacionadas em transações comparáveis (art. 2º).

A lei não mais alude a operações de importação, aquisição do exterior ou exportação de bens, serviços e direitos, tampouco às transações de que resulte o pagamento, crédito ou recebimento de juros, como faz a Lei n. 9.430. Adotando termos mais amplos, o art. 3º da Lei n. 14.596 dispõe que a transação controlada compreende qualquer relação comercial ou financeira entre 2 (duas) ou mais partes relacionadas, incluídos contratos ou arranjos sob qualquer forma e série de transações. A verificação da conformidade da transação controlada ao princípio *arm's length* é feita, nos termos do art. 6º, primeiro, por meio do delineamento da transação controlada e, em seguida, pela análise de sua comparabilidade. Ultrapassadas essas duas etapas, passa-se à escolha do “método mais apropriado” dentre aqueles listados no art. 11.

Para que o contribuinte atenda às duas primeiras etapas e, assim, esteja apto a selecionar o “método mais apropriado”, múltiplas análises acerca dos fatos, termos contratuais, opções disponíveis e características econômicas da transação, das partes, do mercado, bens, serviços e direitos devem ser empreendidas. Requer-se a compreensão da *substância* dos negócios, verificando-se se os fatos praticados atendem à *causa jurídica* dos negócios declarados pelas partes¹⁰. Requer-se, em seguida, a compreensão do que se pode chamar de *essência econômica* da transação¹¹, assim entendida como a alocação de

¹⁰ Neste trabalho, consideramos causa jurídica como a razão econômico-jurídica do negócio, sua finalidade, ou função prática, em garantia da qual o direito concede sua tutela, como ensina Luís Eduardo Schoueri (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133).

¹¹ A “essência econômica” aqui referida não se identifica, necessariamente, com o chamado princípio da primazia da essência econômica sobre a forma, adotado pela ciência contábil. Na contabilidade, o referido princípio relaciona-se com a representação fidedigna, chamada de “pedra angular para elaboração das demonstrações contábeis” (FLORES, Eduardo. À contabilidade o que é da contabilidade, e ao direito o que é do direito. In: PINTO, Alexandre Evaristo *et. al.* (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis*. Barueri: Atlas, 2023. vol. 4, p. 185-205). Sabe-se que a contabilidade busca entregar aos usuários da demonstração financeira a melhor expressão da situação patrimonial da entidade (art. 176 da Lei n. 6.404/1976), pois, “Para serem úteis, informações financeiras não devem apenas representar fenômenos relevantes, mas também representar de forma fidedigna a essência dos fenômenos que pretendem representar. Em muitas circunstâncias, a essência de fenômeno econômico e sua forma legal não são as mesmas: fornecer in-

riscos, ativos e funções, do que pode resultar avaliação distanciada da natureza jurídica e dos termos contratuais dos respectivos negócios. Alfim, seleciona-se o “método mais apropriado”.

As referidas análises dependem, em alguns casos, da interpretação e da aplicação de uma série de conceitos abertos, fluidos e polissêmicos. Parece até mesmo haver possibilidade de *escolhas* – escolhas essas colocadas à disposição dos sujeitos a quem a norma se dirige. *Não há* a fixidez característica da Lei n. 9.430.

Essa breve introdução revela que o legislador abandonou o conforto que a praticabilidade característica dos métodos rígidos e das margens fixas lhe assegurava, o que fez por não mais querer sacrificar o princípio *arm's length* – alinhando-se, com isso, ao padrão internacional de controle de preços de transferência. O sacrifício, agora, tende a ser da praticabilidade¹², porque o controle de preços de transferência requer, como se anunciou, a interpretação e a aplicação de conceitos abertos, fluidos e polissêmicos e, ainda, juízos de escolhas.

Nosso objetivo, neste estudo, é analisar algumas das normas contidas na Lei n. 14.596, a fim de entender se elas se limitam a estabelecer conceitos abertos, fluidos e polissêmicos ou se, mais do que isso, autorizam que o fisco atue de modo discricionário, elegendo aquilo que julga conveniente e oportuno para efeito de delineamento da transação, de sua comparabilidade e de escolha do método mais apropriado.

Qual é a pertinência de se saber se na lei há, somente, conceitos indeterminados¹³ ou se há campo para escolhas discricionárias? A distinção é de grande relevância, por-

formações apenas sobre a forma legal não representaria fidedignamente o fenômeno econômico” (CPC. *Pronunciamento Técnico CPC 00 (R2). Estrutura Conceitual para Relatório Financeiro*. Brasília: CPC, item 2.12. Disponível em: [http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/573_CPC00\(R2\).pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/573_CPC00(R2).pdf). Acesso em: 10 set. 2023). A essência econômica a que aludimos acima para efeito de preços de transferência não tem o mesmo desiderato. Na verdade, por meio dela, aloca-se riscos, ativos e funções, de tal sorte a identificar e atribuir a remuneração que compete a cada uma das partes vinculadas de uma transação. A contabilidade não faz essa alocação, tampouco centra suas atenções nas transações envolvendo partes relacionadas. Pelo contrário: na ciência contábil, as partes relacionadas, geralmente, são analisadas em seu todo, porque na contabilidade vigora o conceito econômico de entidade, e não o *separate entity approach*, em que se sustenta o princípio *arm's length*, tal como delineado pela OCDE (OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 12. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2022).

¹² Para a OCDE, a experiência internacional de preços de transferência é vasta e sofisticada a ponto de ter logrado estabelecer entendimentos comuns entre fiscos e empresas – o que é de grande valia do ponto de vista prático para fins de alocação de lucros em cada jurisdição (OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 34. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023). Isso, contudo, não é bastante para assegurar verdadeira praticabilidade, além de não eliminar por completo dúvidas, controvérsias e os altos custos de conformidade relacionados a essa metodologia.

¹³ Doravante, por razões didáticas, faremos alusão aos conceitos indeterminados, embora saibamos das críticas que a expressão enseja. Eros Roberto Grau entende que todo conceito é uma suma de ideias e que, para ser conceito, exige-se que seja determinado. A indeterminação, na verdade, é dos termos que expressam os conceitos (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146-147). Já Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que “A imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula [...]”. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra [...]” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21). Não cuidaremos desse debate teórico.

que, no primeiro caso, as autoridades fiscais devem realizar trabalho interpretativo do qual resulte uma única solução possível¹⁴, havendo maior espaço para revisão administrativa e judicial deste trabalho, ao passo que, no segundo caso, soluções alternativas são admitidas, podendo o fisco fazer uma escolha, em detrimento de outra(s), em juízo de conveniência e oportunidade, desde que satisfaça o interesse público – a revisão, nessa hipótese, acaba sendo limitada¹⁵.

Doravante, analisaremos como a discricionariedade se relaciona com os conceitos indeterminados. Investigaremos, ainda, se o direito tributário porventura não se compagina com a discricção. Em seguida, examinaremos se os conceitos indeterminados adotados pelo legislador na Lei n. 14.596 conferem poder discricionário às autoridades administrativas e em quais condições.

Veremos que há discricionariedade no direito tributário, inclusive na Lei n. 14.596. Mas essa atividade é limitada.

Passemos, pois, ao estudo do tema que nos cabe neste trabalho.

2. A discricionariedade e os conceitos indeterminados no direito administrativo, em geral, no direito tributário, em particular, e na legislação de preços de transferência, em específico

Em direito administrativo, a discricionariedade pode ser definida como um ato volitivo consistente numa opção administrativa, fundada em critérios de conveniência e oportunidade, justiça e equidade, dentre dois ou mais comportamentos igualmente possíveis segundo a respectiva norma¹⁶.

A discricionariedade não figura como um “defeito da lei”, mas como um mecanismo de promoção da justiça. Com efeito, como o legislador não consegue prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros, a discricionariedade acaba apresentando-se como uma solução normativa que permite a obtenção de solução jurídica mais satisfatória e conveniente para resolver situações concretas¹⁷.

Em que pese não a desconheça, o direito tributário não está verdadeiramente familiarizado com a discricionariedade. Costuma-se dizer que a atividade de lançamento é plenamente vinculada (art. 142, parágrafo único, do CTN) e que a legalidade é rigorosa, não abrindo espaço ao casuísmo ou à livre interpretação das autoridades fiscais. Essas afirmações coadunam-se com a maior parte das normas tributárias – marcadas que elas são, em larga medida, pela vinculação. Porém, a legislação tributária admite, ainda

¹⁴ O tema não é uníssono. Eros Roberto Grau afirma que o ato de interpretação, sendo uma atividade de transformar texto em norma, “supõe a faculdade do intérprete de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146-147). Quer dizer, por essa linha de pensamento, a interpretação envolve, invariavelmente, juízo de escolhas.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 24; e DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 225.

que em menor grau, discricção das autoridades fiscais. É o caso das normas de graduação de multas¹⁸ e de transação tributária.

Quando o legislador autoriza que a autoridade fiscal gradue a pena dentro de limites e critérios previamente estabelecidos, aceitam-se juízos de escolhas. No entanto, isso não pode ser feito de forma aleatória ou arbitrária. Na verdade, a autoridade fiscal deve identificar e justificar sua conduta, demonstrando os motivos de fato e as circunstâncias que ensejam essa e não aquela penalidade, pautando sua atuação, em qualquer caso, nos critérios definidos em lei¹⁹.

Por sua vez, a transação tributária marca o que se costuma denominar por “contratualismo fiscal” na relação fisco-contribuinte, em que negociações são admitidas, estabelecendo-se uma relação menos hierarquizada e mais negocial²⁰, isto é, uma relação de concessões mútuas, para o que, em certas circunstâncias, a autoridade fiscal acaba por fazer juízo discricionário (e.g., fixação de patamares de redução da dívida ou do total de prestações mensais para sua quitação).

A discricionariedade, portanto, não é avessa ao direito tributário. Mesmo nos juízos discricionários, a autoridade administrativa está jungida à lei, por força do princípio da legalidade, não havendo, neste contexto, ofensa ao art. 150, inciso I, da Constituição Federal e ao art. 97, inciso V, do Código Tributário Nacional. O direito tributário, portanto, convive com a discricção, porque a discricionariedade não é agir à margem da lei, mas segundo as balizas postas no texto legal, as quais delimitam as escolhas da Administração Pública.

Como, então, compreendê-la? Ou melhor, como, então, entender os limites do fisco no emprego de seu juízo de conveniência e oportunidade na satisfação do interesse público?

Cabe ao fisco, sempre, buscar a solução ótima e eficiente para o caso concreto que atenda ao interesse público. Interesse público, em matéria tributária, não significa promover maior arrecadação. Significa, na verdade, cumprir a lei, atendendo à sua finalidade, direcionada que a lei é à consecução e à proteção do bem comum.

Quando negocia com o contribuinte os termos de uma transação tributária, o fisco busca arrecadar, extinguir créditos tributários e eliminar litígios, mas, para chegar a isto, deve maximizar o atendimento às necessidades sociais e à consecução do bem comum, preservando a dignidade da pessoa humana, velando pelos valores de justiça e igualdade²¹, bem como pelos valores e princípios que sustentam a ordem econômica,

¹⁸ O tema é controvertido. Gustavo Masina, por exemplo, sustenta que a pena fiscal é matéria reservada à lei, cumprindo ao Poder Legislativo descrevê-la minuciosamente no texto legal, sem margem a avaliações do Poder Executivo (MASINA, Gustavo. *Sanções tributárias – definição e limites*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 213-214).

¹⁹ Nas palavras de Luís Eduardo Schoueri ao analisar o tema: “Discricionariedade, insista-se, não se confunde com arbítrio, já que se fala em limites legais e em circunstâncias agravantes e atenuantes definidas pela lei” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 854).

²⁰ OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *Transação em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 47 e 121.

²¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transação no direito tributário, discricionariedade e interesse público. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 83. São Paulo: Dialética, 2002, p. 116-125.

como a livre iniciativa e a livre concorrência, sem descuidar das peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse contexto, na atividade discricionária, o fisco está sempre jungido à lei, cabendo-lhe cumprir sua finalidade. Não lhe é dado fazer escolhas aleatórias, ou livres. É-lhe, em realidade, defeso agir de modo indiferente à situação concreta e ao atingimento da finalidade legal. *É por isso que, na feliz explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello, antes de um poder discricionário, há um dever discricionário, isto é, um dever de cumprir a lei, atendendo à sua teleologia. Os poderes atribuídos às autoridades administrativas, segundo o autor, são meros veículos instrumentais para propiciar que elas possam cumprir seu dever de discricção, em atendimento à finalidade legal*²².

A Lei n. 14.596 possui norma que autoriza a RFB a não impor multa de ofício e a não lavrar auto de infração em face do contribuinte, evitando-se, desse modo, a instauração de litígio. Há, nesse caso, hipótese de transação, delineada pela Lei n. 14.596 com fundamento no art. 171 do CTN, na medida em que: (i) fisco e contribuinte podem divergir acerca do atendimento ao princípio *arm's length*; (ii) porém, podem transacionar, mediante concessões mútuas, com o objetivo de extinguir o crédito tributário, evitando litígio iminente²³; (iii) existindo lei autorizando que assim procedam.

De fato, o art. 36 dispõe que, caso a autoridade fiscal discorde, durante o procedimento fiscal, da determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSL efetuada pelo contribuinte, este *poderá* ser autorizado a retificar a declaração ou a escrituração fiscal exclusivamente em relação aos ajustes de preços de transferência para a sua regularização, efetuando o recolhimento dos tributos devidos com acréscimos moratórios, porém, sem imposição de multa de ofício, respeitadas as seguintes premissas: (i) não ter o contribuinte agido contrariamente a ato normativo ou interpretativo vinculante da administração tributária (critério objetivo); (ii) ter sido *cooperativo* perante a RFB, inclusive durante o procedimento fiscal (critério que pode envolver subjetivismo, dada a abertura do termo); (iii) ter empreendido *esforços razoáveis* para cumprir o disposto na Lei 14.596 (critério que também pode envolver subjetivismo, dada a abertura dos termos); e (iv) ter adotado *critérios coerentes e razoavelmente justificáveis* para a determinação da base de cálculo (critério que pode igualmente envolver subjetivismo, dada a abertura dos termos).

Note-se que a hipótese de transação foi colocada na lei para uso da autoridade fiscal *a seu critério* (emprego do verbo “poderá”, e não “deverá”), cumprindo-lhe fazê-lo por meio da análise e da interpretação de *conceitos de valor* (“esforço razoável”, “critério coerente e razoavelmente justificável” etc.). Se a interpretação desses mesmos conceitos, à luz de determinada situação concreta, implicar resultados distintos, mas todos razoáveis, a lei permite à Administração Tributária o direito de promover um *juízo de escolha* entre transacionar ou não, afastando a pena de ofício, se for o caso. A lei defere às autoridades fiscais, portanto, *espaços de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*, sendo imprescindível, contudo, que os núcleos semânticos mínimos dos respectivos termos e ex-

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 15-16.

²³ A transação deve, em qualquer caso, versar sobre um litígio (presente ou iminente) (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 678).

pressões sejam observados pela Administração Tributária nesse juízo de escolha. Se o fisco agir com abuso, atuando fora dos quadrantes dos conceitos indeterminados utilizados pela lei, a negativa de transação poderá ser desafiada administrativa ou judicialmente.

Se o art. 36 parece-nos constituir exemplo de atuação discricionária atribuída ao fisco na legislação de preços de transferência, *dúvidas podem surgir em relação a diversas outras disposições contidas na mesma lei. Veja-se.*

A Lei n. 14.596 é inundada por conceitos indeterminados. Como se antecipou, diz a lei que, no delineamento da transação, requer-se, primeiro, a investigação da substância do negócio.

A análise da substância do negócio, ou de sua causa jurídica, tem como ponto de partida os termos contratuais da transação, que derivam tanto dos documentos e dos contratos formalizados quanto das evidências da conduta efetiva das partes (art. 7º, inciso I). O § 2º acrescenta que, na hipótese em que as características economicamente relevantes da transação controlada identificadas nos contratos formalizados e nos documentos apresentados divergirem daquelas verificadas a partir da análise dos fatos, das circunstâncias e das evidências da conduta efetiva das partes, a transação controlada será delineada com fundamento nos fatos, nas circunstâncias e nas evidências da *conduta efetiva das partes*. Trata-se do que podemos qualificar como *análise substancial*.

Por meio dessa análise, define-se a natureza jurídica do negócio, investigando-se também o cumprimento de sua causa jurídica, o que se faz pela interpretação dos respectivos termos contratuais. Nessa atividade, segundo entendemos, o intérprete deve se atentar menos à linguagem adotada nos respectivos instrumentos, e mais à intenção e ao comportamento das partes²⁴, como requerem os arts. 112 e 113, § 1º, inciso I, do Código Civil. Deve-se, ainda, atribuir aos negócios o sentido que corresponder (i) aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (ii) à boa-fé; e (iii) a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (art. 113, § 1º, incisos II, III e V, do Código Civil). Alinha-se a Lei n. 14.596, nesse contexto, ao que nossa lei civil dispõe acerca da interpretação dos negócios jurídicos.

Na busca da substância do negócio, a análise é, essencialmente, objetiva, centrando-se na verificação da natureza e da causa jurídica do negócio à luz da efetiva conduta das partes. Não há, aqui, discricionariedade, porque inexistente espaço para escolhas.

Feita a *análise substancial* do negócio, parte-se, em seguida, para a compreensão de sua essência econômica, assim entendida como a alocação de riscos, ativos e funções, para o que se deve investigar uma série de conceitos indeterminados, como (i) os riscos economicamente significativos assumidos (análise funcional); (ii) as circunstâncias econômicas das partes e do mercado em que operam; (iii) as estratégias de negócios e ou-

²⁴ Para a OCDE, faz-se necessário examinar se a conduta das partes é substancialmente conforme aos termos dos documentos escritos, ou se a conduta das empresas associadas indica que os termos contratuais não foram seguidos, não refletem um quadro completo das transações, foram incorretamente caracterizados ou rotulados pelas empresas, ou mesmo se há simulação (OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 44. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023)

tras *características consideradas economicamente relevantes* (ou fatores de comparabilidade); e (iv) as *opções realisticamente disponíveis*, de modo a avaliar a existência de outras opções que poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes.

Para a análise de essência econômica, requer-se o incurso em diversos conceitos indeterminados – o que tem potencial de incrementar o litígio em matéria de controle de preços de transferência.

Na tentativa de contribuir para a adequada aplicação da norma, mitigando dúvidas sobre seu alcance e, também, impondo certas balizas ao trabalho da fiscalização na análise das transações e aplicação do princípio *arm's length*, a RFB regulamentou a matéria. A regulamentação da lei foi objeto de consulta pública²⁵, da qual resultou a edição da Instrução Normativa (“IN”) RFB n. 2.161, de 28 de setembro de 2023, contendo orientações sobre os procedimentos de delineamento da transação e de análise de comparabilidade.

A IN RFB n. 2.161 fornece, em certos casos, orientações repletas de exemplos, de situações, elementos e características que devem ser considerados pelo contribuinte e pela RFB para cumprimento das regras de preços de transferência. A IN RFB n. 2.161 fornece o que se pode qualificar como definições denotativas ou conotativas de situações ou elementos característicos daquilo que a lei reputa necessário para o delineamento da transação e para a análise de comparabilidade.

Como explica Roberto Quiroga Mosquera, o significado das palavras e orações pode ser entendido em seu sentido denotativo ou conotativo. Para evitar ou mitigar imprecisões das palavras e expressões, o legislador pode se valer da técnica de definição, adotando, por exemplo, definições *denotativas* (enumeração de coisas, objetos e situações que integram o termo, é dizer, enumeração de exemplos compreendidos no termo adotado pela lei, de modo a elucidar e iluminar seu conteúdo e abrangência) ou definições *conotativas* (especificação das características e propriedades que fazem certa coisa, objeto ou situação enquadrar-se na definição respectiva, o que se faz, por exemplo, mediante o uso de outros vocábulos, pela enumeração de critérios ou características essenciais para a identificação de determinado objeto, coisa ou situação, contribuindo, igualmente, para elucidar e iluminar o escopo da norma)²⁶⁻²⁷.

Em caráter exemplificativo, cite-se que, no art. 13 da IN RFB n. 2.161, dentre as etapas do delineamento da transação, diz-se que a análise funcional deverá considerar os seguintes elementos: as funções efetivamente desempenhadas pelas partes; a estrutura e a organização do grupo a que pertencem as partes, e como elas influenciam o contexto em que operam; como as funções desempenhadas pelas partes se inter-relacionam e contribuem com a cadeia de geração de valor do grupo; os direitos e obrigações de cada uma das partes ao realizar suas funções; a relevância econômica da função, em

²⁵ Para análise do inteiro teor da consulta pública, vide: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/receita-federal-abre-consulta-publica-sobre-instrucao-normativa-rfb-que-estabelece-as-regras-de-precos-de-transferencia>. Acesso em: 02 ago. 2023.

²⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 35.

²⁷ Para uma análise das definições conotativas e denotativas, vide: CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito (o construtivismo lógico-semântico)*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 55-56.

vista de sua frequência, natureza e valor para as partes da transação; e o tipo dos ativos utilizados, tais como máquinas, equipamentos, intangíveis valiosos ou ativos financeiros, sua natureza e seus atributos relevantes, tais como idade, vida útil e localização.

Relativamente às funções, a IN RFB n. 2.161 enumera, de modo denotativo e ilustrativo, as seguintes atividades: pesquisa e desenvolvimento; produção; montagem; extração; prestação de serviços; compras; vendas; armazenagem e estocagem; intermediação, distribuição e representação, marketing e publicidade; transportes; finanças e contabilidade; jurídico; crédito e cobrança; recursos humanos e treinamento; transporte e logística; e gestão (art. 13, § 2º).

Em relação às estratégias de negócios, a IN RFB n. 2.161, em seu art. 17, diz que podem ser considerados relevantes do ponto de vista econômico, de modo exemplificativo: inovação e desenvolvimento de novos produtos; grau de diversificação e de aversão a risco; adaptação às mudanças políticas; duração dos contratos e outros fatores que influenciem a condição diária dos negócios; e iniciativas temporárias de penetração de mercado.

As definições conotativas ou denotativas apresentadas na IN RFB n. 2.161 contribuem para delimitar as hipóteses e as circunstâncias de aplicação da lei. Contribuem, ademais, para mitigar dúvidas e diminuir espaço de arbítrio por partes das autoridades fiscais. As definições conotativas ou denotativas, nessas condições, limitam o trabalho criativo, realizado à margem das normas legais, que porventura as autoridades fiscais queiram realizar.

As definições conotativas ou denotativas afastam juízos de escolhas por fecharem espaços para o trabalho criativo? Ou, diversamente, nesse trabalho investigativo que o fisco pode empreender por meio de interpretação e aplicação de conceitos indeterminados, há espaço para discricionariedade? Parece-nos que, em algumas situações, há, sim, possibilidade de escolha. Uma delas já foi vista aqui, quando tratamos da transação prevista no art. 36. Mas há outras. Antes, porém, de abordá-las, cabem algumas considerações sobre a problemática dos conceitos indeterminados e da discricionariedade.

3. Os conceitos indeterminados e a discricionariedade no delineamento da transação, na análise de comparabilidade e na seleção do método mais apropriado

A doutrina diverge sobre a sinonímia ou interligação entre conceitos indeterminados e discricionariedade no direito administrativo.

Na Alemanha, desenvolveu-se a ideia de que os conceitos, mesmo quando vagos, gerais²⁸ ou imprecisos, são submetidos à intelecção, apreendendo-se seu significado, o qual é então avaliado à luz de cada caso concreto (subsunção). Nesse processo, acha-se, ao final, uma única resposta, uma única solução justa, motivos não havendo, de conseguinte, para falar-se em discricionariedade, ou em juízo de escolhas do administrador.

²⁸ Segundo Humberto Ávila, há vagueza do termo ou enunciado se existe dúvida quanto à aplicação de seu significado diante de possíveis casos-limite; há, por outro lado, genericidade do termo ou enunciado se puder ser aplicado a uma variedade de casos em razão da amplitude semântica de seu significado (ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros, p. 138-140).

Trata-se de pensamento não acolhido, na quadra atual, pela totalidade da comunidade alemã²⁹, mas que ganhou força na primeira década seguinte ao fim da Segunda Guerra Mundial, em virtude da desconfiança em relação à Administração Pública, justificando-se, pois, pelo desejo de se reduzir a discricção do Poder Executivo, permitindo-se, com isso, total controle do Judiciário diante de normas contendo conceitos fluidos, viabilizando-se, quando fosse o caso, a substituição das decisões da Administração Pública³⁰.

Para alguns autores, diferentemente, se a lei emprega conceitos indeterminados, abre-se espaço para discricionariedade, na medida em que a fluidez das expressões ou palavras da lei, por vezes, acaba permitindo mais de um comportamento do administrador.

É como pensa Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, nos conceitos fluidos existe uma *zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvida do cabimento da palavra que os designa, assim como há uma *zona de certeza negativa*, dentro da qual dita palavra certamente não se abriga. Dúvidas podem surgir no intervalo entre ambas³¹⁻³², ou no que podemos chamar de *zona de penumbra*. Nestas, talvez exista espaço para escolha. Ainda assim, a escolha deve estar dentro do que for razoavelmente admissível na intelecção dos conceitos imprecisos, não podendo o administrador desbordar do campo significativo possível das respectivas palavras, já que elas demarcam sua competência³³.

Regina Helena Costa sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados se dividem, dentre outros, em conceitos de experiência e em conceitos de valor. Nos primeiros, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna o conceito preciso, não lhe restando qualquer margem de liberdade para escolha de seu significado. Há, pois, vinculação, e não discricção, sendo amplo, ademais, o espaço para revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Quando o conceito é de valor, diversamente, uma vez feita a interpretação, e restando um campo nebuloso do conceito não eliminado pelo processo intelectual, cabe ao administrador defini-lo por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a discricionariedade. Neste caso, a apreciação do Judiciário é chamada pela autora de um “controle de contornos”, ou “de limites”, porque, se amplo fosse, poderia resvalar em ofensa à tripartição de poderes³⁴. É como pensa, também, Zanella Di Pietro³⁵.

²⁹ Nesse sentido, vide: KRELL, Andreas. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Recife: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, 2004. vol. 8, p. 177-224, p. 189-191.

³⁰ GERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 201.

³¹ A expressão “zona de penumbra” é empregada por nós, não tendo sido extraída do trabalho de Bandeira de Mello.

³² Humberto Ávila, em direção semelhante, adota as expressões “candidatos positivos”, “candidatos negativos” e “candidatos neutros”, à semelhança do que se chamou acima, respectivamente, de “zona de certeza positiva”, “zona de certeza negativa” e “zona de penumbra” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito: entre a indeterminação aparente e a determinação latente*. São Paulo: Malheiros, p. 76-77).

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 29-31.

³⁴ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* n. 29, junho de 1988, p. 98.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 118-119.

De modo semelhante, Andreas Krell diz haver conceitos de natureza empírica e descritiva, que se referem a objetos que participam da realidade, como “homem”, “animal”, “fruta”, “casa”, “óbito”, “doença”, “acidente”, “vermelho”. O conteúdo desses conceitos, segundo o autor, pode ser fixado objetivamente com recursos à experiência comum ou a conhecimentos científicos. Há menos espaço, assim, para discricção. Porém, há normas que empregam conceitos valorativos, como “interesse público”, “utilidade pública”, “urgência”, “pobreza”, “idoneidade pessoal”, “notório saber”, “conduta ilibada”, “bons costumes”, “valor histórico ou artístico”, “estética da paisagem” ou “condições ambientais salubres”. A interpretação e aplicação desses conceitos pelos órgãos administrativos, não raro, permite escolhas, colocando limites ao controle judicial³⁶.

Reputamos correto o entendimento de que, em alguns casos, conceitos indeterminados podem resultar, após sua intelecção e subsunção, em mais de uma solução justa, permitindo, quando a lei o autorizar, decisão discricionária de órgãos da administração. É o que pode acontecer na Lei n. 14.596 quando alude a uma série de conceitos de valor, a exemplo de “esforços razoáveis”, “critérios coerentes e razoavelmente justificáveis”, “características economicamente relevantes”, “opções realisticamente disponíveis”, “riscos economicamente significativos”, “transações comparáveis mais confiáveis”, “comportando-se de maneira comercialmente racional” etc. Vejamos com mais detalhes.

Viu-se que, dentre as etapas do delineamento da transação, destaca-se a análise funcional, a qual compreende a avaliação das funções desempenhadas pelas partes da transação, considerados os ativos utilizados e os riscos economicamente significativos assumidos (art. 7º, inciso II). Ilustremos, a partir de exemplo fornecido pela OCDE, juízos valorativos que podem ocorrer no exame da assunção de riscos por cada uma das partes da transação controlada.

A OCDE descreve hipótese em que a empresa A contrata B para realizar parte de pesquisa em seu nome. Nas etapas de identificação dos riscos economicamente significativos e de avaliação contratual dos riscos assumidos por cada parte, nota-se que A assume o risco de desenvolvimento. Na etapa seguinte, analisa-se qual das partes – e em qual medida – detém capacidade e autoridade para suportar os riscos e tomar decisões em relação a eles. Vê-se que A possui capacidade e autoridade para tomar uma série de decisões relevantes sobre se e como assumir o risco de desenvolvimento (e.g., decisão de realizar parte do trabalho de desenvolvimento propriamente dito; decisão de buscar especialista; decisão de contratar certo pesquisador; decisão do tipo de pesquisa a ser realizada e os objetivos atribuídos a ela; e decisão do orçamento alocado para B). Ainda, A mitiga risco tomando medidas para terceirizar atividades de desenvolvimento para B – que assume responsabilidade de realizar a pesquisa sob o controle de A. B reporta a A periodicamente; A avalia o progresso do desenvolvimento e se seus objetivos contínuos estão sendo alcançados, decidindo se investimentos estão adequados. A tem capacidade financeira para assumir o risco. B não tem capacidade de avaliar o risco de desenvolvi-

³⁶ KRELL, Andreas. *Discricionariade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Recife: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, 2004. vol. 8, p. 177-224, p. 184.

mento e de tomar decisões sobre as atividades de A. Risco de B é garantir execução das atividades de pesquisa com competência³⁷.

Sucedee, então, a *alocação de risco*, conforme o controle e a capacidade financeira das partes para assunção do referido risco. Se várias empresas exercerem controle e tiverem capacidade financeira, então o risco deve ser alocado para a empresa ou o grupo de empresas que exercem maior controle. As demais partes que exercem controle devem ser remuneradas de forma adequada, levando em conta a importância das atividades de controle realizadas³⁸.

Segundo a OCDE, *assunção* de risco e *mitigação* de risco devem ser adequadamente remuneradas – i.e., contribuinte que assume e mitiga risco terá direito a maior remuneração do que contribuinte que apenas assume risco, ou apenas o atenua, mas não faz ambos. No mesmo exemplo, A assume e controla o risco de desenvolvimento e deve arcar com a responsabilidade financeira das consequências do fracasso, desfrutando, também, das consequências financeiras do sucesso. B deve ser adequadamente recompensada pela execução de seus serviços de desenvolvimento e pelos riscos de não o fazer de modo adequado³⁹.

Se o exemplo acima dado, tal como descrito, parece não abrir espaço para que se considere que a capacidade e a autoridade para lidar com o risco estão com outra pessoa, que não A, diferente seria se decisões relevantes acerca do desenvolvimento do produto fossem repartidas entre A e B e se a capacidade financeira de ambas fosse robusta. Assumindo que, nessa hipótese, o sujeito passivo reputasse que a quase totalidade do risco estaria com B, alocando-lhe remuneração compatível com essa análise funcional, talvez sua avaliação ficasse sujeita a escrutínio do fisco.

Como a autoridade administrativa agiria em relação à compreensão do que se entende, no caso concreto, por “riscos economicamente significativos assumidos”? Talvez a interpretação dessa expressão comporte *mais de uma resposta razoável* à luz da situação concreta. Nesse caso, caberia ao fisco a alocação de riscos e, assim, a definição de remuneração das partes compatível com tal alocação, segundo seu juízo intelectual e volitivo. Caberia, nesse contexto, atuação discricionária, observada, em qualquer caso, a moldura do conceito indeterminado empregado pelo legislador (i.e., “riscos economicamente significativos assumidos”).

Vamos além. Como explica a OCDE, em alguns casos, a aplicação do método mais apropriado produz resultados variados, todos igualmente confiáveis. As diferenças se justificam, grosso modo, porque o princípio *arm's length* não é fruto de uma ciência exata. Para ilustrar o que afirma, OCDE descreve situação em que dois métodos são potencialmente capazes de atingir graus semelhantes de comparabilidade⁴⁰. Porém, nesse

³⁷ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 58-60. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

³⁸ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 64. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

³⁹ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 64-65. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁴⁰ Na Lei n. 9.430, o contribuinte pode escolher o método que lhe aprouver, não sendo necessário que faça uso do “método mais apropriado”. Ademais, a desqualificação do método eleito pelo contribuinte somen-

caso, cada método produz um resultado ou uma série de resultados que difere um do outro, dada a diferença existente na natureza dos métodos e nos dados e informações considerados relevantes para aplicação de cada um deles. Não há soluções apriorísticas, como adverte a OCDE⁴¹.

A OCDE prossegue afirmando que, quando houver um leque de possíveis resultados, todos eles igualmente razoáveis e confiáveis, em alguns casos, talvez a autoridade fiscal, ouvido o sujeito passivo, tenha que escolher um dentre os vários resultados. Poder-se-ia argumentar que qualquer ponto desse leque, ou dessa faixa de resultados, seria suficiente para atender ao princípio *arm's length*⁴² – sendo isso verdadeiro, o fisco, a todo rigor, poderia fazê-lo em juízo de conveniência e oportunidade, se a lei o permitir.

Avaliações discricionárias, de fato, têm lugar quando a legislação alude ao “método mais apropriado”. Em que pese todos eles sejam direcionados a revelar como partes independentes atuariam, na verdade o resultado da aplicação deles pode variar. Os métodos de preços de transferência mais diretos – o método do preço independente comparável (PIC) – dão menos espaço para interpretação e escolhas do que os métodos menos diretos – como o método de divisão de lucros (MDL), o qual pode dar azo a interpretações e resultados diversos acerca dos rendimentos sujeitos ao desdobramento, da forma de sua alocação ou da avaliação da contribuição relativa de cada parte para a divisão dos lucros⁴³.

Para arrematar, o art. 8º da Lei n. 14.596 merece destaque. De acordo com o referido dispositivo, quando se concluir que partes não relacionadas, *comportando-se de maneira comercialmente racional*, consideradas *as opções realisticamente disponíveis*, não teriam realizado a transação controlada conforme havia sido delineada, esta poderá ser desconsiderada ou substituída por uma transação alternativa, com o objetivo de determinar os termos e as condições que seriam estabelecidos por partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis e agindo de *maneira comercialmente racional*.

Note-se que, à luz do referido dispositivo, o fisco pode desqualificar a transação controlada ou seu delineamento. Se o fizer, será por meio da interpretação e integração de conceitos indeterminados, fluidos ou imprecisos, que carregam elevado grau de subjetividade⁴⁴. O que são comportamentos irracionais do ponto de vista comercial? E o que são opções realisticamente disponíveis? Quanto às últimas, e se houver duas ou mais opções? O fisco pode escolher dentre elas? Se o fizer, qual critério norteará a escolha?

te cabe se não forem apresentados documentos e informações necessários à averiguação dos cálculos (art. 20-A).

⁴¹ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 165-166. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2022.

⁴² OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 166. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 11 set. 2022.

⁴³ MONSENEGO, Jérôme. *Selectivity in State Aid Law and the methods for the allocation of the corporate tax base*. Chapter 5: Prima facie selectivity of a generally formulated arm's length provision. Amsterdam: Wolkers Kluwer, 2022, p. 127.

⁴⁴ Sobre a elevada dose de subjetividade que o fisco pode empregar na definição das opções realisticamente disponíveis, vide: AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, março/abril de 2020, p. 112-122; NAVARRO, Aitor. *Transactional adjustments in transfer pricing*. Amsterdam: IBFD Doctoral Series, vol. 40, 2018.

No caso Norway vs. Hess Norge, julgado em 2017, analisou-se mútuo celebrado em 2006, em dólares norte-americanos, com vencimento em 2011, e juros pactuados em Libor com acréscimo de 1%. Em 2009, quase dois anos antes do vencimento, o mútuo foi renegociado, alterando-se a moeda, de dólares norte-americanos para coroa norueguesa. Os juros foram igualmente repactuados, passando a ser adotada a taxa Nibor por três meses, acrescida de 4,5%. Deu-se, assim, um aumento na taxa de juros devida pela empresa norueguesa, Hess Norge⁴⁵.

O fisco entendeu que partes independentes não teriam renegociado o contrato de mútuo anos depois de sua celebração, aumentando os respectivos juros. A acusação fiscal foi mantida, não obstante o contribuinte tenha demonstrado e esclarecido que, entre 2006 e 2009, acumulou variação cambial negativa em montante elevado, muito superior ao valor resultante do aumento da taxa de juros estabelecida em 2009. Quer dizer, a repactuação objetivava, dentre outras razões, conter a exposição cambial da empresa norueguesa.

A repactuação, nessas condições, tinha uma justificativa a princípio legítima e razoável, *à vista* das opções realisticamente disponíveis, além de não ser uma transação comercialmente irracional. Contudo, essa justificativa não foi aceita. Procedeu a autoridade fiscal à escolha daquilo que lhe parecia ser mais racional, comercialmente, e disponível, diante de opções postas à disposição de partes independentes.

A escolha das “opções realisticamente disponíveis”, como bem pondera Ramon Tomazela Santos, substitui a sabedoria empresarial do contribuinte pela da autoridade fiscal, mesmo que o negócio empreendido pelo contribuinte não contenha quaisquer falhas⁴⁶. *Há sério risco de que nesses casos, a discricão, se exercida, leve a exageros ou desvios, à margem dos contornos mínimos fornecidos pelas expressões – imprecisas, é verdade – empregadas em nossa legislação.*

Parece-nos que, nessa tentativa de limitar possíveis arbítrios das autoridades fiscais, na IN RFB 2.161 introduziu-se o termo “claramente” na norma que cuida das opções realisticamente disponíveis, termo esse que não constava na minuta da IN submetida à consulta pública. Realmente, no art. 10 da IN RFB n. 2.161 encontra-se o seguinte:

“Art. 10. Em observância ao princípio do art. 2º, no delineamento da transação controlada, serão consideradas as opções realisticamente disponíveis para cada uma das partes da transação controlada, de modo a avaliar a existência de outras opções que *claramente* poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes e que teriam sido adotadas caso a transação tivesse sido realizada entre partes não relacionadas, inclusive a não realização da transação.” (Destacamos)

⁴⁵ SANTOS, Ramon Tomazela. Transfer pricing reform in Brazil and “options realistically available”: new tax disputes ahead?. *International Tax News, Transfer Pricing News – TP News*. Disponível em: Transfer Pricing Reform in Brazil and ‘Options Realistically Available’: New Tax Disputes Ahead? – International Tax News, Transfer Pricing News – TP News. Acesso em: 17 set. 2023.

⁴⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. Transfer pricing reform in Brazil and “options realistically available”: new tax disputes ahead?. *International Tax News, Transfer Pricing News – TP News*. Disponível em: Transfer Pricing Reform in Brazil and ‘Options Realistically Available’: New Tax Disputes Ahead? – International Tax News, Transfer Pricing News – TP News. Acesso em: 17 set. 2023.

Na mesma trilha, dispondo que não se pode colher qualquer opção realisticamente disponível, mas somente aquela *excelente*, que claramente teria sido adotada por partes não relacionadas, o § 5º do art. 19 da IN RFB n. 2.161 acrescenta que:

“A desconsideração ou substituição deverá ser efetuada caso se configure que uma parte não relacionada, ao negociar um contrato ou continuar um negócio em andamento, teria optado por outra alternativa realisticamente disponível e comercialmente racional que seja *claramente* mais vantajosa, incluindo sua denúncia ou renegociação, em especial no caso de contratos de longa duração.” (Destacamos)

Ainda nessa tentativa de fechamento de espaços para exageros, o art. 19 diz que, “a estrutura da transação substituta deve diferenciar-se da estrutura da transação substituída no *limite necessário* para refletir a opção” realisticamente disponível (destacamos).

No entanto, indo além, avançando àquilo que está contido na lei, acresceu-se ao art. 19 o § 6º, segundo o qual “A racionalidade comercial não poderá ser justificada com base no fato de uma opção ser mais vantajosa do ponto de vista fiscal ou de quaisquer outros interesses não comerciais”. A RFB tenta endereçar o tema das razões não tributárias dos negócios – objeto de grande contencioso tributário relacionado a planejamentos fiscais – quando regulamenta as opções realisticamente disponíveis – como se partes não relacionadas deixassem de considerar motivos não tributários quando da tomada de decisões empresariais. A legalidade dessa norma, portanto, é duvidosa.

Sem prejuízo das possíveis críticas cabíveis, há de se reconhecer que, diante da vagueza e da abertura de tantas normas contidas na Lei n. 14.596, a apresentação de definições conotativas e denotativas, que fechem espaço para arbítrio, é alvissareira⁴⁷.

As definições contidas na IN RFB n. 2.161 encontram ressonância nos substanciosos estudos da OCDE. Ocorre que os referidos estudos, segundo Juan Zornoza, em que pese pudessem servir de instrumento para reduzir a discricionariedade das autoridades fiscais, na prática, não representam resposta juridicamente satisfatória, capaz de fornecer certeza para grupos multinacionais – ao menos não em todas as jurisdições. As autoridades fiscais, segundo o autor, tendem a aplicar as orientações da OCDE de modo tendencioso, sem considerar se o resultado dessa atividade atende ao princípio *arm's length* – o que, infelizmente, ocorre com mais frequência do que o desejável⁴⁸.

A adoção de diversos conceitos indeterminados pela Lei n. 14.596, cuja interpretação pode dar azo a dois ou mais resultados, todos eles igualmente razoáveis, acaba autorizando que o fisco prefira um resultado a outro(s). Nesses casos, permite-se escolha, em juízo discricionário – o que tende a trazer insegurança, a despeito da tentativa da RFB de delimitar a indeterminação conceitual por meio de definições conotativas e denotativas. Seja como for, certo é que tais escolhas não são totalmente livres, como veremos abaixo.

⁴⁷ Como aduz Humberto Ávila, a genericidade ou a generalidade de sentido de termos e enunciados podem ser sensivelmente diminuídas por meio da “introdução de enunciados normativos com função especificadora em diplomas normativos de hierarquia inferior” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da indeterminação no direito*: entre a indeterminação aparente e a determinação latente. São Paulo: Malheiros, p. 138).

⁴⁸ ZORNOZA, Juan. Preface. In: NAVARRO, Aitor. *Transactional adjustments in transfer pricing*. Amsterdam: IBFD Doctoral Series, vol. 40, 2018, p. xvii e xviii.

4. A experiência internacional e os limites encontrados na Lei n. 14.596

Em algumas jurisdições, fala-se em autuação discricionária (*discretionary assessment*). Isso ocorre, por exemplo, na Dinamarca, na Noruega e na Suíça. Mas a discricção não pode ser feita aleatória ou arbitrariamente pelas autoridades fiscais. Há limites legais.

Na Dinamarca, a discricionariedade é autorizada em situações específicas, notadamente diante de falhas documentais, como ausência de material de suporte ou material insuficiente⁴⁹. A lei local diz, textualmente, que o fisco pode, em tais circunstâncias, agir com discricção. Se a falta de documentação parece ser um critério mais simples de diagnóstico sobre a possibilidade do uso da discricção, a documentação inadequada, por sua vez, depende de juízos valorativos sobre seu conteúdo. A rigor, não é qualquer deficiência que enseja ajustes por parte do fisco. Somente a deficiência qualificada, substancial, pode dar azo a alocações de lucro distintas daquelas porventura feitas pelo contribuinte. Assim, por exemplo, caso não haja consistência entre o que foi descrito na documentação e sua implementação propriamente dita, pode haver espaço para autuação discricionária, como decidido pelo Tribunal Tributário Dinamarquês⁵⁰. Com isso, inverte-se o ônus da prova, trazendo custos adicionais às entidades.

Na Noruega, admite-se autuação discricionária se o fisco identificar que o patrimônio ou a renda do contribuinte foram reduzidos em razão da comunhão de interesses entre as partes envolvidas na transação – ou seja, quando o preço não for *arm's length*. Se isso acontece, em uma primeira etapa, o fisco deve demonstrá-lo e, em seguida, deve arbitrar, de modo discricionário, qual deveria ter sido o preço para efeitos fiscais. Nessa segunda etapa, a revisão judicial do ato administrativo é limitada, cingindo-se ao reexame (i) dos fatos e circunstâncias; (ii) da adequada aplicação de normas jurídicas e (iii) de abuso de autoridade⁵¹. A despeito de limitada, a Suprema Corte Norueguesa já a admitiu⁵².

Na Suíça, a revisão de uma autuação discricionária é igualmente limitada, estando autorizada somente se a lei for violada, é dizer, se houver excesso ou uso abuso da discricção. Se o contribuinte a questionar, deve lograr provar os fatos e circunstâncias reais da transação, ou demonstrar que o fisco efetuou estimativa “obviamente incorreta”, mediante uso abusivo ou arbitrário da discricionariedade, decorrente, por exemplo, do uso de *métodos inadequados* ou inconciliáveis com o caso concreto⁵³.

⁴⁹ Nesse sentido, vide: Denmark vs Tetra Pak Processing Systems A/S, April 2021, Supreme Court, Case No. BS-19502/2020-HJR, j. 26.04.2021. Disponível em: https://tpguidelines-com.translate.google.com/wp-content/uploads/DA-vs-TetraPak-2021-Supreme-Court.htm?_x_tr_sl=da&_x_tr_tl=auto&_x_tr_hl=auto&_x_tr_pto=nui,se,elem. Acesso em: 14 set. 2023.

⁵⁰ KJÆRSGAARD, Louise Fjord; TELL, Michael; NIELSEN, Henrik Gulddammer. Transfer pricing – Status på skønsmæssige ansættelser. Disponível em: <https://corit-advisory.com/wp-content/uploads/2019/11/Transfer-pricing-Status-p%C3%A5-sk%C3%B8nsm%C3%A6ssige-ans%C3%A6ttelser.pdf>. Acesso em: 14 set. 2023.

⁵¹ ASLAKSEN, Emilie; BROWN, Oscar. Norway rules on the exercise of discretionary assessments in TP cases. Disponível em: <https://www.internationaltaxreview.com/article/2a6a6hc75o0vl0cxdi60w/norway-rules-on-the-exercise-of-discretionary-assessments-in-tp-cases>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁵² Nesse sentido, vide: Norway vs A/S Norske Shell, May 2020, Supreme Court, Case No HR-2020-1130-A. Disponível em: <https://tpguidelines.com/norway-vs-a-s-norske-shell-may-2020-supreme-court-case-no-hr-2020-1130-a/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁵³ Nesse sentido, vide: Switzerland vs AAG, September 2021, Administrative Court, Case No SB.2020.00011/12

Na legislação brasileira, parece haver algo semelhante ao que foi descrito até aqui sobre a possibilidade de o fisco, segundo seu juízo, e diante de uma série de conceitos indeterminados, avaliar o cumprimento do princípio *arm's length*.

A Lei n. 14.596 não alude à discricionariedade. Porém, admite que o fisco questione o preço de transações controladas. De acordo com o art. 17, inciso II, o fisco pode efetuar o chamado “ajuste primário”, alterando o preço da transação controlada para efeito de apuração do IRPJ e da CSL com vistas a atender ao princípio *arm's length*. Ainda, nos termos do art. 34, § 1º, se o sujeito passivo deixar de fornecer informações necessárias ao delineamento preciso da transação controlada ou à realização da análise de comparabilidade, cabe à autoridade fiscal: (i) alocar à entidade brasileira as funções, os ativos e os riscos atribuídos a outra parte da transação controlada que não possuam *evidências confiáveis* de terem sido efetivamente por ela desempenhadas, utilizados ou assumidos; e (ii) adotar *estimativas e premissas razoáveis* para realizar o delineamento da transação e a análise de comparabilidade⁵⁴.

Nas situações descritas no art. 34, o fisco pode promover juízos de escolhas. A lei defere que o faça se o contribuinte deixar de fornecer informações necessárias à fiscalização acerca do cumprimento da Lei n. 14.596. Cabe-lhe, nesses casos, adotar “estimativas e premissas razoáveis” para chegar ao preço *arm's length*.

Note-se, porém, que a interpretação e aplicação dos diversos conceitos indeterminados contidos na lei deve ser feita pelo fisco em *caráter residual*. O que isso quer dizer? Significa que os conceitos indeterminados que permeiam o delineamento da transação, a análise de comparabilidade e a escolha do método mais apropriado são vocacionados a fundamentar a atuação do sujeito passivo. Por outros termos, trata-se de normas dirigidas ao contribuinte. Então, se discricionariedade há, porque juízos de escolhas são permitidos, ela é atribuível, em um primeiro momento, ao sujeito passivo. Somente se o contribuinte não prestar informações necessárias e suficientes para o controle de preços de transferência, ou se o fisco discordar do posicionamento do contribuinte em torno da observância ao princípio *arm's length* é que terá lugar sua atuação discricionária.

Em qualquer caso, se o fisco fizer uso da discricionariedade no controle de preços de transferência quando lhe couber, deve assegurar o cumprimento da finalidade da lei, não podendo confundi-la com maior arrecadação. A finalidade da Lei n. 14.596 está estampada em seu art. 2º: busca-se o padrão *arm's length*, evitando-se, assim, o deslocamento de lucros, ativos e passivos entre jurisdições. No atendimento a esse princípio, cabe ao fisco buscar, não a solução boa, ou ótima, mas a solução excelente ao caso concreto. Excelente não significa buscar, sempre, o maior IRPJ e a maior CSL a pagar, em benefício dos cofres públicos.

Poder-se-ia querer sustentar que o *prestígio* a uma maior arrecadação estaria no escopo da Lei n. 14.596, a uma porque o controle de preços de transferência busca preservar as bases tributárias brasileiras; e a duas porque isso decorreria da observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

and SB.2020.00014/15. Disponível em: <https://tpguidelines.com/switzerland-vs-a-ag-september-2021-administrative-court-case-no-sb-2020-00011-12-and-sb-2020-00014-15/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁵⁴ Se o fisco não aceitar o procedimento do contribuinte e, pois, divergir em relação ao princípio *arm's length*, poderá transacionar, na forma do já citado art. 36.

Primeiro, a preservação das bases tributárias nacionais constitui, sim, objetivo da legislação de preços de transferência. Porém, essa preservação não pode ser concebida como um “fim em si mesma”. Para que se saiba se nossas bases estão, de fato, sendo erodidas, faz-se necessário, antes, investigar o cumprimento do padrão *arm's length*. Não fosse assim, bastaria a lei ter dito “aloque todo ou o máximo de lucro possível no país”. Mas não o fez. Aludiu ao padrão *arm's length* – este é o meio para que se verifique a preservação, ou não, de nossas bases tributáveis. Daí ter-se afirmado linhas atrás que a lei busca, em qualquer situação, identificar se a transação obedece àquilo que partes independentes fariam. Isso é o que se busca, e não arrecadação a qualquer custo, contrária ao aludido princípio e, quiçá, a direitos fundamentais.

Segundo, tomemos cuidado com o dogma da supremacia do interesse público sobre o particular. Trata-se de princípio, de há muito, questionado pela comunidade jurídica. Interesse público e interesse privado são tutelados por nosso sistema constitucional. Ambos estão imbricados e dependem um do outro. Nesta imbricação, ou neste entrelaçamento, não se há de conceber que um seja superior ao outro. Na verdade, atingir interesse público é, dentre outras coisas, prestigiar direitos individuais e, consequentemente, tutelar o interesse privado, a bem da coletividade⁵⁵.

Mas não só. Não há um “interesse público de arrecadar”⁵⁶. Há, na verdade, o interesse público de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que preserve a dignidade humana, a igualdade e a livre iniciativa. Para promover esses objetivos, em benefício do bem comum, é necessário arrecadar, inclusive, e especialmente, por meio da tributação. Ocorre que, insista-se, não se tributa a qualquer custo. Pelo contrário: tributa-se segundo a capacidade contributiva emoldurada em lei, lei essa cujos quadrantes acabam por demarcar o fato gerador do tributo, em respeito, sempre, às regras atributivas de competência e aos direitos fundamentais.

No caso de preços de transferência, cujos contornos estão delineados em lei, a tributação segundo a capacidade contributiva é aquela feita em conformidade com o princípio *arm's length*, não se podendo dele transbordar em prestígio a um suposto – e incorreto – “interesse público de arrecadar”.

Sobre a correlação entre a capacidade contributiva e o princípio *arm's length*, o Professor Luís Eduardo Schoueri ensina que a racionalidade da legislação de preços de transferência está em reconhecer que os lucros apurados por empresa que não transaciona com partes relacionadas são “expressão da renda auferida” por traduzirem “preços de mercado”, funcionando, por esse motivo, como elemento indicativo da capacidade contributiva. Já os lucros apurados por empresas que transacionam com partes relacionadas podem não refletir sua renda ou, ao menos, “não o mesmo lucro que seria revelado em condições de mercado”⁵⁷. Daí o preço de mercado ser utilizado como medida de

⁵⁵ É o que ensina e defende Martha Toribio Leão, com apoio em outros juristas, como o Professor Humberto Ávila (LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 195-199).

⁵⁶ Nesse sentido, vide: LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 197-199.

⁵⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *O arm's length como princípio ou standard jurídico*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO;

comparação, em atendimento à capacidade contributiva. O parâmetro *arm's length*, conclui o Professor Schoueri, “surge, pois, como a chave de conversão dos preços de grupo para preços de mercado”⁵⁸.

Como se disse acima, sendo oportuno repetir, para que a tributação ocorra dentro dos contornos legais, segundo a capacidade contributiva e, assim, com observância ao princípio *arm's length*, atendendo-se àquela “chave de conversão”, cabe ao fisco perquirir, também quando lhe couber agir com discricionariedade, *não a solução boa, ou ótima, mas a solução excelente ao caso concreto*. Atendido estará, nesse caso, o interesse público.

Para nós, tem razão Bandeira de Mello quando ensina que, mesmo na discricionariedade, exige-se que a conduta do administrador atenda “excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveleta para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto.”⁵⁹ E complementa: “Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”⁶⁰.

Por isso, se a lei deferir, em caráter residual, *espaços de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*, o fisco poderá realizar juízo de escolha, desde que observe os núcleos semânticos mínimos dos termos e expressões empregados no texto e desde que atenda, excelentemente, à sua finalidade, qual seja, a maior e melhor aproximação ao *arm's length*, preservadas que estarão as bases tributárias nacionais, segundo o critério eleito pelo legislador para essa aferição.

5. Conclusões

A Lei n. 14.956 introduziu normas de controle de preços de transferência substancialmente distintas daquelas constantes da Lei n. 9.430. Substituíram-se fixidez e rigidez por abertura, fluidez e indeterminação. Abandonou-se, em larga medida, a praticabilidade em prol do princípio *arm's length*.

A Lei n. 14.596, estando permeada por conceitos indeterminados, pode dar azo à atuação discricionária do fisco se a interpretação daqueles conceitos no caso concreto puder resultar em mais de uma solução justa. É verdade que a lei não confere ampla liberdade para as autoridades fiscais agirem por conveniência e oportunidade. Os conceitos indeterminados relacionados ao delineamento da transação, à análise de comparabilidade e à escolha do método mais apropriado são vocacionados a fundamentar a atua-

Paulo César Teixeira (org.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 210.

⁵⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. O *arm's length* como princípio ou *standard* jurídico. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.); CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; DUARTE FILHO; Paulo César Teixeira (org.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 211.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35.

ção do sujeito passivo. Somente se o contribuinte não prestar informações necessárias e suficientes para o controle de preços de transferência, ou se o fisco discordar do posicionamento do contribuinte em torno da observância ao princípio *arm's length* é que terá lugar sua atuação discricionária.

Sem prejuízo, se o fisco fizer uso da discricção no controle de preços de transferência quando lhe couber, deve assegurar o cumprimento da finalidade da lei, não podendo confundi-la com maior arrecadação. A finalidade da Lei n. 14.596 está estampada em seu art. 2º: é buscar padrão *arm's length*, evitando-se, assim, o deslocamento de lucros, ativos e passivos entre jurisdições. No atendimento a esse princípio, cabe-lhe buscar, não a solução boa, ou ótima, mas a solução excelente ao caso concreto. Por outros termos, quando ao fisco for autorizado realizar juízo de escolha, é necessário que observe os núcleos semânticos mínimos dos termos e expressões empregados no texto e que, mais, atenda, excelentemente, à sua finalidade, qual seja, a maior e melhor aproximação ao *arm's length*, preservadas que estarão as bases tributárias nacionais, segundo o critério eleito pelo legislador para essa aferição.

Esses apontamentos, longe de servirem para solucionar controvérsias que certamente advirão da interpretação e aplicação da Lei n. 14.956, prestam-se a estabelecer balizas mínimas à discricionariiedade do fisco.

Ainda o Caso Volvo e a Questão da não Discriminação nos Acordos Internacionais para evitar a Dupla Tributação

João Francisco Bianco

Tendo sido convidado pelo amigo Fernando Zilveti a participar deste livro em justíssima homenagem aos 20 anos de titularidade do Professor Luís Eduardo Schoueri, fiquei meditando por alguns dias sobre qual tema escrever. Lembrei-me, então, que na 13ª Assembleia da International Association of Tax Judges, realizada em Haia em setembro, houve um painel específico, coordenado por Philippe Martin, sobre não discriminação nos acordos internacionais para evitar a dupla tributação.

Como todos sabemos, esse assunto foi objeto de exame pelos nossos tribunais superiores alguns anos atrás, no julgamento do chamado Caso Volvo. E o resultado final acabou criando um certo ar de frustração na comunidade acadêmica. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu contrariamente ao entendimento majoritário da doutrina, em acórdão pobremente fundamentado, e quando se esperava que o Supremo Tribunal Federal (STF) fosse reverter a decisão, o Plenário daquele tribunal deixou de apreciar o mérito da questão, sob o argumento de que, para isso, seria necessário o exame da legislação infraconstitucional, vedada em sede de recurso extraordinário.

Pois bem. Motivado pela ocorrência do painel e ainda inconformado com a decisão do STJ, resolvi examinar como os tribunais tributários de outros países enfrentaram o tema da não discriminação nos acordos internacionais, especialmente no que diz respeito à possibilidade da discriminação entre residentes e não residentes no país.

Assim, apoiado em pesquisa realizada no banco de dados do International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), com a ajuda do querido amigo Wim Wijnen, localizamos 11 acórdãos de tribunais dos mais diferentes países sobre o tema. Sete deles não guardavam relação com o Caso Volvo. Mas quatro tinham o mesmo objeto.

Diante disso, optei por escrever este trabalho examinando o tema da não discriminação nos acordos internacionais. É o que farei a seguir. Antes, porém, apresentarei um resumo dos fatos do chamado Caso Volvo e do fulcro da questão que foi objeto de decisão pelos nossos Tribunais.

Volvo do Brasil Veículos Ltda., sociedade com sede no Brasil, pagou dividendos à sua controladora na Suécia em 1993. Os pagamentos de dividendos feitos a beneficiários no Brasil estavam isentos de tributação por força do previsto no art. 75 da Lei n. 8.383, de 1991. Mas os pagamentos de dividendos feitos a beneficiários no exterior sofriam a incidência do imposto na fonte, conforme previsto no art. 77 dessa mesma lei. Com efeito, esse dispositivo tinha a seguinte redação:

“estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, os lucros ou dividendos, distribuídos por fonte localizada no País em benefício de *pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior*” (destaques nossos).

Como se vê, a distribuição de dividendos a beneficiário residente no Brasil, na época, era isenta de tributação. Somente os pagamentos feitos a residente no exterior é que estavam sujeitos à incidência do imposto na fonte. Havia, portanto, uma evidente discriminação entre beneficiários residentes no país e beneficiários residentes no exterior.

A empresa então insurgiu-se contra essa discriminação, alegando ofensa ao disposto no art. 24 do Acordo para evitar a dupla tributação firmado entre o Brasil e a Suécia, que tem a seguinte redação:

“1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.”

A leitura do dispositivo transcrito indica que o tratado proíbe o tratamento desigual, mais gravoso, entre o nacional de um Estado e o nacional do outro Estado, desde que ambos se encontrem “na mesma situação”. Ou seja, não se pode exigir mais tributo do nacional de um Estado, pelo simples fato de ele ser nacional desse Estado. O imposto mais gravoso somente pode ser cobrado do nacional de um Estado que se encontre em situação diferente do nacional do outro Estado. Se ambos estiverem “na mesma situação” não há que se falar em tributação mais gravosa para um em comparação com o outro.

A questão que se coloca, então, é se o nacional residente de um Estado encontra-se “na mesma situação” que o nacional não residente desse mesmo Estado, a ponto de justificar a aplicação da vedação imposta pelo art. 24 do Tratado entre o Brasil e a Suécia. Em outras palavras, o art. 24 do Tratado proíbe o tratamento mais gravoso do sueco residente no Brasil em comparação com o brasileiro residente no Brasil, mas ele proibiria também o tratamento mais gravoso do sueco residente na Suécia em relação ao brasileiro residente no Brasil? Estaria o sueco residente no Brasil na “mesma situação” que o sueco residente na Suécia? Poderia a lei interna brasileira discriminar o residente na Suécia com tratamento tributário mais gravoso do que o residente no Brasil, sem desprezar o art. 24?

Essa questão foi examinada em primeiro lugar pelo STJ, no REsp n. 426.945, de 22 de junho de 2004. Nesse acórdão, a Primeira Turma do STJ concluiu, por maioria, que “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”.

O exame do voto do Ministro José Delgado, que proferiu o voto vencedor, demonstra que aquela turma não se preocupou em fazer um exame detalhado do disposto no art. 24 do Tratado entre Brasil e Suécia, nem em se pronunciar sobre o que se deve entender por “na mesma situação”, como consta na parte final daquele dispositivo.

O ministro, na verdade, fundamentou seu voto na impossibilidade genérica de haver discriminação entre o capital nacional e o capital estrangeiro. Confirma-se a transcrição do seguinte trecho do seu voto:

“O Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de equiparação de tratamento, nos termos do art. 2º da Lei n. 4.131/62, o qual foi recepcionado pelo art. 172 da Constituição vigente. Não estou fundando o voto em normas constitucionais e, sim,

em princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Com base nesses preceitos, estou interpretando as normas infraconstitucionais postas em discussão. Por existir um tratamento equiparado, legalmente reconhecido no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, que, embora se dirija, de modo explícito, à ordem interna, também é dirigido às relações externas. Não há distinção entre residentes e não residentes, critério utilizado pela Lei n. 4.131/62.”

É bem verdade que o Ministro Teori Zavascki, vencido, redigiu voto bem fundamentado, examinando em detalhes o disposto no art. 24 do Tratado, inclusive o que se deve entender pela expressão “na mesma situação”. Confirma-se:

“Estatui-se que um Estado contratante não pode estabelecer ao nacional do outro Estado ‘tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa’ do que a estabelecida aos nacionais do primeiro Estado, desde que estejam na mesma situação. *Há significativa diferença entre um nacional estar domiciliado em seu Estado de origem ou no Estado estrangeiro* – tanto que a Convenção, em diversas oportunidades, estabeleceu regras específicas para disciplinar a situação do nacional residente em seu Estado de origem quanto a fatos jurídicos ocorridos no Estado estrangeiro.” (Destques nossos)

O entendimento do Ministro Teori acabou sendo seguido apenas pelo Ministro Luiz Fux. Os demais acompanharam o Ministro José Delgado.

No STF a matéria começou sendo apreciada com o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 460.320, de 5 de agosto de 2020, que examinou o mérito da questão e concluiu que a decisão do STJ teria confundido indevidamente nacionalidade com residência. Isso porque o objeto do art. 24 do Tratado é a vedação à discriminação da *nacionalidade* do beneficiário do rendimento, enquanto o art. 77 da Lei n. 8.383 impõe tributação mais gravosa a *residente* no exterior, independentemente da sua nacionalidade. Não teria havido, portanto, qualquer desrespeito da lei interna ao disposto no Tratado firmado entre Brasil e Suécia. Correta, portanto, a exigência do imposto na fonte sobre os dividendos pagos à controladora da empresa no exterior, ainda que os dividendos pagos a acionistas no Brasil fossem isentos.

O entendimento do Ministro Gilmar Mendes, no entanto, não prevaleceu e ao final o Plenário do STF decidiu não apreciar o mérito da questão, tendo em vista que a análise do mérito exigiria o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional, o que não seria permitido em sede de recurso extraordinário. Assim, o entendimento do STJ acabou prevalecendo.

Não me parece imune a críticas o entendimento do STJ.

Na doutrina, em artigo publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 6 (p. 7), o saudoso Professor Alcides Jorge Costa foi direto ao ponto, como era seu costume, criticando Luiz Mélega e outros que haviam sustentado ser a tributação mais gravosa do art. 77 da Lei n. 8.383 incompatível com o art. 24 dos tratados para evitar a dupla tributação assinados pelo Brasil.

Melhor do que traduzir seu entendimento é ler suas próprias palavras:

“Os ilustres autores que venho citando aparentemente não atentaram para a ressalva ‘que se encontram na mesma situação’, integrante do artigo referente à não discriminação”

minação de todos os acordos, à exceção do celebrado com a China. Em seus comentários à Convenção Modelo da OECD, o Comitê de Assuntos Fiscais desta organização diz que a expressão ‘em particular com respeito à residência’, acrescentada na mais recente revisão da Convenção Modelo, deixa claro que a residência do contribuinte é um dos fatores que determinam se o contribuinte se encontra nas mesmas circunstâncias. Acrescenta que assim sempre foi entendido pelos países membros da OECD, mas que o acréscimo feito é um esclarecimento útil para evitar qualquer possível dúvida de interpretação.

E de fato, a residência diferente sempre foi entendida como determinante da inexistência das mesmas circunstâncias que justificariam tratamento igual a nacionais de ambos os Estados Contratantes.”

Corroborando seu ponto de vista, o Professor Alcides cita Alberto Xavier, David R. Davies, Philip Baker e Klaus Vogel. E conclui:

“Em suma, não ofende a cláusula de não discriminação o tratamento tributário mais oneroso aplicado a não residentes, nacionais de países com os quais o Brasil mantém acordos para evitar a bitributação e que contenham aquela cláusula, desde que também aplicado a brasileiros não residentes no Brasil.”

Por fim, o Professor Alcides ainda aborda a questão do possível desrespeito ao princípio da igualdade, sustentado por alguns autores, concluindo que também aqui não haveria qualquer inconstitucionalidade no já mencionado art. 77. Nas suas palavras:

“Na verdade, a Constituição Federal, em seu art. 5º, diz que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos...’. A igualdade é garantida aos estrangeiros residentes no Brasil mas não aos estrangeiros residentes no exterior.”

No mesmo sentido sustentado pelo Professor Alcides podemos citar Luís Eduardo Schoueri e Marta Oliveros Castelon, no artigo “Tributação subjetiva na fonte de artistas e esportistas não residentes e o conceito de não-discriminação: análise dos artigos 17 e 24 da Convenção Modelo OCDE à luz da recente jurisprudência europeia, nos acordos brasileiros de bitributação e da Convenção Modelo OCDE de 2008”, *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 10, p. 109. Os dois autores reconhecem que a interpretação tradicional majoritária do art. 24 é no sentido de ser vedada a tributação diferente entre residentes de um mesmo país, unicamente por terem nacionalidades diversas, sendo legítimo o tratamento diferenciado entre residentes e não residentes, embora no artigo especulem sobre a possibilidade de haver vedação do art. 24 também quando os nacionais se encontrem em “situações comparáveis”.

E a jurisprudência dos Tribunais internacionais pesquisados junto ao IBFD segue o mesmo entendimento. Confira-se as decisões a seguir comentadas.

Caso I R 80/16 decidido pelo Bundesfinanzhof da Alemanha em 3 de setembro de 2020 (nome do contribuinte não revelado)

Um contribuinte americano residente nos EUA prestou serviços a empresa situada na Alemanha e, para tanto, incorreu em algumas despesas na Alemanha. Sua remunera-

ração sofreu a incidência do imposto de renda na fonte sobre o valor bruto. O contribuinte insurgiu-se contra a incidência na fonte e pleiteou junto aos tribunais a possibilidade de deduzir do imposto as despesas incorridas na Alemanha, conforme assegurado aos contribuintes residentes na Alemanha. O contribuinte americano baseou seu pleito no disposto no art. 24 do tratado firmado entre a Alemanha e os EUA, que veda a não discriminação entre nacionais que se encontrem na mesma situação. O contribuinte alegou que estava sofrendo tributação mais gravosa que aquela assegurada aos residentes na Alemanha.

A corte alemã decidiu que, no caso, não seria possível aplicar o disposto no art. 24 do tratado pois as condições para a aplicação do tratado não se faziam presentes. Isso porque o art. 24 claramente veda a discriminação entre nacionais que se encontram na mesma situação. E o americano residente nos EUA não estaria na mesma situação que o alemão residente na Alemanha. Possível, portanto, a aplicação de regime tributário mais gravoso a residente nos EUA que aquele a que se submete o residente na Alemanha, pois o art. 24 do tratado veda a discriminação entre nacionais e não a discriminação entre residentes e não residentes.

Caso Adams Challenge decidido pela United States Tax Court em 21 de janeiro de 2021

A Adams Challenge é uma empresa com sede no Reino Unido e locou um navio para empresa sediada nos EUA para a realização de sondagens no mar territorial americano, com o objetivo de exploração de petróleo. Pagamentos foram feitos à Adams Challenge a título de remuneração pela locação do navio e a empresa inglesa pleiteou o reconhecimento de deduções e créditos fiscais previstos na legislação americana, com o objetivo de reduzir a base de cálculo do imposto de renda.

Ocorre que a empresa britânica deixou de cumprir as obrigações acessórias previstas na legislação interna americana, sob o argumento de que seriam mais complexas do que aquelas exigidas das empresas americanas. E isso estaria em desacordo com o disposto no art. 25 do tratado firmado entre os EUA e o Reino Unido, que versa sobre não discriminação entre nacionais que se encontrem na mesma situação.

A Corte Fiscal Americana examinou a natureza das formalidades exigidas da empresa britânica e concluiu que não eram mais gravosas do que as exigidas das empresas americanas. E ainda que fossem efetivamente mais gravosas, não estariam em desacordo com o disposto no art. 25 do tratado, pois a redação do dispositivo é clara ao vedar a discriminação entre nacionais que se encontrem na mesma situação. E as empresas domiciliadas no exterior não se encontram na mesma situação que as empresas domiciliadas no país.

Caso Catherine Victoria Addy decidido pela Federal Court of Australia em 6 de agosto de 2020

Catherine Victoria Addy é uma pessoa natural do Reino Unido e esteve trabalhando na Austrália por aproximadamente dois anos. Nesse período foi detentora de um visto especial concedido a não residentes, que a autorizava a trabalhar. Pelos trabalhos realizados a contribuinte recebeu remuneração que foi oferecida à tributação de acordo

com a tabela progressiva do imposto de renda aplicável aos residentes na Austrália. O fisco australiano, por outro lado, considerou incorreto o cálculo do imposto e recalculou o valor devido aplicando a alíquota única de 15% sobre o total dos rendimentos aplicável aos não residentes. Com isso, a contribuinte estaria devendo uma diferença do imposto, em função de a tabela progressiva apresentar uma faixa de rendimento inicial isento de tributação.

A contribuinte insurgiu-se contra a cobrança do imposto alegando desrespeito ao disposto no art. 24 do tratado firmado entre a Austrália e o Reino Unido.

Este caso apresenta algumas especificidades relacionadas com o tipo de visto detido pela contribuinte cujo exame foge ao objetivo do trabalho. O tribunal australiano dedicou muitas páginas da decisão para analisar se a contribuinte era ou não residente no país. E isso acabou contaminando um pouco a discussão sobre o alcance do art. 24 do tratado.

Mas, ao final, restou claro para o Tribunal Federal da Austrália que o art. 24 aplica-se exclusivamente quando há tributação mais gravosa entre nacionais dos dois Estados Contratantes e não entre residentes dos dois Estados. No caso, houve reconhecimento expresso no sentido de que o australiano não residente teria os rendimentos auferidos na Austrália sujeitos à incidência do imposto de renda à alíquota fixa de 15%, própria dos não residentes. E que o britânico residente na Austrália teria seus rendimentos auferidos na Austrália tributados pela tabela progressiva, própria dos residentes na Austrália. Ou seja, a lei interna pode perfeitamente prever tratamento diferenciado entre os residentes dos dois Estados Contratantes, independentemente da nacionalidade, sem desrespeito ao disposto no art. 24 do Tratado.

Caso A300121364 julgado pelo Hof van Beroep de Gent na Bélgica em 18 de fevereiro de 2020 (nome do contribuinte não divulgado)

O contribuinte residente na Holanda recebeu rendimentos de fontes situadas na Bélgica. O fisco exigiu dele o pagamento de imposto de renda sobre créditos fiscais e sobre subsídios pagos pelo governo belga que, para os residentes na Bélgica, são isentos de imposto. O contribuinte insurgiu-se contra a exigência com base no disposto no art. 25 do Tratado firmado entre a Holanda e a Bélgica, que trata sobre não discriminação.

A Corte de Apelações da Bélgica decidiu contrariamente ao pleiteado pelo contribuinte, argumentando que o não residente na Bélgica está em uma situação “objetivamente diferente” daquela em que se encontra o residente, não sendo aplicável ao caso, portanto, o art. 25 do tratado que se aplica exclusivamente aos nacionais dos Estados Contratantes que se encontrem na mesma situação.

Diante de todo o exposto, parece claro que, seguindo entendimento majoritário da doutrina nacional e internacional, bem como dos tribunais internacionais que se debruçaram sobre o art. 24 dos tratados para evitar a dupla tributação, a correta interpretação desse dispositivo é no sentido de ser vedada a aplicação de regime tributário mais gravoso a nacional de um Estado Contratante em comparação com o nacional do outro Estado Contratante. Nada obsta, no entanto, haver diferentes tratamentos tributários entre residentes dos dois Estados Contratantes, independentemente das respectivas nacionalidades.

Manifesto por Preços de Transferência em Conformidade com a Constituição: “Opções Realisticamente Disponíveis” e a “Suave Perda da Liberdade”

Luís Flávio Neto

1. “ORA”, “ORA”, “ORA”, então agora, sem demora, abandonamos a Constituição tão cara outrora, inebriados por um novo “princípio” da última hora?

Testemunharemos colossal inovação normativa com o recente alinhamento da legislação brasileira de preços de transferência às recomendações da OCDE¹, com a introdução de conceitos, rotinas, aferições, procedimentos e outras providências aos contribuintes e à administração fiscal.

O percurso para as empresas sujeitas à legislação de preços de transferência exigirá o escrutínio de funções, ativos e riscos distribuídos entre as empresas do grupo multinacional com o propósito de desvendar a realidade econômica das transações intragrupo, comparando-as com transações semelhantes realizadas entre empresas não relacionadas em condições de livre concorrência (comparáveis de mercado). Assim, a legislação tributária passou a perseguir a significação de um novo tipo normativo, o “Princípio *Arm’s Length*”².

A euforia com a chegada desse novo “princípio” em língua estrangeira e com o carimbo da OCDE, contudo, não deve ignorar que a sua implementação concreta precisará ser balizada nos tradicionais Princípios Constitucionais brasileiros.

Nesse contexto, como mote para a merecida homenagem ao Professor Luís Eduardo Schoueri (“Professor Schoueri”) prestada neste livro, o presente artigo se dedicará à análise de um acessório que equipa a nova sistemática brasileira de preços de transferência: o teste das “opções realisticamente disponíveis” ou, na expressão adotada pela OCDE, “Options Realistically Available – ORA”.

O teste ORA, previsto especialmente no art. 7º e no art. 8º da Lei n. 14.596/2023, autoriza que o fisco, com o recurso de analogia, substitua uma transação ou um conjunto de transações realizadas de maneira legítima (sem vícios de simulação ou fraude) por outras alternativas de negócios que, teoricamente, estariam realisticamente disponíveis

¹ O presente artigo foi escrito meses após a publicação da Lei n. 14.596, de 14 de junho de 2023.

² Para a definição e críticas ao “Princípio *Arm’s Length*”, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm’s length: beyond the Guidelines of the OECD*. *Bulletin of International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2015; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013; AVI-YONAH, Reuven. The rise and fall of arm’s length: a study in the evolution of U.S. international taxation. *University of Michigan Law & Economics, University of Michigan Public Law Working Paper* n. 92; TURINA, Alessandro. Back to grass roots: the arm’s length standard, comparability and transparency – some perspectives from the emerging world. *10 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2018.

ao contribuinte e que, hipoteticamente, seriam capazes de gerar maior lucratividade e, portanto, demandariam tributação mais elevada.

A escolha do tema procura homenagear a fundamental contribuição do Professor Schoueri à disciplina dos Preços de Transferência no Brasil³, sendo reconhecido globalmente como um dos maiores especialistas contemporâneos sobre o tema. De fato, com consistente e incansável produção, o Professor Schoueri desponta com trabalhos e elevadas discussões a respeito do novel regime de preços de transferência brasileiro, com destaque a alertas quanto à adoção do referido teste ORA.

O Professor Schoueri, na companhia de Bruno Fettermann, demonstra que a expressão “opções realisticamente disponíveis” é vaga e indeterminada, de tal forma que não conduz a um significado com mínimo sentido semântico que lhe seria esperado. A regra conduziria a interpretações demasiadamente variadas, capazes de gerar resultados indetermináveis, que não poderiam ser antecipados pelos contribuintes sujeitos ao controle de preços de transferência. Ainda que o “Princípio *Arm’s Length*” seja um “tipo” (e não um “conceito”), no seu caso seria possível compreender os seus traços definidores e atuar de forma a cumpri-lo, mas o mesmo não ocorreria com o teste ORA: a cogitação de quaisquer outras alternativas realisticamente disponíveis se mostraria como uma exigência demasiadamente imprecisa, requerendo suposições quanto a uma matriz de incontáveis possibilidades. Diversas alternativas poderiam ser igualmente realisticamente disponíveis, cada qual implicando uma tributação diferente⁴.

Como conclusão, o Professor Schoueri e Bruno Fettermann alertam que o Princípio da Segurança Jurídica pode falhar com a adoção do teste ORA. Mesmo a ponderação com outros vetores não seria suficiente para justificar a adoção de um sistema de elevada complexidade e carecedor de segurança jurídica, em um cenário incompatível com o Princípio da Legalidade.

Em outro trabalho publicado com Mateus Calicchio Barbosa⁵, o Professor Schoueri observa que a adoção do teste ORA pelo Brasil ainda encontrará outros obstáculos: (i) potencial violação ao art. 9º dos tratados para evitar a dupla tributação, que não seria amplo o suficiente para permitir o não reconhecimento de uma transação pelas autoridades fiscais; (ii) incompatibilidade com o Código Tributário Nacional (“CTN”), que rejeita a exigência de tributos com recurso à analogia; (iii) ainda que se qualifique como ficção legal, a vagueza dos termos adotados pela legislação não oferece bases sólidas

³ Como obras de referência, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm’s length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletim of International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2015; SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JUNIOR, Ricardo. Brazil – challenges to Brazilian transfer pricing rules upon accession to the OECD. *International Transfer Pricing Journal* vol. 26, 2019; SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JUNIOR, Ricardo. Brazil – recent case law on transfer pricing: still in need of an autonomous concept of “production”. *International Transfer Pricing Journal* vol. 25, 2018, p. 1-10; SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JUNIOR, Ricardo. Brazil. *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. 102B: The future of transfer pricing, 2017, p. 191-215.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; FETTERMANN, Bruno. The concept of options realistically available in transfer pricing and the principle of legality (minuta para discussão, aguardando publicação).

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. New Brazilian transfer pricing regime edited by government. *International Transfer Pricing Journal* vol. 30, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2023.

para a identificação das supostas “opções realisticamente disponíveis, o que representaria uma violação ao princípio da legalidade.

Para a análise desse tema, o *tópico* “2” se dedica às recomendações presentes no “OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022” (“Guidelines”) quanto ao teste ORA, bem como a sua adoção em meio à nova sistemática brasileira de preços de transferência introduzida pela Lei n. 14.596/2023.

O *tópico* “3”, por sua vez, considera que a edificação do “Princípio *Arm’s Length*” deve prestigiar normas irrenunciáveis do sistema jurídico brasileiro, com destaque para a proibição do recurso à analogia para a exigência de tributos, o respeito à igualdade, à segurança jurídica, à legalidade, à razoabilidade e à proporcionalidade, bem como o cuidadoso tratamento da questão da discricionariedade e do arbítrio.

O *tópico* “4”, por fim, apresenta breves considerações finais a respeito do tema.

2. A nova sistemática de preços de transferência e as opções realisticamente disponíveis (teste “ORA”)

Normas de preços de transferência são vocacionadas a cumprir princípios como igualdade e livre concorrência⁶. Para isso, podem impor ajustes ao lucro tributável das empresas que realizam transações internacionais com outras empresas pertencentes ao mesmo grupo multinacional (*intra-group transactions*), com o propósito de distribuir de forma adequada os lucros entre os países envolvidos em tais transações. No Brasil, as referidas normas impõem ajustes à base de cálculo do IRPJ e da CSL de pessoas jurídicas domiciliadas em seu território e que realizem transações controladas com partes relacionadas estabelecidas no exterior ou, ainda, com empresas estabelecidas em países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados⁷.

Com a Lei n. 14.596/2023, tais ajustes são devidos na medida necessária a equiparar os termos e as condições da transação controlada com aqueles que seriam praticados entre partes não relacionadas em transações comparáveis. A lei faz menção expressa ao “Princípio *Arm’s Length*”, como demonstração da convergência do Brasil ao chamado padrão OCDE⁸. Em razão deste “princípio”, os membros de um grupo multinacional devem ser considerados como entidades separadas e independentes para fins de tributação da renda⁹.

Para a aplicação do Princípio *Arm’s Length*, o art. 6º da Lei n. 14.596/2023 prevê duas etapas de trabalho: o delineamento da transação controlada e a subsequente (ou melhor, interconectada) análise de comparabilidade.

⁶ Sobre a aplicação das regras de preços de transferência independentemente de hipóteses de abuso, vide: ONU. *Practical Manual*, supra n. 1, at p. 24; AVI-YONAH, Reuven. The rise and fall of arm’s length: a study in the evolution of U.S. international taxation. *University of Michigan Law & Economics, University of Michigan Public Law Working Paper* n. 92 (2007); TURINA, Alessandro. Back to grass roots: the arm’s length standard, comparability and transparency – some perspectives from the emerging world. *10 World Tax Journal*. Amsterdam: IBFD, 2018.

⁷ Lei n. 14.596/2023, art. 40. Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, art. 1º, § 1º.

⁸ Vide: Receita Federal do Brasil; OCDE. *Preços de transferência no Brasil: rumo à convergência para o padrão OCDE*. Paris: OCDE, 2019.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 39.

O delineamento de transações (“accurate delineation of the transaction”¹⁰), em geral, consiste na identificação das transações da companhia por meio de documentos formalizados, seguido da sua confirmação ou reconstrução pela análise dos fatos e das circunstâncias da transação e das evidências da conduta efetiva das partes. Como resultado, deverão ser identificadas as relações comerciais e financeiras entre as partes relacionadas e as características economicamente relevantes associadas a essas relações.

Por sua vez, há variados métodos para a análise de comparabilidade e a determinação do preço *Arm’s Length*, devendo ser adotado aquele que se mostre mais apropriado ao caso concreto, ou seja, “aquele que forneça a determinação mais confiável dos termos e das condições que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em uma transação comparável”¹¹.

2.1. Options Realistically Available – ORA: outras alternativas realisticamente disponíveis?

O tema relacionado ao teste ORA não reside na segunda etapa acima apontada (análise de comparabilidade e determinação do preço *arm’s length*), mas sim na primeira, de delineamento das transações internacionais controladas pelas regras de preços de transferência. Esse fator é determinante para a colocação do problema ora analisado: os arts. 7º e 8º da Lei n. 14.596/2023 (Ordinária) parece chancelar a substituição de fatos legítimos (sem vícios de simulação ou fraude) por outros fatos mais tributados (analogia), colocando o teste ORA em rota de colisão com normas e garantias fundamentais do sistema tributário brasileiro.

A busca por transações substitutas às efetivamente praticadas para fins de preços de transferência tem inspiração na longa experiência dos EUA, país precursor na matéria. O conceito original de “alternativas disponíveis” (“alternatives available”), adotado pelo Internal Revenue Code, chegou a ser criticado pela OCDE no relatório “Intercompany transfer pricing regulations under US Section 483 temporary and proposed regulations” de 1993. À época, apontou-se que adoção de “alternativas disponíveis” acabaria por substituir a perspectiva negocial do contribuinte pela perspectiva das autoridades tributárias, podendo inclusive resultar em dupla tributação¹².

Não tardou, contudo, para que a OCDE adotasse conceito similar às “alternativas disponíveis” como elemento relevante para a análise dos preços de transferência, até que, na versão de 2010 de suas Guidelines, a adotar a expressão “options realistically available”¹³.

No caso, o teste ORA permitiria a substituição de uma transação ou um conjunto de transações reais por outras que se mostrassem realisticamente também disponíveis, bem como a completa desconsideração de tais transações, como se elas nunca houves-

¹⁰ OCDE. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* OECD. Paris: OCDE, 2022.

¹¹ Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, art. 34.

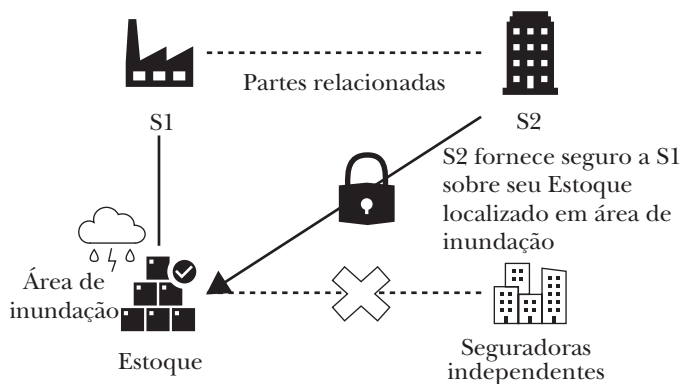
¹² OECD. *Intercompany transfer pricing regulations under US Section 482 temporary and proposed regulations*. Paris: OCDE, 1993, n. 8.

¹³ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines. *International Transfer Pricing Journal*, Sep./Oct. 2015, p. 297-308 (301).

sem ocorrido. Assim como a OCDE¹⁴, o “UN manual on transfer pricing” sugere que o não reconhecimento de uma transação deve ser excepcional, limitado aos casos em que os arranjos estruturados pelo grupo, vistos em sua totalidade, não forem comercialmente racionais. Segundo a ONU, a ausência da racionalidade comercial impede a determinação do preço *arm’s length* para cada parte envolvida na transação, levando em consideração as opções realisticamente disponíveis para cada uma¹⁵.

Em sua edição mais recente, as Guidelines da OCDE¹⁶ recomendam que, para o seu apropriado delineamento, uma transação deve ser desconsiderada e, se necessário, substituída por uma transação alternativa, sempre que os eventos, vistos em sua totalidade, se mostrem diferentes daqueles que teriam sido adotados por empresas independentes comportando-se de maneira comercialmente racional em circunstâncias comparáveis, tendo em conta as perspectivas de ambas as partes e as opções realisticamente disponíveis para cada uma delas no momento da celebração da transação.

Para exemplificar as hipóteses de não reconhecimento de uma transação com base no teste ORA, a OCDE sugere a hipótese em que uma empresa (“S1”) executaria atividades no setor manufatureiro, cujo estoque estaria localizado em área propensa a inundações frequentes. Considerando a incerteza significativa decorrente da exposição a grandes sinistros, seguradoras independentes não estariam dispostas a manter um mercado ativo de seguros nessa área. Suponha-se, contudo, que “S2”, seguradora pertencente ao mesmo grupo empresarial de “S1”, forneça o referido seguro a “S1”, a um prêmio anual que representaria 80% do valor do estoque. A ilustração abaixo representa esse cenário proposto pela OCDE:



De acordo com as Guidelines da OCDE¹⁷, a transação em questão seria comercialmente irracional e, portanto, não deveria ser reconhecida para fins de preços de trans-

¹⁴ OCDE. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* OECD. Paris: OCDE, 2022, § 1.142.

¹⁵ ONU. *UN practical manual on transfer pricing for developing countries*, 2021, § 3.3.2.2.

¹⁶ OCDE. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* OECD. Paris: OCDE, 2022, § 1.142.

¹⁷ OCDE. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* OECD. Paris: OCDE, 2022, §§ 1.146 e 1.147.

ferência. Uma vez que não haveria um mercado de seguros estabelecido na região em razão da probabilidade de sinistros significativos, a não contratação de seguro seria uma alternativa mais vantajosa para “S2” e, como consequência: (i) os lucros de “S1” não deveriam ser afetados pela dedutibilidade de despesas relativas aos pagamentos de prêmios de seguros a “S2”; (ii) “S2” não deveria reconhecer as receitas de prêmios ou deduzir de seus lucros os custos com a cobertura de sinistros sofridos por “S1”.

Mas, afinal, qual seria a definição de “options realistically available”?

A referência a “opções” estaria relacionada às alternativas existentes para as partes em uma transação, o que pressupõe uma variedade de fatores. Tais “opções” devem gozar de adjetivações cumulativas: devem ser legalmente “disponíveis” e apresentar notas de “realismo”. Enquanto a “disponibilidade” estaria relacionada à possibilidade de ser adotada dentro dos parâmetros legais, a exigência de que tais opções também sejam “realistas” pressupõe plausibilidade, de forma a considerar-se as circunstâncias específicas do contribuinte, como fatores econômicos e do mercado em que está inserido¹⁸.

A justificativa do teste ORA repousaria na promoção da melhora qualitativa da análise de comparabilidade, em termos de confiabilidade, a fim de que a análise se ajuste adequadamente às alternativas que as partes relacionadas poderiam ter transacionado. O tema estaria umbilicalmente relacionado à teoria da escolha racional e do custo de oportunidade, que pressupõe que os agentes de mercado selecionem a melhor alternativa que irá maximizar seus resultados.

O teste ORA partiria do pressuposto de que empresas independentes, ao avaliarem os termos de uma potencial transação, verificam todas as opções realisticamente disponíveis existentes no mercado, preferindo qualquer outra alternativa que ofereça uma oportunidade mais atrativa para satisfazer os seus objetivos comerciais. Assim, empresas independentes sempre agiriam de forma economicamente racional e sempre escolheriam a opção mais eficiente, de forma que apenas entrariam em uma transação se esta lhe trouxesse mais retorno que alguma outra boa opção (“next best option”)¹⁹.

Essa perspectiva que embasa o teste ORA é evidentemente controversa, ignorando uma série de padrões comportamentais que podem afetar as suas decisões e a experiência comercial do contribuinte, os substituindo pelas convicções das autoridades tributárias²⁰.

Para acolher o teste ORA sugerido pela OCDE, a Lei n. 14.596/2023, em seu art. 7º, § 1º, prevê que, no delineamento da transação controlada, devem ser “consideradas as opções realisticamente disponíveis para cada uma das partes da transação controlada, de modo a avaliar a existência de outras opções que poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes e que teriam sido adotadas caso a transação

¹⁸ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines, international. *Transfer Pricing Journal*, Sep./Oct. 2015. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 297-308.

¹⁹ OCDE. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* OECD. Paris: OCDE, 2022, § 1.38.

²⁰ TOMAZELA, Ramon. Transfer pricing reform in Brazil and “options realistically available”: new tax disputes ahead? *International Tax, Transfer Pricing News*, 2023. Disponível em: <https://transferpricingnews.com/transfer-pricing-reform-in-brazil-and-options-realistically-available-new-tax-disputes-ahead/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

tivesse sido realizada entre partes não relacionadas, inclusive a não realização da transação”.

Por sua vez, o art. 8º da Lei n. 14.596/2023 dispõe que, quando se concluir que partes não relacionadas, agindo em circunstâncias comparáveis e comportando-se de maneira comercialmente racional, consideradas as opções realisticamente disponíveis para cada uma das partes, não teriam realizado a transação controlada conforme havia sido delineada, tendo em vista a operação em sua totalidade, então a transação ou a série de transações não deve ser reconhecida, o que significa que devem ser desconsideradas ou substituídas.

Por sua vez, o art. 19, § 6º, da Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, prevê que o teste da racionalidade comercial não poderá ser justificado com base no fato de uma opção ser mais vantajosa do ponto de vista fiscal ou de quaisquer outros interesses não comerciais.

A Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023 também prevê, em seu art. 19, § 5º, que a desconsideração ou substituição de uma transação teria cabimento “caso se configure que uma parte não relacionada, ao negociar um contrato ou continuar um negócio em andamento, teria optado por outra alternativa realisticamente disponível e comercialmente racional que seja claramente mais vantajosa, incluindo sua denúncia ou renegociação, em especial no caso de contratos de longa duração”.

3. A edificação do “Princípio Arm’s Length” no sistema jurídico brasileiro: testando a constitucionalidade do teste ORA

A Lei n. 14.596/2023, ao prescrever regras de preços de transferência, certamente deve observar as tradições constitucionais brasileiras, muitas delas imunes a modificações mesmo por meio de emenda constitucional. A seguir serão mencionadas algumas dessas normas de elevada estatura que parecem conflitar com o teste ORA acolhido pela referida lei.

3.1. A proibição de tributos com recurso à analogia

O teste ORA não se confunde com análise de comparabilidade tipicamente realizada para fins de preços de transferência²¹. Nesta compara-se o que um contribuinte fez (“A”), com o resultado obtido por terceiros independentes em transações semelhantes (“A”). Já o teste ORA propõe que, para fins de preços de transferência, seja desconsiderado o que o contribuinte fez (“A”) para imputar-lhe a prática de outras ações (“B”) e, apenas então, verificar-se na etapa da análise de comparabilidade o resultado obtido por terceiros independentes em transações semelhantes a esta substituta (“B”).

Note-se que parágrafo único do referido art. 8º da Lei n. 14.596/2023 traz uma excludente à aplicação do teste ORA: uma transação não pode ser desconsiderada ou substituída exclusivamente em razão da não identificação de transações comparáveis. Trata-se de ressalva coerente, justamente porque a ausência de comparáveis é questão

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. New Brazilian transfer pricing regime edited by government. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2023, p. 51-57.

atinentes à segunda etapa da análise de preços de transferência (análise de comparabilidade e determinação do preço *arm's length*), afetando a escolha do método mais adequado ao caso. Por sua vez, o teste ORA diz respeito ao delineamento das transações, primeira etapa da análise de preços de transferência.

O teste ORA também não se refere à desconsideração de atos simulados ou evitados de outros vícios. Trata-se da substituição de transações reais por outras que se mostrem realisticamente também disponíveis. No teste ORA, substitui-se a decisão da empresa por outras alternativas de investimentos realisticamente disponíveis para partes independentes levando em consideração a busca pela maximização de lucros, escolhendo-se a mais lucrativa²².

Da mesma forma, o teste ORA não se confunde com a doutrina da substância sobre a forma, que sequer possui suporte legal no Direito Tributário brasileiro, embora seja frequentemente mencionado em decisões de tribunais administrativos. Por essa abordagem, busca-se descortinar a forma jurídica adotada para uma transação para que seja tributado o que materialmente foi praticado²³. O teste ORA, por sua vez, propõe que se ignore tanto a forma como a substância da transação, substituindo-a por outra que, caso houvesse sido praticada, hipoteticamente poderia ter gerado lucros mais elevados que aquela efetivamente ocorrida.

As Guidelines da OCDE trazem sugestões generalizantes e que não consideram importante norma que baliza as relações tributárias no Brasil, a qual pode não estar presente em outros sistemas jurídicos: a proibição da cobrança de tributo com o recurso à analogia, prevista no art. 108 do Código Tributário Nacional.

O art. 146 Constituição Federal brasileira atribui à Lei Complementar a função de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente para a definição dos fatos geradores dos impostos previstos no texto constitucional, entre os quais vale destacar o imposto de renda, previsto em seu art. 153. Assim, em razão do seu status de lei complementar, ao Código Tributário Nacional devem amoldar-se leis ordinárias e atos infralegais em matéria tributária, tanto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Com isso, nenhum ente federado, incluindo a União, pode empregar a analogia para a exigência de tributo cujos elementos da hipótese de incidência não estejam previstos em lei (CTN, art. 108, § 1º).

Vale frisar que a proibição à analogia, prescrita no § 1º do art. 108 do CTN, é norma cuja vigência foi recentemente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADI n. 2.446, a Relatora Ministra Cármen Lúcia destacou a plena vigência do dispositivo ao concluir que o parágrafo único do art. 116 do CTN não estabelece uma típica norma geral de intolerância ao planejamento tributário (GAAR) e nem autoriza a

²² AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing. *International Transfer Pricing Journal* vol. 27, n. 2, 2020, p. 112-122; Christman, K. P.; Mallo, C. M.; Ponds, L. C. A summary and analysis of recent revision of Chapter 6 of the OECD transfer pricing guidelines. *Tax Management Transfer Pricing Report*, BNA Bloomberg, 2014.

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. New Brazilian transfer pricing regime edited by government. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2023, p. 51-57.

analogia, tratando-se o § 1º do art. 108 do CTN de regra que persegue hipóteses de evasão fiscal.

Nesse contexto, o teste ORA parece encontrar óbice intransponível na proibição de tributos com recurso à analogia. O art. 7º e o art. 8º da Lei n. 14.596/2023 contrariam a norma do § 1º do art. 108 do CTN, ao abrir indevidamente caminho para a exigência de tributos com evidente recurso à analogia, permitindo que a administração fiscal tribute um contribuinte como se ele houvesse praticado atos que efetivamente não praticou, por se tratar de situação capaz de gerar maior tributação.

3.2. Igualdade, segurança jurídica, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade

Em trabalho escrito com Bruno Fettermann, o Professor Schoueri sugere que até mesmo o emprego de ficção jurídica seria mais apropriado que o teste ORA, pois poderia conduzir a resultados que se aproximariam da realidade ou de uma versão aceitável dos fatos. Nos casos em que a consideração de todas as especificidades de cada contribuinte possa gerar demasiada complexidade na aplicação das normas tributárias, tornando-as impraticáveis, a padronização de ficções e presunções, que partem de características com elevada estatística de presença na generalidade dos casos, poderia se mostrar mais vantajosa na impressão de igualdade e segurança jurídica²⁴.

A referida doutrina não ignora que a adoção da ficção ou de presunção flexibiliza a aferição dos lucros realmente existentes em uma situação concreta e, portanto, não seja a ferramenta mais adequada para medir em elevado nível igualdades e desigualdades, por abstrair especificidades de cada contribuinte. Na verdade, essas considerações buscam evidenciar que, mesmo assim, o teste ORA se mostraria ainda menos adequado.

De fato, o teste ORA não se mostra aderente à igualdade, à segurança jurídica, à legalidade, à razoabilidade e à proporcionalidade.

No caso, o Princípio da Igualdade, como princípio republicano, impõe que a lei tributária seja igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. A sua aferição parte da relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério, de uma medida de comparação, para que se obtenha determinadas finalidades²⁵.

Embora as regras de preços de transferência sejam fundamentalmente vocacionadas a vivificar a igualdade²⁶, o teste ORA pode ofender justamente esse princípio.

Com o teste ORA, como se viu, a decisão do contribuinte seria substituída pela perspectiva da administração fiscal quanto às outras alternativas consideradas realisticamente disponíveis. As transações consideradas para fins tributários, então, não seriam aquelas praticadas pelo contribuinte, mas sim as que poderiam ser potencialmente realizadas por terceiros independentes que se encontrassem em situação semelhante. Entre as alternativas realisticamente disponíveis vislumbradas, seria escolhida aquela que con-

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; FETTERMANN, Bruno. The concept of options realistically available in transfer pricing and the principle of legality (minuta para discussão, aguardando publicação).

²⁵ Para uma análise completa do tema, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 283 e seg.; ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 39.

duzisse à mais eficiente maximização dos lucros e, portanto, da base tributável pelo imposto de renda (no caso, IRPJ e CSLL)²⁷.

Assim, a eleição de critérios para o controle da realização da igualdade resta aprioristicamente prejudicada, pois a transação realmente realizada pelo contribuinte seria substituída, de forma a abstrair-se os seus elementos diferenciadores. Abandona-se a “igualdade particular”²⁸, que relaciona dois sujeitos com a consideração das propriedades particulares que os diferenciam, como uma forma de justiça “sob medida”, o que demanda que cada indivíduo seja tratado conforme suas características individuais.

A busca pela “igualdade geral” tampouco seria obtida. Esta parte da definição de padrões, pela qual regras gerais estabelecem, de maneira prévia, os elementos que devem ser considerados na aplicação da norma. Da forma como o teste ORA foi estabelecido, não há mecanismos de controle quanto à homogeneidade do padrão adotado para se estabelecer as transação alternativas substitutas, que seriam consideradas realisticamente disponíveis para uma mesma classe de casos. As incertezas e indeterminações tornam remota a homogeneidade decisória na aplicação do teste ORA pela administração fiscal, tornando fértil o campo para a discricionariedade.

Confirmando-se essa precariedade, como se sustentará o teste ORA, se o Princípio *Arm's Length* tem como fundamento justamente o atendimento ao Princípio da Igualdade?

Também é importante verificar que a legalidade é uma exigência de qualquer ordem que se oriente pelo Estado de Direito, manifestando-se como princípio e como regra. O conteúdo normativo das leis que instituem os tributos deve estabelecer, de forma clara, a definição do respectivo fato gerador, da base de cálculo e alíquota aplicáveis, bem como de outros aspectos e critérios que compõem a obrigação tributária²⁹.

Da forma como foi estabelecido, especialmente no art. 7º e no art. 8º da Lei n. 14.596/2023, o teste ORA não permite que o contribuinte compreenda, de forma clara, qual será o delineamento de uma transação pelas autoridades fiscais no momento da sua realização. Como a vagueza dos termos adotados pela legislação atinente ao teste ORA não oferece bases sólidas para que se possa prever e avaliar as alternativas realisticamente disponíveis em cada caso, a legalidade em matéria tributária seria suficientemente atendida³⁰?

O princípio da segurança jurídica certamente também será desafiado pelo teste ORA³¹. Afinal, como prever a tributação incidente sobre a operação “A”, se ao fisco for

²⁷ AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing. *International Transfer Pricing Journal* vol. 27, n. 2, 2020, p. 112-122; Christman, K. P.; Mallo, C. M.; Ponds, L. C. A summary and analysis of recent revision of Chapter 6 of the OECD transfer pricing guidelines. *Tax Management Transfer Pricing Report*, BNA Bloomberg (2 Oct. 2014).

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73 e seg.

²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo; FERREIRA, Diogo Olm; LUZ, Victor Lyra Guimarães. *Legalidade tributária e o Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica do RE n. 1.043.313 e da ADI n. 5.277*. São Paulo: IBDT, 2021.

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. New Brazilian transfer pricing regime edited by government. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2023, p. 51-57.

³¹ VINCENT, F.; LUQUET, P. Risk, recharacterization – and a tsunami of double tax cases. *Tax Management Transfer Pricing Report*, BNA Bloomberg, 2015.

permitido ignorá-la e substituí-la, para fins tributários, por um leque de alternativas que vão de “B” a “Z”?

Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade também devem ser considerados ao analisarmos a legitimidade do teste ORA no sistema jurídico brasileiro.

Considerando-se tais postulados, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, a solução adotada deve considerar o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto o exame da adequação da medida está relacionado com a sua aptidão para a consecução da finalidade almejada, a aferição quanto à necessidade de uma determinada ação procura selecionar aquela que ocasionaria o menor sacrifício a um direito restringido. Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito analisa o custo-benefício da medida em questão.

No caso, o teste ORA realmente seria o mais adequado para se alcançar a finalidade das regras de preços de transferência? A adoção de sistema de elevada complexidade como o do teste ORA cumpre com o exame da necessidade, representando aquela que ocasiona o menor sacrifício ao direito dos contribuintes? A restrição imposta pelo teste ORA à igualdade, à legalidade e à segurança jurídica é razoável e proporcional?

As respostas a todas essas questões suscitadas neste tópico parecem conduzir à conclusão de que o teste ORA não encontra guarida no texto constitucional brasileiro.

3.3. Discricionariedade e arbítrio: controle de acesso ao teste ORA e de suas consequências

Tratando-se de obrigação *ex lege*, a autoridade fiscal não pode exigir um tributo por ato meramente discricionário. Com isso não se reclama o dogma da univocidade na interpretação das leis fiscais, ideal que se coloca apenas no campo abstrato³². No entanto, ao possibilitar que diversas alternativas sejam consideradas como realisticamente disponíveis a um contribuinte, a Lei n. 14.596/2023 adentrou no perigoso campo de conceitos com elevado grau de indeterminação, que pode abrir uma porta ao arbítrio.

Se ao fisco for permitido ignorar uma transação ou conjunto de transações (“A”), para substituí-la, para fins tributários, por um leque de alternativas que vão de “B” a “Z”, sendo todas elas consideradas realisticamente disponíveis, a administração fiscal poderia selecionar indistintamente “B”, “C”, “D”, ou quaisquer outras deste rol de opções.

Ocorre que o art. 7º e o art. 8º da Lei n. 14.596/2023 não fornecem elementos para o controle da discricionariedade da administração fiscal na aplicação do teste ORA, com condições suficientes para que o contribuinte compreenda, de forma clara, qual será o delineamento de uma transação para fins de preços de transferência. Como a vagueza dos termos adotados não permite antecipar as alternativas realisticamente disponíveis em cada caso, abre-se um perigoso leque de possibilidades à administração fiscal para a aplicação desmedida da analogia em matéria tributária.

Caso o contribuinte pratique a transação “A”, seria possível ao fisco opor que, em um mundo de possibilidades, opções mais lucrativas poderiam ser alcançadas se houvesse praticado “B”. Mas se o contribuinte, então, praticar a transação “B”, seria possível ao

³² Sobre o tema, vide: POLIZELLI, Victor Borges. *Contratos fiscais: viabilidade e limites no contexto do direito tributário brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 89-130.

fisco opor que, nesse mundo de possibilidades, opções mais lucrativas poderiam ser alcançadas se houvesse praticado “C”. Ou seja, diversas alternativas poderiam ser consideradas, em tese, igualmente realisticamente disponíveis, cada qual implicando uma tributação diferente, com elevado grau de subjetivismo e discricionariedade.

Com o elevado grau de autonomia que dispõe cada uma das milhares de autoridades fiscais competentes para a lavratura de autos de infração, não é exagerada a preocupação que o teste ORA resulte em exacerbada discricionariedade, sendo capaz de resvalar em arbítrio pela ausência de critérios para a sua aplicação.

Não se trata de questão meramente teórica. A investigação de casos de tribunais estrangeiros revela a presença de sensíveis traços de discricionariedade da administração fiscal na aplicação do teste ORA³³.

Essa característica do teste ORA tem gerado alertas na doutrina estrangeira³⁴ e nacional³⁵ quanto ao risco de discricionariedade, com modificação dos fatos da transação controlada incompatível com o próprio Princípio *Arm's Length*. Em especial, o elevado grau de subjetividade do teste ORA pressupõe que partes independentes sempre agem de forma economicamente racional e sempre escolhem a opção mais eficiente, ignorando uma série de padrões comportamentais que podem afetar as suas decisões e a experiência comercial dos profissionais que gerem a empresa, fazendo prevalecer as convicções das autoridades fiscais.

Nesse cenário, é legítimo perquirir: como será realizado o controle da discricionariedade de cada um dos agentes fiscais, para que não atuem com ingerência ao decidir se uma empresa se comportou de “maneira comercialmente racional”? Seria mandatário à administração fiscal comprovar que empresas independentes, em situações comparáveis, claramente vêm adotando características diferentes em suas transações? Ou, o que pode ser tão ou mais complexo: como as autoridades fiscais deverão elaborar os termos de exigência fiscal, com satisfatório cumprimento do ônus de provar que outras alternativas seriam mais vantajosas e “comercialmente racionais”?

A Instrução Normativa RFB n. 2.161/2023, em seu art. 19, § 5º, estabelece limite sutil para que a administração fiscal faça uso do teste ORA, que pode ser insuficiente

³³ Vide: Norway vs Hess Norge AS, May 2017, Court of Appeal. Disponível em: <https://tpcases.com/norway-vs-hess-norge-as-may-2017-court-of-norway/>. Acesso em: 22 set. 2023. Sweden vs TELE2 AB, November 2022, Court of Appeal, Case n. 1298-21. Disponível em: <https://tpcases.com/sweden-vs-tele2-ab-november-2022-court-of-appeal-case-no-1298-21/>. Acesso em: 11 set. 2023. Israel vs Broadcom, December 2019, Lod District Court, Case n. 26342-01-16. Disponível em: <https://tpcases.com/israel-vs-broadcom-december-2019-lod-district-court-case-no-26342-01-16/>. Acesso em: 22 set. 2023. Poland vs “Fertilizer Licence SA”, April 2022, Provincial Administrative Court, Case n. I SA/Po 788/21. Disponível em: <https://tpcases.com/poland-vs-fertilizer-licence-sa-april-2022-provincial-administrative-court-case-no-i-sa-po-788-21/>. Acesso em: 22 set. 2023. Finland vs. Corp. November 2010, Supreme Administrative Court HFD 2010:73. Disponível em: <https://tpcases.com/finland-vs-corp-november-2010-supreme-administrative-court-hfd-201073/>. Acesso em: 22 set. 2023.

³⁴ MONSENEGO, Jérôme. Literature review: Aitor Navarro, Transactional adjustments in transfer pricing. *Intertax*, Issue 12, p. 1030-1032. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/46.12/TAXI2018110>. Acesso em: 21 set. 2023.

³⁵ TOMAZELA, Ramon. Transfer pricing reform in Brazil and “options realistically available”: new tax disputes ahead? *International Tax*, *Transfer Pricing News*, 2023. Disponível em: <https://transferpricingnews.com/transfer-pricing-reform-in-brazil-and-options-realistically-available-new-tax-disputes-ahead/>. Acesso em: 21 ago. 2023.

para esse desiderato: as alternativas realisticamente disponíveis devem ser “claramente” mais vantajosas, em especial no caso de contratos de longa duração. Como se observa, o núcleo da referida norma infralegal, que vincula a administração fiscal, é igualmente dotado de elevada indeterminação.

Conforme o referido dispositivo, a desconsideração ou substituição de uma transação seria possível no caso de negociação ou renegociação de negócio, quando partes independentes optassem por “outra alternativa realisticamente disponível e comercialmente racional que seja claramente mais vantajosa, incluindo sua denúncia ou renegociação”. Mas qual o significado de “claramente mais vantajosa”?

Ao convencer-se de uma única alternativa disponível que hipoteticamente seria comercialmente racional e mais lucrativa para a empresa, já teria o agente fiscal a situação “claramente mais vantajosa” que o autorizaria o uso do teste ORA? Ou a menção a “claramente mais vantajosa” requer diferença estrondosa de lucratividade comparando-se a transação substituída e a substituta? A menção a “em especial no caso de contratos de longa duração” busca limitar o teste ORA a essa modalidade contratual, ou apenas destacar este entre todos os demais candidatos a substituição?

Também não há balizas para a aplicação do teste ORA nos acordos internacionais para evitar a dupla tributação que se prestem a controlar a discricionariedade da administração fiscal. Na verdade, como alerta o trabalho publicado pelo Professor Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa³⁶, o teste ORA pode levar a potencial violação do art. 9º dos tratados para evitar a dupla tributação, que não é tão amplo a ponto de permitir o não reconhecimento de uma transação.

4. Considerações finais, para um debate que se inicia

Que privilégio ser aluno do Professor Schoueri, que agora completa os seus primeiros 20 anos como Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Que as próximas décadas sejam igualmente marcadas por sua consistente e incansável disposição para a construção coletiva do conhecimento, sempre agregando os seus alunos e pares em projetos determinantes para a evolução do direito brasileiro e internacional!

Quanto ao tema de fundo, este manifesto por preços de transferência em conformidade com a Constituição tratou da adoção do teste ORA no sistema tributário brasileiro com o propósito de colaborar para o início de um importante debate que deverá ocorrer ao longo dos próximos anos.

Verificou-se que são características marcantes do teste ORA: (i) elevado nível de subjetividade e complexidade para a identificação de uma variedade de alternativas realisticamente disponíveis, que podem não ser excludentes entre si; (ii) utilização das referidas alternativas realisticamente disponíveis como substitutas de transações efetivamente praticadas pelo contribuinte, com recurso à analogia para a exigência de IRPJ e CSLL; (iii) elevada abertura à discricionariedade, sem previsão legal de mecanismos de

³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. New Brazilian transfer pricing regime edited by government. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2023, p. 51-57.

controle quanto aos limites da ingerência das autoridades fiscais na esfera privada de decisões dos contribuintes; (iv) atenção insuficiente à igualdade, segurança jurídica, legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Caso se pretenda manter o teste ORA em meio às novas regras brasileiras de preços de transferência, será crucial a sua remodelagem, com a discussão de medidas de controle de discricionariedade, especialmente relacionadas ao ônus probatório a que a administração fiscal deve estar incumbida para a demonstração da efetiva existência de alternativas realisticamente disponíveis, que comprovadamente se mostrem comercialmente racionais e que sejam francamente adotadas por partes não relacionadas em transações internacionais. Tais discussões, ainda assim, estariam fadadas a observar a expressa vedação de recurso à analogia (CTN, art. 108, § 1º) e o mandatário dever de vivificação dos mandamentos constitucionais, como a igualdade, legalidade, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade.

Como medida para evitar que a administração fiscal recorra a procedimentos complexos e potencialmente danosos como o teste ORA, outro acrônimo deve ser considerado como saudável alternativa: o APA (“Advanced Pricing Agreement”³⁷), previsto no art. 38 da Lei n. 14.596/2023 como “Processo de consulta específico em matéria de preços de transferência”.

Com o APA, autoridades fiscais e contribuintes podem antecipar entendimentos quanto à aplicação das regras de preços de transferência aos casos concretos³⁸, inclusive quanto ao delineamento das transações sem a substituição das transações praticadas, com a “determinação das premissas críticas quanto às transações futuras”³⁹. Tal procedimento pode gerar impacto positivo nas relações mantidas entre eles e colaborar com a qualidade do *compliance* tributário⁴⁰.

Nesse contexto, é salutar que a euforia da recepção das diretrizes da OCDE não inebrie os juristas brasileiros a ponto de que se esqueçam de que as regras de preços de transferência estão sujeitas a todos os fundamentos que edificam o Direito Tributário. Não se pode cair na armadilha de aceitar o vilipêndio ao direito dos contribuintes pela aposta de que o teste ORA será utilizado em casos esporádicos, inclusive em homenagem às lições do Professor Schoueri que nos advertem quanto à “suave perda da liberdade”⁴¹.

³⁷ AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing. *International Transfer Pricing Journal* vol. 27, n. 2. Amsterdam: IBFD, 2020, p. 112-122.

³⁸ WRAPPE, Steven C.; KRAMER, Matthew. Advance pricing agreements – looking for transfer pricing certainty in uncertain times. *Bloomberg Tax Insight* (3 May 2019). Disponível em: <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report/insight-advance-pricing-agreements-looking-for-transfer-pricing-certainty-in-uncertain-times>. Acesso em: 21 set. 2023.

³⁹ Lei n. 14.596/2024, art. 38, § 1º, IV.

⁴⁰ AZMI, Anna Azriati Che; HOONG, Voon Yuen. Tax aggressiveness and negotiations: a conceptual paper (Elsevier 2014). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042814059059>. Acesso em: 21 set. 2023.

⁴¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. A suave perda da liberdade. *Revista Direito Tributário Atual* vol. 18. São Paulo: IBDT, 2004.

Procedimento Amigável em Caso de Bitributação Devido a Diferentes Constatações Fáticas em Ambos os Países – uma Questão em Aberto*

Michael Lang

1. Direito Tributário Internacional e segurança jurídica

Luís Schoueri é um dos cientistas de direito tributário mais reconhecidos mundialmente. Ele possui excelentes conexões internacionais, ministra palestras em diversas universidades e participa de conferências mundo afora. Nos conhecemos há muitos anos e, com o tempo, isso não resultou apenas num vínculo profissional, mas também no desenvolvimento de estreitas relações de amizade. Nossas famílias e nós sempre ansiamos em nos encontrar, seja em São Paulo, Viena, Rust ou em outro lugar qualquer.

Um dos temas acadêmicos que nos conecta é, sem dúvida, o direito tributário internacional. Ambos estamos conscientes de que é necessário lutar continuamente pelo Estado de Direito e que a segurança jurídica é de grande importância, especialmente no direito tributário. Na área do direito tributário internacional, o procedimento amigável, regulado pelo art. 25 da Convenção Modelo da OCDE é um dos instrumentos com os quais os contribuintes podem se defender contra uma tributação contrária aos tratados. Espero trazer alegria para quem comemora seu 20º aniversário de titular na USP e, como seu amigo, me dedicar a um pequeno aspecto desse procedimento amigável.

2. Direito interno em matéria de apuração de fatos

Na literatura especializada se vê, com alguma frequência, a afirmação – geralmente sem maiores justificativas – de que as “constatações incorretas sobre os questões de fato” também podem resultar em uma tributação que, de acordo com o art. 25, item 1, da Convenção Modelo da OCDE, esteja “em desacordo com as disposições desta Convenção” e ,por esta razão, um procedimento amigável pode ser iniciado¹. Tais declarações baseiam-se, obviamente, na ideia de que as autoridades de todos os Estados devem se esforçar igualmente para investigar as questões de fato. Se a bitributação surgir porque as autoridades de pelo menos um Estado não investigaram os fatos de forma suficientemente aprofundada, ocorre uma violação ao acordo para evitar a bitributação.

Entretanto, as coisas não são tão simples assim. Em todos os países existem regras processuais sobre como as autoridades fiscais devem determinar e apurar os fatos. Alguns países têm regras explícitas em suas leis processuais, enquanto em outros países a jurisprudência desenvolveu os princípios que as autoridades fiscais acolhem no seu dia a dia. Essas regras processuais podem variar de diversas maneiras².

* Tradução do alemão para o português por Fernando Aurelio Zilveti e Victor Borges Polizelli.

¹ ISMER/PIOTROWSKI. In: VOGEL/LEHNER (coord.). *Doppelbesteuerungsabkommen*. 7. ed. 2021, art. 25, nota 38.

² Vide especialmente as referências em: LEIDHAMMER. General Report – national concepts. In: MEUSEN (coord.). *The Burden of Proof in Tax Law*, 2013, p. 19 ss) e os Relatórios Nacionais contidos no mesmo.

É importante avaliar qual é a relação entre a obrigação da autoridade de investigar o assunto *ex officio* e a obrigação do contribuinte de contribuir e participar na determinação de todos os fatos relevantes. Na maioria dos países, as obrigações da autoridade e do contribuinte se complementam. Em alguns países, porém, as autoridades são mais exigidas do que os contribuintes, enquanto em outros países ocorre exatamente o contrário. A extensão da obrigação de cooperação depende muitas vezes também das opções que a autoridade tem para tomar, ela própria, medidas de investigação. Se os fatos ocorrem no estrangeiro, a autoridade fica de mãos atadas por razões de direito internacional. Os agentes das autoridades fiscais não podem, facilmente, tomar medidas oficiais em outra jurisdição.

Por outro lado, em muitos sistemas tributários existe uma obrigação adicional de o contribuinte cooperar nas relações externas. Se o contribuinte não cumprir a sua obrigação de cooperar na investigação dos fatos, a autoridade pode limitar-se na determinação dos fatos às provas de que dispõe. Verificam-se com alguma frequência, regras diferentes sobre se as autoridades, nesses casos, ainda são obrigadas a utilizar as suas ações de assistência administrativa internacional consagradas em acordos de bitributação e em outros tratados internacionais.

As consequências caso o contribuinte não cumpra com a sua obrigação de cooperar também nem sempre são as mesmas. Isto pode, muitas vezes, ser em detrimento do contribuinte, e a autoridade tem o direito de assumir, entre duas ou mais possíveis maneiras pelas quais os fatos poderiam ter ocorrido, a variante que leva a uma maior carga tributária. Em outros países as autoridades continuam obrigadas, também nesses casos, a ser completamente objetivas.

Existem também diferenças em como lidar com as alegações do contribuinte sobre os fatos do caso no processo. Alguns sistemas jurídicos permitem que as autoridades – quando elas, por exemplo, estiverem satisfeitas com as receitas fiscais resultantes da avaliação jurídica dos fatos – aceitem essas informações sem investigações adicionais. Por outro lado, existem regulamentos processuais de países segundo os quais a autoridade deve continuar obrigada a utilizar os seus meios para investigar como os fatos ocorreram na realidade.

Observam-se ainda grandes diferenças entre os diferentes sistemas jurídicos quanto às provas que podem ser utilizadas. Em algumas jurisdições, as provas que podem ser utilizadas não são de todo limitadas. No entanto, existem frequentemente restrições significativas: a lista de provas admissíveis pode ser exaustiva desde o início. Apenas determinados tipos de documentos podem ser levados em conta.

Notam-se, por exemplo, diferentes padrões para o reconhecimento de documentos traduzidos de outros idiomas. As regras também diferem frequentemente na extensão da obrigação das autoridades de entrevistar testemunhas nomeadas pelo contribuinte. O valor dos depoimentos das testemunhas também pode ser completamente diferente se as testemunhas forem obrigadas a dizer a verdade. Se e quais pessoas podem se recusar a depor também é regulamentado de forma diferente em cada sistema jurídico. Muitas vezes se encontram regras processuais completamente diferentes sobre a forma como as provas obtidas ilegalmente devem ser tratadas. Em alguns sistemas jurídicos existem proibições explícitas de utilização de tais provas, enquanto em outros sistemas jurídicos elas podem ser levadas em conta.

Ainda faz diferença em que fase do processo ou em que momento as provas podem ser levadas em conta. Em alguns países, os tribunais ou, particularmente, as cortes supremas só estão autorizadas a rever a avaliação jurídica do caso, mas estão vinculadas aos fatos já apurados pela autoridade. Não estão autorizadas a tomar quaisquer novas medidas investigativas e, mesmo que sejam apresentadas novas provas que deixem claro que os fatos do caso eram completamente diferentes, já não estão autorizados a levar isso em conta.

Muitas vezes existem regras processuais segundo as quais as provas só podem ser apresentadas até um determinado momento – como, por exemplo, o final da instrução oral. Se determinadas provas só se tornarem acessíveis ao contribuinte posteriormente, já não poderão ser utilizadas pelas autoridades na decisão, que muitas vezes só ocorre meses depois.

Finalmente, os padrões que as autoridades devem aplicar ao avaliar os fatos no caso também variam. Em alguns sistemas jurídicos a autoridade deve estar completamente convencida de que os fatos do caso ocorreram desta maneira e não de outra forma. Em alguns países é necessário, em caso de dúvida, utilizar a hipótese que seja mais favorável ao contribuinte. Em outros países é exatamente o contrário. Os tribunais aceitam que, em caso de dúvida, as autoridades tenham assumido a variante que conduz a uma maior arrecadação. Em outros Estados, quando a autoridade tiver coletado todas as provas e ainda houver diversas possibilidades de como o caso ocorreu, ela terá que prosseguir com a variante que for mais provável.

Esta abordagem sobre as distintas regras processuais relevantes para a determinação dos fatos do caso, que podem ser concebidas de forma completamente diferente em cada país, poderia ainda ser continuada. Mas estes poucos exemplos já demonstram que, dependendo das regras processuais, as autoridades de diferentes países podem determinar fatos completamente diferentes³. Se eles não estabelecerem os fatos tal como realmente ocorreram, isso não significa, *ipso facto*, que estejam a violar as regras processuais do seu país. Pelo contrário, os regulamentos processuais de um país podem forçar as suas autoridades a determinar os fatos de uma forma específica, tal como a observância de outros regulamentos processuais do outro país pode levar a que aí se assuma um conjunto de fatos diferentes.

Em muitos casos já não é possível determinar com 100% de certeza como os fatos realmente aconteceram, mesmo que as autoridades pudessem utilizar tempo e dinheiro ilimitados para a tarefa. Além disso, os recursos governamentais são limitados em todos os países. As autoridades devem, portanto, limitar a quantidade de tempo e dinheiro que dedicam à descoberta da verdade. É precisamente por isso que todos os países têm regulamentos que, em última análise, decidem quais são os recursos que a autoridade deve ou pode utilizar na investigação e determinação dos fatos. No entanto, como foi demonstrado, estes regulamentos processuais podem ser completamente diferentes em cada país.

³ LANG. Qualification conflicts. *Global Tax Treaty Commentary* (atualizado para 2023), Capítulo 2.1.3.

3. Acordos de bitributação e autonomia processual dos Estados contratantes

As considerações até agora demonstraram que a determinação de fatos diferentes em dois países se deve muitas vezes às diferentes regras processuais que devem ser aplicadas na determinação dos fatos. No entanto, os tratados para evitar a dupla tributação (TDTs) não contêm quaisquer requisitos explícitos em matéria de regras processuais. Embora os TDTs conttenham regras processuais específicas em algumas jurisdições – como o próprio procedimento amigável – em geral eles utilizam o respectivo direito processual dos Estados-membros para implementar as obrigações convencionais. Os TDTs contêm direito material na medida em que regulam a forma como são distribuídas as competências tributárias entre os países.

No entanto, se o direito de um Estado tributar for excluído ou pelo menos limitado pelo TDT, o direito doméstico de cada Estado determina o Estado contratante implementa a sua obrigação decorrente do tratado. Por exemplo, regula quais autoridades são responsáveis, quais formulários devem ser utilizados e quanto tempo o contribuinte pode ter para apresentar um pedido de restituição.

O direito material e o direito processual estão sempre intimamente ligados; a distinção é muitas vezes difícil⁴. Se alguém tiver um determinado direito legal ao abrigo do direito material, só poderá exercê-lo se cumprir os critérios estabelecidos pelo direito processual. Se esses critérios forem demasiado restritos, o direito material correspondente pode se tornar quase sem sentido. Exemplos disso podem ser facilmente encontrados no direito dos tratados para evitar a bitributação⁵. Se um Estado condiciona a validade de uma redução de tributos resultante do TDT à apresentação do certificado de residência emitido pelas autoridades do outro Estado, e estas se recusarem a emitir tais certificados, o direito concedido ao abrigo do tratado se torna inútil.

Muitas vezes existem constelações de situações semelhantes no direito da União Europeia. O direito primário e as diretivas concedem certos direitos que geralmente têm de ser aplicados de acordo com a legislação nacional do respectivo Estado-membro. O direito da União só prevê as suas próprias regras processuais em casos excepcionais. Existe, portanto, também o risco, no contexto europeu, de que os Estados-membros torpedeiem o cumprimento das reivindicações do direito da União Europeia por meio de regulamentos processuais restritos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) desenvolveu os seguintes princípios⁶:

“De acordo com a jurisprudência estabelecida, na ausência de disposições específicas do direito da União Europeia neste domínio, em conformidade com o princípio da autonomia processual dos Estados-membros, as modalidades de implementação (da Diretiva) são da competência do seu sistema de direito nacional. No entanto, estas modalidades não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regulam situações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) e não devem

⁴ LANG. Procedural conditions for the implementation of tax treaty obligations under domestic law. In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, 2007, p. 389 (391).

⁵ LANG. In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, p. 392.

⁶ EUROPA – TJUE. EuGH 15. 6. 2023, C-287/22, ECLI:EU:C:2023, p. 491, Rn 40.

tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade) [...]”

Esta jurisprudência existe desde 1976⁷. O TJUE referiu-se ao requisito de lealdade contido no art. 5º do Tratado da União Europeia. É discutível se esta disposição tem algum significado independente⁸. O TJUE teria provavelmente desenvolvido esta jurisprudência mesmo que não houvesse nenhuma disposição explícita de lealdade no Tratado da União Europeia. É, portanto, óbvio ver a verdadeira base jurídica para os requisitos de equivalência e efetividade no direito da União Europeia ou, pelo menos, no direito primário como um todo⁹. A razão para tanto é garantir que as reivindicações ao abrigo do direito da União Europeia sejam respeitadas e não sejam torpedeadas por critérios processuais do direito nacional. Os dois critérios estabelecidos são, portanto, óbvios¹⁰. O legislador nacional poderia impedir a execução de ações judiciais da União Europeia, estabelecendo as suas próprias regras processuais de modo muito mais restritivo do que as aplicáveis à execução de outras ações judiciais. O princípio da equivalência proíbe isto. No entanto, isto por si só não seria suficiente, pois os Estados-membros poderiam não só limitar as regulamentações estritas às reclamações ao abrigo do direito da União Europeia, mas também incluir outras reclamações. Por conseguinte, aplica-se também o princípio da efetividade, segundo o qual o exercício de direitos ao abrigo do direito da União não pode ser tornado praticamente impossível ou excessivamente difícil.

Se é inerente ao direito da União Europeia proteger as pretensões garantidas pelo direito da União Europeia contra a autonomia processual dos Estados-membros, faz sentido derivar limites comparáveis à autonomia processual dos Estados contratantes a partir dos TDTs, pois a situação é comparável. O direito da União Europeia e o direito dos tratados utilizam o direito processual dos Estados-membros ou dos Estados contratantes para fazer cumprir as potenciais reivindicações que criam. Existem, portanto, boas razões para deduzir do TDT que a autonomia processual dos Estados contratantes está sujeita às restrições dos princípios de equivalência e efetividade¹¹.

O que isto poderá significar em termos de regulamentos processuais para o Estado contratante de um TDT? Se determinados regulamentos processuais se aplicassem exclusivamente a casos de TDTs, nos quais, por exemplo – em contraste com outros procedimentos de direito tributário – o interrogatório de testemunhas seria geralmente excluído ou – mais uma vez em contraste com outros procedimentos – a etapa de produção de provas só estaria disponível em primeira instância, mas não no contexto do tribunal ou de autoridades superiores, isso poderia ser considerado contrário ao tratado.

É mais difícil encontrar casos em que possa haver violação do princípio da efetividade. Este poderá ser o caso se a regulamentação relativa ao procedimento de investigação fiscal for concebida de tal forma que seja geralmente altamente improvável que um fato seja estabelecido no final do procedimento que pelo menos se aproxima do que

⁷ LANG, In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, p. 392.

⁸ LANG, In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, p. 395.

⁹ LANG, In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, p. 395.

¹⁰ LANG, In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, p. 395.

¹¹ LANG, In: MAISTO (coord.). *Courts and Treaty Law*, p. 396.

realmente aconteceu. Tal situação poderá surgir se as provas que a autoridade pode utilizar forem extremamente limitadas.

4. Consequências para o procedimento amigável

Essas considerações mostram que existem boas razões para acreditar que a autonomia processual dos Estados contratantes não é completamente ilimitada. Contudo, na prática, os princípios da equivalência e da eficácia raramente terão significado prático. Por outro lado, isto significa que os Estados contratantes são essencialmente livres para formular os seus regulamentos processuais para determinar e apurar os fatos, que também são relevantes para a área do direito dos tratados para evitar a bitributação, quase da forma que desejarem. Desde que os Estados não violem a proibição de equivalência ou efetividade com os seus regulamentos processuais, não há violação de uma disposição do acordo se chegarem a conclusões diferentes sobre os fatos com base em regramentos investigativos diferentes.

Se outras normas do tratado para evitar a bitributação forem posteriormente aplicadas aos fatos interpretados de forma diferente, isso não constitui uma violação do acordo se apenas as disposições aplicáveis do acordo forem aplicadas a cada uma das duas formas de interpretação dos fatos. No entanto, isto também significa que, em regra, a bitributação, que em última análise se baseia em fatos diferentes, não justifica, por si só, o início de um procedimento amigável.

Caso os fatos sejam apurados em violação das regras processuais do próprio Estado, como, por exemplo, por não ter sido concedida a oportunidade das partes para serem ouvidas, isso tampouco constitui, por si só uma violação ao acordo. Regra geral, meras violações da legislação nacional não justificam o início de um procedimento amigável. A questão interessante é se em tais casos poderia haver uma violação do acordo devido a uma violação do princípio da equivalência e, em casos extremos, do princípio da efetividade.

Ocorrendo um procedimento de investigação defeituoso num caso relacionado com a aplicação do TDT, isso poderá ser visto como um tratamento desigual em relação a outros casos em que todos os requisitos processuais são respeitados. No entanto, o argumento contra isto é que na maioria dos países e em todas as áreas do direito sempre haverá casos em que existam erros no processo de investigação.

Contudo, não deve ser esquecido que os procedimentos amigáveis ainda podem contribuir para a determinação dos fatos. Se um procedimento amigável for realizado por razões de alegada violação do acordo, e a autoridade de um Estado receber informações que no momento agora apresenta os fatos de forma diferente para ela, e estas informações puderem ser consideradas de acordo com as regras processuais do Estado, isso pode a que os fatos sejam reestabelecidos pela autoridade competente de acordo com a lei nacional e, possivelmente, uma disposição diferente da lei fiscal nacional ou do TDT seja aplicada.

Preços de Transferência e a Relevante Contribuição Doutrinária de Luís Eduardo Schoueri

Paulo Ayres Barreto

Não se alcança a condição de professor na prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sem a reunião de uma série de atributos pessoais, somados a uma dedicação à academia que seja verdadeiramente exemplar. Muito mais desafiadora ainda é a ascensão na carreira universitária até o seu patamar mais elevado. E a Luís Eduardo Schoueri não faltaram as qualificações necessárias, muitos menos o especial empenho para assumir, há 20 anos, por concurso, a disputada cadeira de Professor Titular de Direito Tributário da USP. Desde 2008, quando ingressei como professor associado na mesma instituição, tenho tido o privilégio de acompanhar o desenvolvimento de uma trajetória acadêmica exemplar. Com denodo e de forma incansável Schoueri tem se dedicado à pesquisa, à transmissão de conhecimentos, à formação de talentos e ao fortalecimento da USP no âmbito internacional.

Optei por escrever sobre tema de especial predileção do nosso homenageado: os preços de transferência. A matéria foi objeto da minha dissertação de mestrado em 1999. Na mesma época, Schoueri publica obra que se tornaria um clássico: *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. Torna-se a maior autoridade no País sobre o assunto. Desde então debatemos a matéria, com diversos pontos de vista em comum. Temos também as nossas inevitáveis divergências, tão salutares na pesquisa científica.

Selecionei três aspectos para destacar esse profícuo diálogo com o mestre, ao longo desse período, a saber: (i) o princípio *arm's length* e a consideração dos métodos previstos na Lei n. 9.430/1996 como sugestivos ou um *safe harbour* para o contribuinte; (ii) o desbordamento de balizas legais estabelecidas sobre o tema por atos infralegais; (iii) impressões iniciais sobre o novo regramento da matéria, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional (Lei n. 14.596/2023). Nesse contexto, uma breve digressão inicial sobre a evolução legislativa do tema é de relevo.

1. Legislação sobre preços de transferência no tempo

A preocupação do legislador brasileiro em relação aos negócios realizados com pessoas vinculadas já estava patente desde a edição da Lei n. 4.506, de 30 de dezembro de 1964, quando foram elencadas as hipóteses de distribuição disfarçada de lucros, posteriormente alteradas pelo Decreto-lei n. 1.598/1977. Contudo, foi com a publicação da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que a disciplina dos preços de transferência surgiu no ordenamento jurídico brasileiro.

As normas sobre preços de transferência estão inseridas no conjunto geral do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido. Conformam conteúdo normativo de caráter antielísivo, cujo objetivo principal é o de evitar a transferência indireta (por intermédio dos preços pactuados) de lucros para o exterior, nas operações realizadas por pessoas vinculadas.

Nesses 27 anos de regência da matéria tivemos uma série de alterações que visavam ao aperfeiçoamento da legislação e à correção equívocos e, mais recentemente, uma mudança bem mais radical no plexo normativo, com o objetivo declarado de se buscar uma maior aproximação com o regramento internacional, notadamente no âmbito da OCDE.

Em maio de 2017, o governo brasileiro apresentou oficialmente uma carta contemplando um pedido de adesão perante a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Desde então, o Brasil passou a intensificar seus esforços para se tornar um país membro da referida Organização, buscando afastar empecilhos e cumprir determinados pré-requisitos. E um dos pontos mais sensíveis relativamente a esse intento dizia respeito à legislação dos preços dos transferências.

Com efeito, o legislador brasileiro, no regramento original da matéria, não percorreu o mesmo caminho da OCDE no tocante aos preços de transferência. Apesar de a exposição de motivos da Lei n. 9.430/1996 indicar que as normas na ocasião propostas estariam em conformidade com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE, no sentido de evitar a prática lesiva aos interesses nacionais de transferências de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas operações com pessoas vinculadas residentes ou domiciliadas no exterior, existem notórias diferenças entre as regras brasileiras e as diretrizes propugnadas pela referida Organização.

Os métodos adotados pela OCDE para identificação dos preços sem interferência (*arm's length*) não possuem fórmulas mágicas; percentuais fixos imputáveis a título de lucro razoável; margens estimadas; e não fazem uso de ficções ou presunções. Ao revés, a Lei n. 9.430/1996 carregava consigo uma série de presunções e ficções de constitucionalidade duvidosa.

Prova cabal desse distanciamento foi o reconhecimento por parte do Brasil de que algo precisava ser feito para aproximar a legislação interna das diretrizes fixadas pela OCDE, verdadeira condição para potencializar as chances de ingresso na referida organização. E nessa trilha foi aprovada a Lei n. 14.596/2023, objeto da conversão da Medida Provisória n. 1.152/2022.

Feita essa breve aproximação à legislação de regência da matéria no tempo, vamos examinar os três aspectos antes referidos. Imperioso gizar que, em qualquer cenário, estaremos sempre cuidando de um mero ajuste na base de cálculo do imposto sobre a renda. A apuração do ajuste pode ser complexa, mas não pode desbordar o arquétipo constitucional do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro. Destarte, só há de se cogitar de ajuste na base de cálculo desses tributos se estivermos efetivamente diante de um acréscimo patrimonial.

2. Preços de transferência e o padrão *arm's length*

O caráter antielisivo da legislação de preços de transferência não se sobrepõe aos termos da Constituição Federal de 1988. Segundo pensamos, encontramos no texto constitucional o conceito jurídico de renda. A partir dos enunciados prescritivos encontrados especialmente no Capítulo “Do Sistema Tributário Nacional” é possível construir o conceito de renda, que necessariamente deve ser observado pelo legislador infraconstitucional.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho¹, “a hipótese de incidência da norma de tributação da ‘renda’ consiste na aquisição de aumento patrimonial, verificável pela variação de entradas e saídas num determinado lapso de tempo”. Tamanha realidade jurídica, portanto, não pode ser ignorada pelo legislador ordinário. Devido a essas características marcantes do nosso ordenamento jurídico, não se permite uma alteração no plano infraconstitucional, de modo a restringir ou alargar o conceito constitucional de renda.

Desta forma, a despeito dos nobres propósitos do legislador infraconstitucional de evitar a transferência indireta, por meio de preços pactuados entre pessoas vinculadas, de lucro para o exterior, a legislação de controle aos preços de transferência não pode tributar qualquer outra riqueza que não sejam aquelas que se conformam ao conceito constitucional de renda.

A transação de mercadorias, produtos e serviços envolvendo terceiros independentes, a rigor, é um ato típico do livre comércio, que se rege pelas leis de mercado, notadamente a lei da oferta e demanda. Quando, no entanto, esta transação envolve partes vinculadas, as leis de mercado correm o risco de não serem observadas². É que essas partes, exatamente pelo fato de serem vinculadas, podem vir a praticar preços que terceiros independentes jamais praticariam³, em virtude das relações especiais que possuem e dos eventuais laços de subordinação e/ou filiação.

O ponto central do debate, pois, consiste na determinação de qual é o preço sem interferência, também denominado preço estipulado com base no padrão *arm's length*. As legislações existentes mundo afora que versam sobre o controle dos preços de transferência, assim como a legislação brasileira, buscam ao menos em tese identificar o preço sem interferência. Isto é assim porque, uma vez encontrado este preço, consegue-se desvendar, via comparação, se as partes vinculadas praticaram ou não um preço artificial, como forma de viabilizar a transferência indireta de lucros ao exterior. Presente tal situação, procede-se a um ajuste na base calculada do imposto sobre a renda, de modo a fazer incidir este imposto sobre a parcela de lucro transferida indiretamente.

Desta forma, de um modo geral, pode-se concluir que as legislações sobre preços de transferência se resumem a “desconfigurar” uma realidade artificial construída pelas partes vinculadas mediante manipulação dos preços, para, na sequência, “transformá-las” em uma realidade concreta de mercado, tendo como parâmetro os preços sem interferência, ou melhor, o preço estipulado *at arm's length*. Este é o pensamento e a vontade da OCDE. Todavia, não é necessariamente isso o que se verificava no Brasil.

De fato, o legislador brasileiro, ao regrar originalmente a matéria (Lei n. 9.430/1996) não seguiu a mesma direção da OCDE. A exposição de motivos da referida lei chega a indicar que as normas propostas estariam em conformidade com as regras adotadas por países integrantes da OCDE. Entretanto, sua comparação com o conteúdo

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 700.

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 11.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. Preços de transferência no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Tributário Internacional* vol. 3, ano 1, n. 3. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2006, p. 188.

dos enunciados prescritivos previstos na legislação revelava uma patente contradição. Notórias eram as diferenças entre as regras contidas na Lei n. 9.430/1996 e as diretrizes propugnadas pela OCDE.

Para promoção dos ajustes na base calculada do imposto sobre a renda, as recomendações da OCDE têm como pressuposto o padrão *arm's length*. Os métodos de cálculos sugeridos pela Organização se baseiam em margens definidas caso a caso, de acordo com o setor econômico, com o ramo da atividade empresarial, com o produto considerado individualmente e até mesmo com as estratégias de negócios empregadas. Já no Brasil, a Lei n. 9.430/1996, em nome da praticabilidade, faz uso de ficções e presunções mistas, estipulando percentuais fixos imputáveis a título de lucro razoável e margens prefixadas.

Tendo esta conjuntura em mente, fomos levados, no nosso *Imposto sobre a Renda e preços de transferência*⁴, a adotar um posicionamento inicial no sentido de que a Lei n. 9.430/1996 não teria positivado o padrão *arm's length*. Nos termos em que foram plasmadas as normas que regulamentaram os preços de transferência no Brasil, da comparação entre os preços pactuados e aqueles apurados mediante aplicação dos métodos positivados, obtinha-se não o preço que teria sido acordado entre partes não relacionadas, mas um outro preço influenciado pelos critérios definidos na própria lei, os quais, longe de identificar um preço sem interferência, levavam a um outro valor, que poderia ser significativamente superior ou inferior ao de mercado, dando ensejo a ajustes que distorciam a base calculada do imposto sobre a renda, infirmoando a materialidade do fato jurídico previsto no antecedente da norma geral e abstrata.

Em outras palavras, os métodos de cálculo previstos na legislação brasileira de 1996 conduziam à identificação de um preço qualquer que potencialmente não corresponderia ao preço sem interferência. Como corolário, temos que a tributação provocada pelos ajustes na base calculada do imposto sobre a renda poderia gerar um recolhimento a menor ou um recolhimento a maior do IRPJ e da CSLL. Nessa conformidade, entendemos que a Lei n. 9.430/1996 padece de vícios sob todas as perspectivas, pois (i) ora pode prejudicar o contribuinte, quando ocasiona a tributação uma certa circunstância que não se subsume ao conceito constitucional de renda e; (ii) ora pode beneficiar o contribuinte, quando deixa de tributar um lucro realmente transferido ao exterior.

Por conta dessas observações, chegamos à conclusão no nosso *Imposto sobre a renda e preços de transferência*⁵ de que o padrão *arm's length* não teria sido positivado pelo ordenamento jurídico nacional. Havia um claro distanciamento entre o critério de comparação decorrente do método susorreferido e a regra do não favoritismo.

Posteriormente, em um novo estudo, denominado de *O tratamento transnacional nos preços de transferência e seus limites constitucionais*⁶, continuamos nos baseando nas mesmas premissas, quais sejam: (i) de que há um conceito constitucional de renda; e (ii) de que a Lei n. 9.430/1996 não positivou plenamente o padrão *arm's length*.

⁴ BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

⁵ BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.

⁶ BARRETO, Paulo Ayres. O tratamento transnacional nos preços de transferência e seus limites constitucionais. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 131-147.

A grande diferença é que nesta oportunidade, buscando identificar uma interpretação conforme a Constituição Federal brasileira, apoiamos-nos na hermenêutica histórica, valorizando a exposição de motivos dos atos normativos, os debates parlamentares, os trabalhos de elaboração das leis etc., enxergando-os como instrumentos exegéticos para a reconstrução das razões que levaram à promulgação da lei, dentro do momento histórico da sua edição. São documentos que inequivocamente representam um recurso precioso no processo interpretativo.

Com base nisso, a despeito da distância existente entre a disciplina dos preços de transferência no Brasil e o regime adotado pelos países-membros da OCDE e, considerando que a exposição de motivos da Lei n. 9.430/1996 refere-se diretamente às regras adotadas pela OCDE, passamos a sustentar que os princípios e as regras adotados pela OCDE podem influenciar a interpretação do tema, sempre que a mera aplicação dos métodos de cálculos, nos termos em que especificamente preceitua a Lei n. 9.430/1996, levar a um distanciamento das razões que iluminaram a inserção desse tema no ordenamento jurídico brasileiro, de um lado, e do conceito constitucional de renda, do outro.

Se antes apenas constatávamos a contradição entre a exposição de motivos da Lei n. 9.430/1996 e o conteúdo do enunciado prescritivo dos dispositivos previstos, neste estudo reconhecemos a possibilidade de os princípios e as regras da OCDE iluminarem a aplicação da Lei n. 9.430/1996. Não à toa o legislador ordinário mencionou na exposição de motivos da Lei n. 9.430/1996 que as normas propostas na ocasião estariam em conformidade com regras adotadas pelos países-membros da OCDE.

Em matéria de preços de transferência, essa interpretação corresponde a uma forma eficaz de se enfrentar as distorções ou inconstitucionalidades que a aplicação dos métodos positivados poderia vir a ensejar. Ora, na medida em que as diretrizes da OCDE propugnam pela identificação do preço sem interferência, aquele estipulado *at arm's length*, os métodos de cálculo previstos na legislação brasileira não podem se distanciar dessa realidade. Se, porventura, o resultado do ajuste na base calculada do imposto sobre a renda, por conta da utilização de um dos nossos métodos de cálculos, vier a provocar uma tributação distorcida, o contribuinte tem o direito de se valer de outro mecanismo em conformidade com o padrão *arm's length*.

Portanto, na busca de fazer valer a regra do não favoritismo, repetimos, os métodos prescritos na lei brasileira de 1996 não devem ser interpretados como taxativos, mas como sugestivos. Além dos métodos enumerados pela Lei n. 9.430/1996, outros meios de prova podem ser adotados, notadamente quando o propósito for prestigiar a regra do não favoritismo e o conceito constitucional de renda, além do princípio da igualdade entre aqueles que têm relações comerciais com partes não relacionadas e os que transacionam com partes relacionadas. Afinal, ao adotar generalizações e padronizações, o regime legal se afasta das particularidades do caso concreto, podendo levar a resultados inadmissíveis⁷.

E exatamente nesse contexto que surge importante diálogo com Luís Eduardo Schoueri. Examinando o princípio *arm's length* em um panorama internacional, Schoueri

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. O *arm's length* como princípio ou *standard* jurídico. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 2017.

propugna, na esteira do sugerido em Manual da ONU sobre o tema, que as margens predeterminadas não sejam adotadas em caráter absoluto, mas funcionem como um *safe harbour*. Em outras palavras, o contribuinte que atender às margens estaria seguro, tendo assegurado o direito de não atender a novas exigências. De outro lado, aqueles que se sentirem prejudicados pelas margens predeterminadas teriam o direito de exigir das autoridades administrativas a aplicação de margens adequadas. São visões que se aproximam em relação aos efeitos finais e que prestigiam o padrão *arm's length* e, consequentemente, segundo a minha ótica, o conceito constitucional de renda.

3. O deletério uso de instruções normativas para desbordar o limite legal

Grande parte do excessivo contencioso tributário brasileiro tem origem em conteúdos normativos exarados no plano infralegal, em absoluta desconformidade com a baliza posta pela lei. Trata-se de conduta que, a pretexto de proteger o erário e sua maior capacidade de arrecadação, gera insegurança, causa inúmeros litígios e, ao final, gastos públicos decorrentes do atualmente pesado ônus de sucumbência. De toda sorte, é fenômeno recorrente, registrado também na normatização dos preços de transferência. Com efeito, o Poder Executivo, ao regulamentar a aplicação do método PLR, com margem de 60%, desbordou limites legais estabelecidos pela Lei n. 9.430/1996, então vigente. Em consequência, o resultado alcançado mediante aplicação desse método, seguindo parâmetros postos em lei, será diverso daquele obtido com base nas prescrições insertas em veículo introdutor de normas de caráter secundário (IN SRF n. 243/2002).

Schoueri mostrou, com acerto, tal descompasso, evidenciando as divergências nas fórmulas de cálculo extraídas da Lei n. 9.430/1996 e da IN SRF n. 243/2002. A lei previa a aplicação do percentual de 60% sobre o valor integral do preço líquido de venda do produto diminuído do valor agregado no país. Já a instrução normativa determina a aplicação do mesmo percentual, mas apenas sobre a parcela do preço líquido de venda do produto relativa à participação dos bens, serviços ou direitos importados. Nas palavras de Schoueri, “a Instrução Normativa disciplinou um cálculo que se descola do que previu o legislador”⁸. Há, ainda, diferenças na forma de obtenção do preço parâmetro entre o disposto na lei e o fixado na instrução normativa antes aludida.

Enfaticamente, aduz o mestre que “as autoridades administrativas discordando dos preços parâmetros que resultariam da aplicação da Lei 9430/96, resolveram ‘corrigi-la’, chegando a um método que assegure, sempre, a tributação de uma margem de lucro no País de 60% para quem produza bens no País”⁹.

O tema foi amplamente debatido em nossos tribunais. Ao final, a tese esposada por Schoueri sagrou-se vencedora em processo de sua própria condução cuja ementa é a seguinte:

“Processual civil e tributário. Agravo em recurso especial. Afronta aos artigos 165, 458 e 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Transações internacionais entre partes

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Margens predeterminadas, praticabilidade e capacidade contributiva. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009. vol. 3, p. 126.

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Margens predeterminadas, praticabilidade e capacidade contributiva. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009. vol. 3, p. 127.

vinculadas. Preços de transferência. Base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Método do preço de revenda menos lucro – PRL60. Cálculo da Instrução Normativa SRF 243/2002. Ilegalidade. Art. 18, II, da Lei 9430/96. 1. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9/3/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973. 2. Não há violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC/1973, quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, abordando todos os pontos essenciais à solução da controvérsia apresentada. 3. O controle de preços de transferência tem como fundamento a necessidade de prevenir a erosão das bases tributáveis através da manipulação de preços nas operações transnacionais praticadas entre partes vinculadas, e para isso estabelece métodos para estimar um preço-parâmetro para tais operações. 4. O art. 12, § 11, da IN SRF 243/02 desbordou da mera interpretação do art. 18, II, da Lei 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente. 5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.” (STJ, AREsp n. 511.736/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, *DJ* 27.10.2022)

É sempre muito produtiva a concentração em um único profissional dos atributos do jurista de renome e acatamento internacional, com o advogado zeloso e combativo na intransigente defesa dos interesses de seus clientes, como se vê nos deslinde desse tema.

4. Impressões iniciais sobre o novo regramento dos preços de transferência, na Lei n. 14.596/2023

Diferentemente do que ocorria com a Lei n. 9.430/1996, que apenas referira ao padrão *arm's length* em sua exposição de motivos, o art. 2º da Lei n. 14.596/2023 expressamente adota este parâmetro, conceituando-o como o princípio a partir do qual “os termos e as condições de uma transação controlada serão estabelecidos de acordo com aqueles que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis”. Ademais, a regra geral deixa de ser o método mais favorável ao contribuinte, passando a ser o método mais apropriado às características da transação (art. 11), em linha com as diretrizes da OCDE (*most appropriate method*).

De maneira geral, a Lei n. 14.596/2023 estabelece um iter procedimental conforme o qual se deve, inicialmente, delinear a transação controlada para, em seguida, realizar o exame de sua comparabilidade com transações entre partes independentes, conforme o método mais apropriado (art. 6º). O delineamento da transação controlada é regulamentado pelo art. 7º do novel diploma legal, que demanda a consideração dos termos contratuais, das funções exercidas pelas partes, das características dos bens, direitos ou serviços transacionados, das circunstâncias econômicas do mercado e das estratégias de negócios relevantes. O § 1º desse dispositivo, adicionalmente, determina que se deve examinar as “opções realisticamente disponíveis” para a entidade a respeito da transação, para determinar se partes não relacionadas teriam feito outra transação ou mesmo nenhuma transação. Conforme o art. 8º da Lei n. 14.596/2023, quando se concluir que partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis não realizariam a

transação de determinada maneira, o exame de comparabilidade será realizado com a transação alternativa que poderia ter sido realizada pelas partes.

Trata-se de um exame bastante subjetivo, cujos efeitos podem ser muito relevantes. A nosso sentir, este teste não poderá ser conduzido de maneira a desconsiderar as decisões normais de negócio da pessoa jurídica, exigindo um verdadeiro “propósito negocial”¹⁰ no âmbito das regras de preços de transferência, sob pena de tributação de algo que verdadeiro acréscimo patrimonial não é, em violação ao conceito constitucional de renda.

Após a identificação da transação controlada, o preço parâmetro, que seria adotado por partes não relacionadas em transações comparáveis, será determinado conforme o método mais apropriado. O art. 11 da Lei n. 14.596/2023 cita os cinco métodos constantes dos *Guidelines* da OCDE sobre preços de transferência, sem qualquer referência a margens fixas ou a presunções e ficções, como fazia a lei anterior. Ademais, o inciso VI do art. 11 ressalta a possibilidade de que o contribuinte adote “outros métodos, desde que a metodologia alternativa adotada produza resultado consistente com aquele que seria alcançado em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas”. Trata-se, a nosso sentir, de mudança muito salutar, que representa a positivação do entendimento que defendemos à luz da legislação anterior, no sentido do caráter sugestivo dos métodos previstos pela lei.

5. Conclusão

A adoção inicial das normas de preços de transferência no Brasil, como regra antielisiva específica visando ao controle da transferência de lucros para sociedades vinculadas no exterior mediante manipulação de preços, foi marcada por fortes tensões entre a praticabilidade (representada pela adoção de ficções e presunções, principalmente por meio de margens de lucro pré-fixadas) e o conceito constitucional de renda. Além disso, não raro regulamentações da matéria por parte das autoridades fiscais criaram restrições sem fundamento legal, forçando os contribuintes a buscar o Poder Judiciário, como ocorreu relativamente à regulamentação do chamado “PRL-60” pela IN SRF n. 243/2002.

A nova sistemática de controle de preços de transferência prevista na Lei n. 14.596/2023 avançou significativamente no sentido do emprego de análises mais pormenorizadas e específicas para verificar os preços que seriam adotados em transações não controladas, na linha da metodologia pregada pela OCDE.

Naturalmente, a nova legislação de preços de transferência demandará regulamentação por parte das autoridades fiscais acerca dos seus aspectos mais específicos. Além disso, demandará um processo de modificação da relação entre as autoridades fiscais e os contribuintes acerca da matéria, especialmente no bojo do “Processo de Consulta Específico em Matéria de Preços de Transferência”, previsto no art. 38 da nova lei. Neste processo, os contribuintes e autoridades fiscais poderão sempre contar, como ocorreu com a legislação anterior, com os apontamentos doutrinários precisos de Luís Eduardo Schoueri.

¹⁰ Sobre o tema, cf. nosso: BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário: limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 163 e seguintes.

O Comportamento comercialmente Racional e as Opções realisticamente Disponíveis no Controle dos Preços de Transferência

Ramon Tomazela

Andressa Pegoraro

1. Introdução

Luís Eduardo Schoueri, professor homenageado no presente estudo, apresentou inestimáveis contribuições ao desenvolvimento do direito tributário, com projeção no Brasil e no exterior, inclusive no campo da fiscalidade internacional.

Entre as suas inúmeras obras doutrinárias, merece destaque, no campo do direito tributário internacional, o livro *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*, lançado pela saudosa Editora Dialética, que tratou com profundidade teórica, orientação analítica e clareza expositiva os problemas concretos encontrados na prática empresarial do controle dos preços de transferência.

Recentemente, a Lei n. 14.596/2023 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro novas regras de preços de transferência, alinhadas ao padrão *arm's length* e às diretrizes internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Fruto de conversão da Medida Provisória n. 1.152/2022, a nova lei decorre de um longo projeto conduzido pela Receita Federal do Brasil (RFB), com o apoio da OCDE e do Governo do Reino Unido, para a convergência do sistema tributário brasileiro às práticas internacionais de preços de transferência.

Para homenagear a enorme contribuição do Professor Luís Eduardo Schoueri para esse tema, nada melhor do que apresentar, neste artigo, breves apontamentos sobre a exigência de consideração do comportamento comercialmente racional e das opções realisticamente disponíveis no delineamento das transações para fins de controle dos preços de transferência.

2. O delineamento da transação para fins de controle de preços de transferência

O delineamento da transação está no epicentro do controle dos preços de transferência, uma vez que, para que seja possível identificar uma transação comparável, é preciso, primeiro, ter a exata dimensão da transação a ser controlada.

O art. 7º da Lei n. 14.596/2023 dispõe que o delineamento da transação controlada será efetuado com fundamento na análise dos fatos e das circunstâncias da transação e das evidências da conduta efetiva das partes, com vistas a identificar as relações comerciais e financeiras entre as partes relacionadas e as características economicamente relevantes associadas a essas relações.

Em conformidade com as orientações da OCDE, o art. 7º da Lei n. 14.596/2023 prevê o percurso de 5 (cinco) etapas para a identificação das características econômica-

mente relevantes e dos fatores de comparabilidade das transações intragrupo, no contexto do seu adequado delineamento¹, a saber: (i) os termos contratuais da transação, que derivam tanto dos documentos e dos contratos formalizados quanto das evidências da conduta efetiva das partes; (ii) as funções desempenhadas pelas partes da transação, considerados os ativos utilizados e os riscos economicamente significativos assumidos; (iii) as características específicas dos bens, direitos ou serviços objeto da transação controlada; (iv) as circunstâncias econômicas das partes e do mercado em que operam; e (v) as estratégias de negócios e outras características consideradas economicamente relevantes.

De acordo com o art. 7º, § 1º, da Lei n. 14.596/2023, no delineamento da transação controlada serão consideradas as opções realisticamente disponíveis para cada uma das partes da transação controlada, de modo a avaliar a existência de outras opções que poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes e que teriam sido adotadas caso a transação tivesse sido realizada entre partes não relacionadas, inclusive a não realização da transação.

Na sequência, o art. 7º, § 2º, da Lei n. 14.596/2023 estabelece que, caso as características economicamente relevantes da transação controlada identificadas nos contratos formalizados e nos documentos apresentados diverjam daquelas verificadas a partir da análise dos fatos, das circunstâncias e das evidências da conduta efetiva das partes, a transação controlada será delineada com fundamento nos fatos, nas circunstâncias e nas evidências da conduta efetiva das partes.

3. A análise das opções realisticamente disponíveis

A origem da análise das opções realisticamente disponíveis deita raízes nas regras de preços de transferência dos Estados Unidos, cuja regulamentação editada pelo Internal Revenue Service (“IRS”) previa que “a autoridade fiscal pode considerar as alternativas à disposição do contribuinte para determinar se os termos da transação controlada seriam aceitáveis para um contribuinte independente diante das mesmas alternativas e operando em circunstâncias comparáveis”². Inspirada na regulamentação norte-americana, a OCDE introduziu a noção de opções realisticamente disponíveis em suas Diretrizes de Preços de Transferência em 1995, com a expansão de sua relevância a partir de 2010³.

Em linhas gerais, a análise das opções realisticamente disponíveis insere-se no contexto do delineamento da transação e da avaliação da sua racionalidade comercial, tendo por objetivo investigar se nenhuma alternativa oferece uma oportunidade mais atrativa para a consecução dos objetivos negociais das partes. Segundo a OCDE, partes independentes não realizariam uma transação cujos efeitos sejam piores do que outras opções disponíveis⁴. Trata-se, portanto, de uma análise holística, que leva em considera-

¹ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 40 (§ 1.36).

² No original: “[...] the Commissioner may consider the alternatives available to the taxpayer in determining whether the terms of the controlled transaction would be acceptable to an uncontrolled taxpayer faced with the same alternatives and operating under comparable circumstances”.

³ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD Transfer Pricing Guidelines. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 297.

⁴ Segundo a OECD: “[...] independent enterprises would only enter into a transaction if it is not expected

ção as duas partes da transação, cujo objetivo consiste verificar se aquela opção escolhida é a mais adequada e atrativa para atender aos interesses e aos objetivos negociais das partes, em comparação com as demais alternativas disponíveis no mercado no momento da contratação da operação.

Para essa análise, será preciso identificar as alternativas realisticamente disponíveis para atingir aquele fim pretendido pelo contribuinte, levando-se em consideração uma série de fatos, tais como o objetivo perseguido, os recursos à disposição da administração, o modelo de negócio, a estratégia que a gestão tem para o futuro do empreendimento, as perspectivas de negócios atuais e futuras do ramo de atividade explorado e o ambiente econômico externo. Essa análise quantitativa e qualitativa levaria a uma triagem de todas as opções realisticamente disponíveis e que poderiam ter sido potencialmente consideradas pelo contribuinte para a consecução dos seus objetivos empresariais⁵.

Embora essa análise esteja inserida no contexto do delineamento da transação, é certo que a requalificação ou desconsideração da transação praticada pelo contribuinte somente pode ocorrer em situações extremas e excepcionais. Segundo a OCDE, a requalificação da operação por parte das autoridades fiscais pode acontecer quando as características economicamente relevantes da transação, verificadas por meio do seu delineamento, são incompatíveis com o contrato celebrado⁶ ou, ainda, quando a transação não é comercialmente racional⁷. Nessas situações extremas, a transação praticada pelo contribuinte pode ser desconsiderada e, se for o caso, substituída por outra transação que reflita de forma mais adequada o comportamento deliberado das partes ou o comportamento que seria esperado de partes independentes, agindo de forma comercialmente racional.

O ponto fulcral, de acordo com a OCDE, consiste em definir se a transação praticada pelo contribuinte possui racionalidade comercial, cabendo investigar se aquele arranjo contratual teria sido praticado por partes independentes em circunstâncias comparáveis. Não se trata, portanto, de mera constatação da existência, ou não, de arranjos similares entre partes independentes⁸.

O caráter excepcional da requalificação ou substituição de transações é destacado nas Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE, nas quais se enfatiza expressamente que, como esse expediente pode gerar litígios entre o Fisco e o contribuinte e resultar em dupla tributação da renda, todo esforço deve ser feito para a definição da real natureza da transação, sem que a requalificação seja utilizada apenas em virtude da dificuldade de se determinar um preço *arm's length*⁹.

to make them worse off than their next best option" (OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 41 (§ 1.38).

⁵ PAREKH, Siddharth. The concept of "options realistically available" under the OECD Transfer Pricing Guidelines. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 301.

⁶ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 75 (§ 1.140).

⁷ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 75 (§ 1.142).

⁸ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.143).

⁹ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 75 (§ 1.142).

O Manual Prático da ONU confirma que a requalificação ou substituição de transações deve ser feita em caráter excepcional¹⁰, destacando, inclusive, os problemas de dupla tributação da renda que podem surgir caso as autoridades fiscais de diferentes Estados passem a utilizar transações substitutivas diferentes (conflitos de qualificação), além da elevada insegurança jurídica para os contribuintes¹¹.

4. O comportamento economicamente racional nas Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE

No âmbito internacional, a OCDE enfatiza que o papel do padrão *arm's length* não resume a mera determinação do preço das transações (i.e., *arm's length price*), permitindo uma interpretação mais ampla do comportamento que seria adotado por partes independentes no mercado em condições semelhantes (i.e., *arm's length behaviour*). Como mencionado, esse comportamento esperado de partes independentes seria avaliado, no âmbito das regras internacional de preços de transferência, no momento do delineamento da transação praticada pelo contribuinte.

Segundo a OCDE, “a transação, tal como corretamente delineada, pode ser desconsiderada e, se apropriado, substituída por uma transação alternativa, quando os arranjos feitos em relação à transação, vistos em sua totalidade, diferirem daqueles que teriam sido adotados por empresas independentes se comportando de forma comercialmente racional em circunstâncias comparáveis”¹².

Ao tratar da racionalidade comercial da operação em suas Diretrizes de Preços de Transferência, a OCDE utiliza o exemplo das seguradoras cativas¹³, que são utilizadas para superar a dificuldade – ou até a impossibilidade – de obter proteção para certos riscos. Como se sabe, os contratos de seguro com seguradoras cativas suscitam a dificuldade de se estabelecer um valor *arm's length* para o prêmio de seguro e de se determinar a racionalidade comercial do arranjo.

Imagine-se uma fábrica construída em uma região de elevada instabilidade geográfica, causada por desastres naturais, com terremotos, maremotos e enchentes, a ponto de seguradoras independentes no mercado não terem interesse em assumir esse risco. Nessa hipótese, se nenhuma parte independente aceitaria segurar esse risco, esse pode ser um indicativo de que a transação não é comercialmente racional. Suponha-se que essa fábrica decida contratar seguro com uma seguradora cativa do grupo, mediante

¹⁰ United Nations. *United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York: United Nations, 2021, p. 54 (§ 3.3.2.2).

¹¹ United Nations. *United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York: United Nations, 2021, p. 54 (§ 3.3.2.6).

¹² Tradução livre. No original: “The transaction as accurately delineated may be disregarded, and if appropriate, replaced by an alternative transaction, where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction.” (OECD. *Aligning transfer pricing outcomes with value creation*. Paris: OECD, 2015, p. 39)

¹³ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.146).

pagamento de prêmio de 80% do valor dos ativos protegidos (estrutura física, planta industrial, máquinas e equipamentos, e estoque)¹⁴.

Em tal situação, seria necessário investigar as opções realisticamente disponíveis para o contribuinte, em vez da celebração do contrato de seguro. No caso em tela, as alternativas mais realistas seriam: (i) realocar a fábrica para outra região, não sujeita a desastres naturais de caráter recorrente; ou (ii) manter a sua operação na região, sem a contratação de seguro¹⁵. Em ambos os casos, a fábrica não incorreria em despesas com prêmio de seguro e a seguradora cativa não teria as receitas relativas ao prêmio, de modo que não haveria a transferência de lucro para o Estado onde está localizada a seguradora cativa¹⁶. Na prática, se essa fábrica porventura tiver a sorte de passar um ou dois anos sem desastres naturais, ou de enfrentar apenas desastres naturais de pequena monta, o valor economizado com prêmio de seguro de 80% será suficiente para obter uma economia significativa de despesas.

Esse exemplo da seguradora cativa, além de exagerado e extremamente improvável, peca por desnaturar a própria essência do contrato de seguro, que é caracterizado pela existência da álea, tendo como causa jurídica a proteção contra um dano futuro e incerto. No exemplo relatado pela OCDE, a existência da álea é questionável, em virtude do significativo grau de certeza da ocorrência da enchente¹⁷.

O segundo exemplo utilizado pela OCDE envolve uma empresa de pesquisa e desenvolvimento, denominada R&D Company. Uma segunda empresa do grupo econômico, denominada Smart Company, celebra um contrato de aquisição de propriedade intelectual com a R&D Company, segundo o qual, mediante um pagamento único (*lump sum payment*), todos os ativos intangíveis futuramente desenvolvidos pela R&D Company serão de propriedade da Smart Company. Segundo a OCDE, esse arranjo contratual é comercialmente irracional, pois nenhuma das partes possui qualquer meio confiável para determinar se o pagamento único acordado reflete um valor apropriado, tanto porque há elevada incerteza em relação à extensão das atividades de pesquisa e desenvolvimento a serem exercidas quanto porque qualquer avaliação do potencial resultado dessa atividade é integralmente especulativa¹⁸.

Realmente, no exemplo utilizado pela OCDE, que consta originalmente do Relatório das Ações 8, 9 e 10 do Projeto Beps¹⁹, não há como prever o que será produzido pela R&D Company, que pode criar diversos ativos intangíveis úteis e valiosos, assim como pode desenvolver ativos intangíveis inúteis e fadados ao fracasso. Logo, na visão da

¹⁴ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.146).

¹⁵ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.146).

¹⁶ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.147).

¹⁷ LAVEZ, Raphael Assef. Beps: para quem? Avaliando o Projeto da OCDE a partir do princípio *arm's length*. *A tributação internacional na era pós-Beps: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 272.

¹⁸ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.148).

¹⁹ OECD. *Aligning transfer pricing outcomes with value creation*. Actions 8-10: 2015. Final Reports. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 40 (§§ 1.126 a 1. 128).

OCDE, partes independentes dificilmente celebrariam um contrato como esse, no qual é impossível verificar o caráter comutativo da contraprestação, vis-à-vis aos produtos que serão desenvolvidos pela R&D Company.

Em tal cenário, considerando as alternativas realísticas disponíveis, a transação poderia ser requalificada pelas autoridades fiscais como uma operação de financiamento para futuro desenvolvimento de ativos intangíveis ou como uma contratação da R&D Company para a prestação de serviços de pesquisa e desenvolvimento, com recebimento antecipado do preço²⁰.

O segundo exemplo relatado também é bastante exagerado e improvável, além de ter sido descrito de forma bastante simplificada. Não há, portanto, informações suficientes para avaliar a suposta falta de racionalidade comercial da transação e os critérios que foram utilizados para requalificá-la como uma operação de financiamento para futuro desenvolvimento de ativos intangíveis ou como uma prestação de serviços de pesquisa e desenvolvimento com recebimento antecipado do preço.

5. O comportamento economicamente racional e a análise das opções realisticamente disponíveis no discurso jurídico

A análise do art. 8º da Lei n. 14.596/2023, em conjunto com as passagens das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE já examinadas, demonstra que há uma notória imbricação entre o *comportamento economicamente racional* e a análise das *opções realisticamente disponíveis*. Isso porque, segundo esse dispositivo legal, “quando se concluir que partes não relacionadas, agindo em circunstâncias comparáveis e comportando-se de maneira comercialmente racional, consideradas as opções realisticamente disponíveis para cada uma das partes, não teriam realizado a transação controlada conforme havia sido delineada, [...] a transação ou a série de transações controladas poderá ser desconsiderada ou substituída por uma transação alternativa, com o objetivo de determinar os termos e as condições que seriam estabelecidos por partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis e agindo de maneira comercialmente racional”.

Como se vê, é preciso avaliar a transação controlada à luz do *comportamento comercialmente racional* de partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis, levando-se em consideração *as opções realisticamente disponíveis*.

No plano teórico, o *comportamento economicamente racional* pode ser visto como um “*standard* jurídico”. Isso porque o “*standard* jurídico” representa uma espécie de padronização de comportamento, isto é, um padrão, uma referência ou um modelo de conduta, que serve de guia para a avaliação das ações de sujeitos de direitos. Trata-se, assim, de uma *conduta social paradigmática*, comumente utilizada pelo legislador como “padrão de comportamento” ou como “conduta média”²¹. É o que se verifica, por exemplo, na noção

²⁰ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 76 (§ 1.148).

²¹ Sobre a caracterização do próprio *arm's length* como um “*standard* jurídico”, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. O *arm's length* como princípio ou como *standard* jurídico. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.). *Estudos de direito tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 203-230.

de “homem médio” utilizada para verificar, na aferição da gravidade culpa para fins do art. 944, parágrafo único, do Código Civil²², o grau de diligência que o homem médio empregaria em sua conduta. Outro exemplo de “*standard* jurídico” pode ser encontrado no padrão comportamental do “bom pai de família”.

Já a análise das opções realisticamente disponíveis representa uma “cláusula geral”, a ser concretizada pelo intérprete no momento da aplicação da lei. Veja-se que aqui não existe um padrão de comportamento a ser avaliado, mas uma margem de atuação conferida pelo legislador, que deverá ser concretizada segundo o “*standard* jurídico” do *comportamento economicamente racional*. A cláusula geral é uma norma jurídica propositadamente vaga, cuja materialização deverá levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Como exemplo, cite-se a cláusula geral utilizada pelo art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional (CTN) para avaliar as obrigações acessórias, que podem ser instituídas “no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. O interesse da arrecadação ou da fiscalização vai ser consolidado no caso concreto, a depender do tipo de tributo e das características do seu fato gerador. A noção de *opções realisticamente disponíveis* atua como uma “cláusula geral”, pois a matriz de opções disponíveis para as partes dependerá do tipo de transação e do objetivo negocial que elas pretendem atingir naquele caso.

A crítica que surge, nesse ponto, reside justamente na tentativa de concretização de uma “cláusula geral” por meio de um “*standard* jurídico” falho e criticável, conforme será demonstrado a seguir.

6. Críticas ao comportamento comercialmente racional

A principal crítica que pode ser feita à abordagem seguida nos arts. 7º e 8º da Lei n. 14.596/2023 reside na concretização de uma “cláusula geral” (i.e., *opções realisticamente disponíveis*) por meio de um “*standard* jurídico” (i.e., *comportamento economicamente racional*) que não possui corroboração prática, estando baseado em uma *construção teórica ideal de um modelo de teoria econômica*.

De fato, a exigência de comportamento economicamente racional está baseada no pressuposto teórico de que os agentes econômicos se comportam da forma mais eficiente, rentável e produtiva, como foco na minimização dos custos e maximização dos lucros, em linha com as Escolas Clássicas e Neoclássicas do pensamento econômico²³. Assim, como agentes econômicos tomam decisões empresariais baseados no objetivo de maximizar os lucros, assume-se que partes independentes comparam todas as alternativas disponíveis e escolhem aquela mais favorável²⁴. No entanto, a utilização desse “*standard* jurídico” como um balizador do comportamento dos contribuintes merece uma análise crítica.

²² “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

²³ PINHO, Diva Benevides. A racionalidade econômica – abordagem histórica. *Revista de História – USP* vol. 54, n. 107. São Paulo: USP, 1976, p. 173-174.

²⁴ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD Transfer Pricing Guidelines. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 298.

Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que não existe apenas uma opção de comportamento ou de decisão empresarial compatível com o *arm's length*. Ainda que a alternativa escolhida pelo contribuinte para estruturar os seus negócios não seja a mais eficiente possível, o negócio jurídico, desde que lícito, deverá ser preservado para fins fiscais, inclusive no âmbito do controle dos preços de transferência. O padrão *arm's length* exige que partes relacionadas observem, em suas transações, condições comerciais que seriam pactuadas por terceiros, mas isso não significa que há um único caminho possível, assim considerado aquele com maior eficiência econômica.

Em segundo lugar, a análise das opções realisticamente disponíveis falha ao deixar de considerar que agentes econômicos possuem vieses comportamentais que influenciam suas decisões, em conjunto com estímulos externos e impulsos internos. Ao longo do tempo, a abordagem clássica e neoclássica de que agentes econômicos se comportam da forma mais eficiente, rentável e produtiva foi sendo atualizada a partir de influxos da realidade socioeconômica, que é complexa²⁵. Isso sem contar nos diversos fatores pessoais e psicológicos que podem influenciar no comportamento econômico, como o caráter, a idade, o nível cultural, o meio ao seu redor, a categoria profissional, entre inúmeros fatores. Daí a lição de Diva Benevides Pinho no sentido de que “o comportamento econômico resulta do intercâmbio do homem inserido na sua comunidade, não sendo nem puramente racional, nem puramente emocional”²⁶. Essa constatação coloca em xeque a possibilidade de substituição ou requalificação de transações com base nas opções realisticamente disponíveis.

Em terceiro lugar, agentes econômicos apresentam diferenças no apetite e no grau de tolerância a riscos, o que influencia em suas decisões empresariais. Desse modo, mesmo que a análise de risco e retorno indique a opção A como mais adequada, o grau de aversão a risco de determinado gestor pode levar à escolha da opção B, sem que isso autorize a substituição de transações para fins de controle de preços de transferência. Não cabe ao Fisco, portanto, considerar que a opção A seria a mais adequada e, portanto, aquela que seria escolhida por partes independentes.

Em quarto lugar, não se pode perder de vista que agentes econômicos podem ter uma compreensão limitada da realidade. Trata-se, aqui, da noção de *racionalidade limitada*, que deriva da incapacidade de absorção, por agentes econômicos, de todas as informações disponíveis no mercado. É justamente por conta dessa impossibilidade biológica de apreensão completa de todos os fatores conjecturais que circundam o agente econômico que as decisões empresariais são baseadas em recortes parciais da realidade, feitos com base nas informações disponíveis e no contexto da compreensão limitada de cada indivíduo.

Em quinto lugar, é preciso reconhecer que as decisões empresariais são influenciadas por questões sociais e – quiçá – afetivas. Apenas para ilustrar a questão com um

²⁵ PINHO, Diva Benevides. A racionalidade econômica – abordagem histórica. *Revista de História – USP* vol. 54, n. 107. São Paulo: USP, 1976, p. 183.

²⁶ PINHO, Diva Benevides. A racionalidade econômica – abordagem histórica. *Revista de História – USP* vol. 54, n. 107. São Paulo: USP, 1976, p. 187.

exemplo singular, veja-se que um cliente não escolhe seu advogado apenas com base na qualidade do serviço, reputação e preço, mas muitas vezes levando em consideração questões de afinidade, relacionamento pessoal e confiança.

Em sexto lugar, cabe pontuar que a análise de risco e retorno das opções realisticamente disponíveis é repleta de incertezas, que envolvem, por exemplo, probabilidade de ocorrência de eventos, análise de sensibilidade, estimativas de riscos, expectativas de inflação, juros e outras condições econômicas. Ora, se há tantas estimativas nas variáveis a serem examinadas, como pode o Fisco alegar que uma opção é *claramente* mais viável do que aquela escolhida pelo contribuinte?

7. A impossibilidade de precificação segundo o padrão *arm's length* como pressuposto para a desconsideração ou requalificação

O fundamento central da análise da racionalidade econômica da transação, que não pode ser ignorado pelo intérprete no exame de casos concretos, reside na própria determinação do preço *arm's length*. Ou seja, o problema de transações que carecem de racionalidade comercial reside na *impossibilidade de precificá-las segundo o padrão de mercado*. É justamente essa impossibilidade de adequação ao padrão *arm's length* que supostamente confere legitimidade à requalificação ou à desconsideração da transação para fins de controle de preços de transferência.

É o que se pode inferir da leitura atenta das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE e do Manual Prático da ONU:

OCDE	ONU
The transaction as accurately delineated may be disregarded, and if appropriate, replaced by an alternative transaction, where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, <i>thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties</i> taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction ¹ .	Tax authorities should not substitute other transactions in the place of those that have actually been undertaken. They should also not disregard actually undertaken transactions other than in exceptional circumstances. Such circumstances may exist, for example, where the arrangements viewed in their totality are not commercially rational, <i>thereby preventing the determination of an arm's length price for each party to the transaction</i> (taking into account their own perspectives and the options realistically available to each of them) ² .

Uma leitura desavisada dos trechos transcritos pode levar ao inadequado entendimento de que, sempre que uma operação for economicamente irracional, não há como

²⁷ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 75 (§ 1.142).

²⁸ United Nations. *United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries 2021*. New York: United Nations, 2021, p. 54 (§ 3.3.2.2).

valorá-la segundo o padrão *arm's length*. Porém, como é padrão *arm's length* que supostamente confere fundamento para a requalificação, é preciso reconhecer que se houver uma operação comercialmente irracional, mas que seja passível de valoração segundo o padrão *arm's length*, não haverá a necessidade de sua requalificação pelas autoridades fiscais. Na prática, é possível que a maioria das transações economicamente irracionais não seja passível de valoração segundo o padrão *arm's length*, pela falta de comparáveis no mercado. Ainda assim, o alerta é importante para que a requalificação da operação não se torne um procedimento trivial, a ser aplicado segundo a conveniência arrecadatória do Fisco.

8. Opções não disponíveis

A alternativa, para que esteja disponível para o contribuinte, precisa ser passível de adoção sob o ponto de vista fático e jurídico. Não se pode considerar como opção disponível uma transação que implique violação a regras jurídicas ou cuja viabilidade fática seja extremamente difícil, senão impossível. Além disso, para que seja realisticamente disponível para as partes, a alternativa deve ser praticável e até esperada no curso normal de negócios. Como exemplo, diante de uma crise econômica, não seria uma opção realística admitir que uma fabricante de produtos têxteis pudesse diversificar a sua atividade econômica, passando a fabricar produtos químicos ou aviões comerciais. Ainda que esses setores não tivessem sido afetados pela crise e essa mudança de objeto pudesse ser rentável se implementada, não se trata de uma opção realística pressupor a possibilidade de mudança de ramo de atividade²⁹.

É nesse contexto que surge a questão de saber se o Fisco pode considerar como uma opção realisticamente disponível um negócio jurídico alternativo que seria factível para uma parte independente, mas que seria irreal para partes relacionadas, que estão inseridas dentro do mesmo grupo econômico. As Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE são omissas a esse respeito. Apesar disso, Siddharth Parekh sustenta que seria uma abordagem prudente considerar todas as opções que estariam disponíveis para uma parte independente, mas sem ignorar a realidade comercial e o fato de que a empresa está inserida no contexto de um grupo econômico³⁰. Com isso, descartam-se as opções que sejam hipoteticamente viáveis para as partes, mas que não se amoldam aos interesses dos grupos econômicos nos quais elas estão inseridas.

Deixar de considerar a realidade do grupo econômico na análise das opções realisticamente disponíveis seria extremamente pernicioso. Como exemplo, sob o enfoque de partes independentes, um *cash pooling* dificilmente seria a opção mais eficiente disponível para cada parte de uma transação isoladamente, pois haveria alternativas mais rentáveis para a aplicação do superávit de caixa, com menor risco (*v.g.*, aplicações financeiras, depósitos remunerados, cédulas de créditos bancários, títulos de crédito beneficiados

²⁹ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD Transfer Pricing Guidelines. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 301-302.

³⁰ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD Transfer Pricing Guidelines. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 302.

com isenções fiscais), em vez de simplesmente entregar os recursos para a entidade centralizadora. O ganho de sinergia proporcionado pelo *cash pooling* advém justamente do seu efeito conjunto no grupo econômico, em razão da eficiência gerada na administração dos recursos financeiros.

Também não se deve considerar com uma opção disponível uma alternativa negocial que seja contraintuitiva ou extremamente complexa, bem como aquela que não seja de conhecimento da parte no momento da realização da transação. A título de ilustração, imagine-se a consideração, na análise de alternativas para a captação de recursos, de estruturas de financiamento com instrumentos financeiros híbridos, que podem ser customizados de acordo com a conveniência das partes. Não são todas as empresas que possuem setores de tesouraria com o nível de conhecimento necessário na área de engenharia financeira para trabalhar com operações estruturadas de financiamento ou com instrumentos financeiros complexos. Nesses casos, não se pode incluir essa alternativa como uma opção realisticamente disponível.

9. Casos da experiência internacional

A análise de casos extraídos da experiência internacional pode ajudar a compreender a aplicação prática das noções de racionalidade comercial e opções realisticamente disponíveis. Para facilitar a abordagem e manter a objetividade da exposição, os casos reais foram simplificados em relação aos detalhes fáticos, para focar nos aspectos essenciais para a análise do tema abordado neste estudo, abstraindo-se de discussões periféricas.

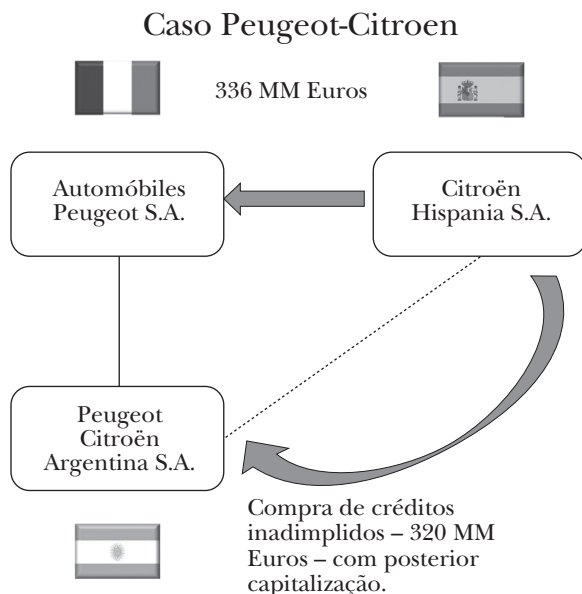
9.1. Caso Peugeot-Citroen

O primeiro caso a ser mencionado é o da Peugeot-Citroen. Em resumo, Citroën Hispania S.A. (“Citroën Espanha”), sediada na Espanha, adquiriu, da Automóviles Peugeot S.A. (“Peugeot França”), com sede na França, participação societária na Peugeot Citroën Argentina S.A. (“Peugeot Argentina”), pelo valor de 336 milhões de Euros. Ato contínuo, a Citroën Espanha adquiriu, da própria Peugeot Argentina, vários créditos inadimplidos que ela detinha contra clientes na Argentina.

À época, a Argentina já vinha em uma profunda crise, com mais de três anos de recessão econômica severa, o que tornava duvidosa a probabilidade de liquidação desses créditos. Após essa aquisição, Citroën Espanha utilizou os direitos de crédito adquiridos, no valor de aproximadamente 320 milhões de euros, em contribuição ao capital da própria Peugeot Argentina, aumentando, assim, o valor do investimento.

Na sequência, a Citroën Espanha registrou perdas no valor do investimento em decorrência da alta probabilidade de inadimplemento dos créditos utilizados em aumento de capital na Peugeot Argentina, sendo que à época dos fatos não havia regra na Espanha que impedisse essa dedução. O procedimento adotado pela Citroën Espanha era semelhante à constituição de uma provisão para perdas na realização de investimentos, mas não havia regra que impedisse a sua dedução para fins fiscais.

Para facilitar, confira-se a seguir a representação do caso:



Em procedimento de fiscalização, o Fisco efetuou o lançamento de ofício contra a Citroën Espanha para glosar a dedução das perdas por ela apuradas em relação ao investimento, sob o argumento de que partes independentes não teriam comprado os créditos inadimplidos que foram utilizados em aumento de capital, dada a notável crise financeira na Argentina e a elevada probabilidade de inadimplência.

Já em sede de contencioso, o caso foi submetido ao Supremo Tribunal Administrativo da Espanha, que considerou que os direitos creditórios poderiam ter sido adquiridos por terceiros independentes agindo de forma comercialmente racional, pois há fundos de investimento e empresas especializados na aquisição de créditos de empresas em estresse financeiro ou em situação de insolvência.

Em reforço, o Supremo Tribunal Administrativo acrescentou que o art. 9(1) do acordo de bitributação celebrado entre a Argentina e a Espanha não autorizaria essa desconsideração de transações apenas com base nas regras de preços de transferência, de modo que a autoridade fiscal teria que ter seguido os requisitos de aplicação da “General Anti-Avoidance Rule” (“GAAR”) em vigor na Espanha, o que exigiria a comprovação, pelo Fisco espanhol, das hipóteses ali previstas para a desconsideração ou requalificação de atos ou negócios jurídicos (*v.g.*, motivo exclusivamente tributário, abuso de direito, falta de substância econômica, estruturas excessivamente complexas, benefício fiscal desproporcional ao proveito econômico etc.).

A decisão em questão é digna de aplausos nesse particular, pois era improcedente o argumento do Fisco no sentido de que os créditos adquiridos não poderiam ser valorados segundo o padrão *arm's length*. A realidade econômica demonstra que mesmo em situações de aparente insolvência existe um mercado ativo para aquisição de créditos de empresas em situações de estresse financeiro, ainda que com elevado deságio. Logo, se

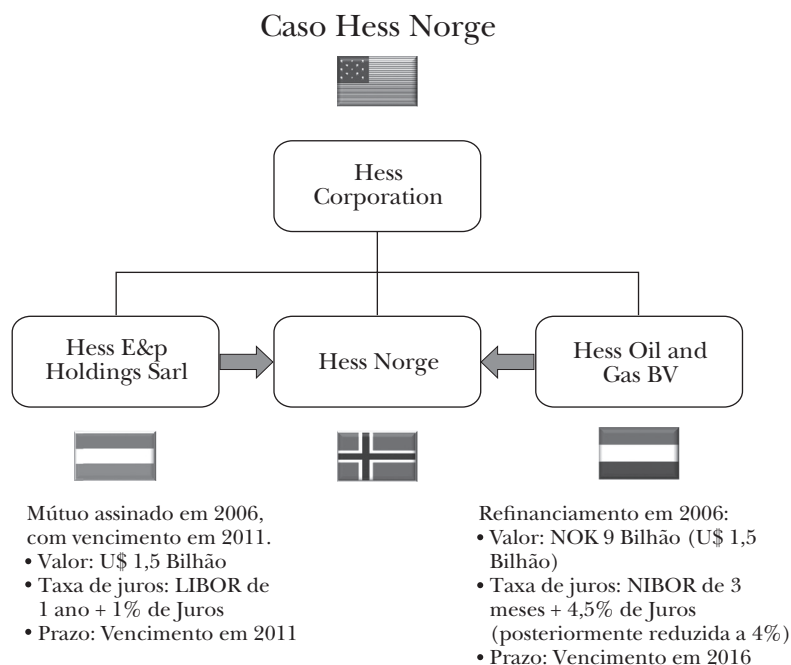
os créditos adquiridos podem ter um valor de mercado, não cabe ao Fisco requalificar a operação com fundamento no padrão *arm's length*³¹.

9.2. Caso Hess Norge

Outro caso da experiência internacional que merece destaque é o caso Hess Norge, jugado pela Corte de Apelação de Gulating, na Noruega.

Em 2006, a Hess Norge, sediada na Noruega, firmou contrato de mútuo com a empresa Hess E&P Holdings SARL, uma sociedade integrante do mesmo grupo econômico sediada em Luxemburgo, no valor de 1,5 bilhão de dólares, com juros baseados na taxa Libor pelo prazo de um ano, acrescido de margem de 1%, com vencimento em 2011.

Ocorre que, em 2009, dois anos antes do vencimento do contrato de mútuo (originalmente previsto para 2011), a Hess Norge realizou o refinanciamento da dívida junto a Hess Oil and Gas BV, sediada na Holanda, que também integrava o mesmo grupo econômico. Na operação de refinanciamento, houve a fixação de novas condições contratuais, com a mudança da moeda de denominação do contrato de dólares norte-americanos para coroas norueguesas, o que modificou o valor do principal para 9 bilhões de coroas norueguesas, equivalente a 1,5 bilhão de dólares. Além da repactuação da moeda, a remuneração devida a título de juros foi fixada com base na taxa Nibor para o prazo de três meses, acrescida de uma margem de 4,5% (percentual este posteriormente reduzido para 4%). O prazo de vencimento do novo contrato de mútuo passou a ser fixado para o ano de 2016. Confira-se:



³¹ ROJO, Luis Durán; NINA, Paul. The use of paragraphs 1.119 to 1.128 of the 2017 OECD Transfer Pricing Guidelines for the Application of Transfer Pricing Rules. *Intertax* vol. 48, n. 6/7. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017 (on-line), item 5.

Em procedimento de fiscalização, as autoridades fiscais norueguesas questionaram não apenas a taxa de juros estabelecida pelas partes, cujo percentual fixo deveria ser reduzido de 4% para 0,825%, mas também a própria racionalidade comercial da transação, pois terceiros independentes não repactuariam suas dívidas antes do prazo de vencimento para aumentar a taxa de juros devida.

Para justificar o refinanciamento da dívida antes do prazo de vencimento, a Hess Norge justificou a racionalidade comercial da operação com base na necessidade de substituição da moeda contratada, tendo em vista que, no período de 2006 a 2009, a empresa teria apurado perdas com variação cambial no valor de 686 milhões de coroas norueguesas, pelo fato de a captação original estar denominada em dólares norte-americano. Ainda segundo a Hess Norge, o aumento da taxa de juros representaria um acréscimo de aproximadamente 262 milhões de coroas norueguesas nas despesas financeiras incorridas, valor este que seria inferior às perdas cambiais apuradas no passado e que poderiam eventualmente se repetir no futuro.

A Hess Norge destacou, ainda, que as perdas de variação cambiais foram impactadas pela crise financeira de 2008, que levou a uma forte apreciação do dólar frente a outras moedas, ocasião em que diversas empresas no mercado refinanciaram suas operações de captação muito antes do vencimento originalmente previsto. Logo, não seria razoável assumir que, em um contexto de crise econômica, as empresas esperariam até o vencimento para refinar suas operações de dívida de longo prazo.

Após uma detida análise dos argumentos apresentados por ambas as partes, a Corte de Apelação de Gulating manteve a autuação fiscal em relação ao ano-calendário de 2009, por entender que o refinanciamento da dívida antes do prazo de vencimento não foi uma escolha comercialmente racional, pois a Hess Norge passou a pagar juros significativamente mais elevados do que aqueles originalmente pactuados, apenas para evitar um suposto risco cambial, que poderia não se concretizar. Na visão da Corte de Apelação, o fato de a Hess Norge ter apurado perdas cambiais no passado não significa que haveria o cômputo de novas perdas cambiais no futuro, dada a natural dificuldade de se prever os movimentos do câmbio. Assim, partes independentes, em situação semelhante, não teriam optado por refinar a dívida dois anos antes do prazo de vencimento para aumentar os encargos financeiros, mas, sim, buscado alternativas mais viáveis no mercado³².

Deixando de lado as particularidades relacionadas à taxa de juros, é criticável a decisão proferida pela Corte de Apelação de Gulating, pois a repactuação ou o refinanciamento de instrumentos de dívida, com o objetivo de mitigar riscos cambiais, é uma decisão empresarial válida, que não deveria ser objeto de ingerência por parte do Fisco, sob o argumento de que partes independentes no mercado teriam utilizado outras opções realisticamente disponíveis para tanto.

É preciso ponderar que a variação cambial é um fenômeno alheio à vontade e ao controle por parte do contribuinte, sendo influenciada pelas forças do mercado (oferta e demanda) e por fatores políticos e econômicos. Essa oscilação do câmbio provoca a

³² Vale mencionar que caso semelhante envolvendo a alterações da moeda de contrato foi apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do Carf no Acórdão n. 1201-003.320, de 12 de novembro de 2019.

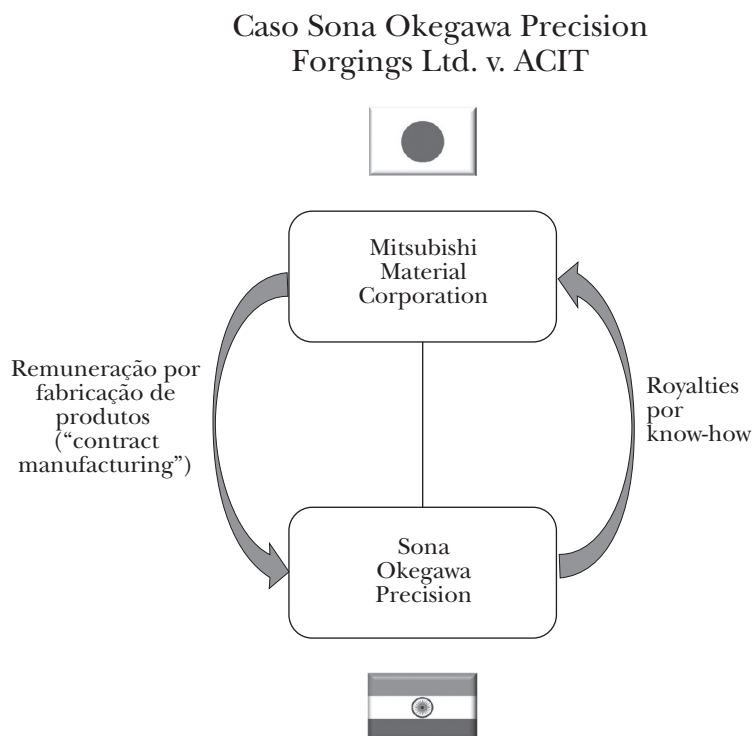
alteração do endividamento da pessoa jurídica, de modo que a decisão de alterar a moeda do instrumento de dívida é uma estratégia empresarial válida, ainda que o contribuinte pudesse também buscar outras alternativas no mercado, como a utilização de instrumentos derivativos com finalidade de *hedge*.

Além disso, a crise econômica ocorrida em 2008 desencadeou um processo de supervalorização do dólar, gerando perdas cambiais significativas para diversas pessoas jurídicas que tinham operações de dívida denominadas nessa moeda. Isso ocorre porque, em um cenário de crise econômica mundial, os investidores estrangeiros optam por comprar títulos do tesouro norte-americano, considerado uma das poucas alternativas seguras para a preservação do capital. Com isso, as moedas oficiais de diversos países passaram a experimentar uma significativa desvalorização em relação ao dólar. Diante desse contexto, era natural que empresas com endividamento atrelado ao dólar buscassem meios para refinaranciar suas dívidas, tal como feito pela Hess Norge no ano-calendário de 2009, em decorrência da crise.

Daí ser criticável, nesse particular, a decisão da Corte de Apelação.

9.3. Caso Sona Okegawa

A Mitsubishi Material Corporation, sediada no Japão, contratou a Sona Okegawa Precision, com sede na Índia, para a fabricação de produtos por sua conta e ordem da matriz japonesa. Para efetuar a industrialização em conformidade com o padrão técnico da Mitsubishi, a Sona efetuou o pagamento de *royalties* pelo acesso ao *know-how* necessário para tanto. Confira-se a ilustração a seguir:



Em procedimento de fiscalização, o Fisco indiano glosou a dedução das despesas, sob o argumento de que a concessão do *know-how* (instruções de fabricação) é inerente à fabricação de produtos por conta e ordem. Segundo o Fisco indiano, partes independentes, agindo de forma economicamente racional, segundo as opções realisticamente disponíveis, não teriam efetuado o pagamento de *royalties*, pois o recebimento de instruções relacionadas ao processo fabril seria inerente ao contrato de fabricação de produtos por conta e ordem (*contract manufacturing*).

Na autuação fiscal, o Fisco indiano fundamentou o seu entendimento no § 6.17 das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE de 2010, segundo o qual “a remuneração pelo uso de um ativo intangível pode ser incluída no preço de venda de uma mercadoria quando, por exemplo, uma empresa vende produtos inacabados ou materiais para outra pessoa jurídica e, ao mesmo tempo, fornece a *expertise* necessária para a conclusão da fabricação”. Ainda segundo a OCDE, será preciso examinar os fatos e as circunstâncias do caso concreto para verificar se o preço de venda da mercadoria já inclui o valor devido pelo uso do ativo intangível, hipótese em que as despesas adicionais com o pagamento de *royalties* seriam indedutíveis para fins fiscais³³.

Na defesa administrativa, a Sona Okegawa Precision comprovou que apenas uma parte dos produtos fabricados foi vendida para a Mitsubishi. O maior volume das vendas de produtos é para terceiros independentes no mercado. Assim, a Sona Okegawa Precision não era uma fabricante cativa, que fornece todos os produtos manufaturados para a Mitsubishi Material Corporation. Na verdade, o *know-how* cedido pela Mitsubishi também era utilizado pela Sona Okegawa Precision para fabricar e fornecer produtos para partes independentes.

Diante da constatação de que a Sona Okegawa Precision não fabricava produtos apenas para a Mitsubishi Material Corporation, o Tribunal de Apelação considerou devidamente justificado o pagamento dos *royalties*.

A decisão merece encômios, não apenas por ter julgado o tema de forma correta, mas também por ter destacado que é preciso cautela com uso equivocado das Diretrizes de Preços de Transferência da OCDE. Nessa linha, a decisão criticou autuações fiscais que citam passagens frívolas, incorretas ou infundadas do material da OCDE com o objetivo de justificar ajustes fiscais e o aumento da arrecadação a qualquer custo, sem respaldo consistente naquele documento, o que pode induzir a erro no julgamento do caso e prejudicar o contribuinte envolvido.

10. Mecanismos de avaliação das opções realisticamente disponíveis

A OCDE não apresenta critérios ou orientações sólidas a respeito da avaliação das opções realisticamente disponíveis. Ao contrário, como visto anteriormente, os próprios exemplos utilizados pela OCDE para ilustrar a sua aplicação prática são pouco realistas e, por isso, não oferecem diretrizes consistentes.

³³ OECD. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022*. Paris: OECD, 2010, p. 197 (§ 6.17).

O exame dos casos internacionais, feito no tópico anterior, demonstra que essa avaliação geralmente é feita de forma *ex post*, sem um pleno detalhamento numérico ou a apresentação de uma matriz decisória por parte do Fisco.

Em rigor, a análise das opções realisticamente disponíveis não pode ser convertida em uma exigência para que o contribuinte, antes de qualquer decisão empresarial, examine a relação de risco e retorno de todas as opções eventualmente disponíveis antes de realizar uma transação, o que poderia, inclusive, ser inviável e engessar as atividades empresariais, de forma incompatível com a livre iniciativa.

De qualquer forma, em situações específicas, caso se entenda conveniente fazer uma justificação prévia de uma escolha feita pelas partes relacionadas, há inúmeras metodologias que podem ser adotadas, a depender das circunstâncias, no contexto de uma análise de risco e retorno das opções, como comparação do valor presente dos resultados vis-à-vis à simulação dos riscos de cada opção, considerando o custo de oportunidade das partes, o poder de barganha, entre outras variáveis.

Além disso, como enfatizado no item 7 deste estudo, a substituição ou desconsideração da transação somente pode ocorrer nos casos em que não há possibilidade de precificação segundo os critérios admitidos pela legislação de preços de transferência. Isso porque, se houver como precificar adequadamente, o contribuinte deve ser tributado pelo negócio jurídico efetivamente praticado, e não com base em um negócio jurídico ajustado pelo Fisco.

Isso significa dizer que a mera constatação de que terceiros não realizariam aquela operação não é suficiente para a substituição ou desconsideração do ato ou negócio jurídico. Afinal, há transações que só existem no contexto intragrupo, como atividades de tesouraria e de administração de negócios.

11. Comentários finais

Com base no exposto, constata-se que o procedimento de desconsideração de transações que carecem de racionalidade comercial, com base em avaliação das opções realisticamente disponíveis para as partes, ultrapassa os limites das regras de preços de transferência e do próprio padrão *arm's length*, porque não se limita a quantificar as transações praticadas entre empresas associadas para ajustá-las ao valor de mercado das transações realizadas entre empresas independentes.

Nesse contexto, o poder outorgado ao Fisco pela Lei n. 14.596/2023, ao permitir a requalificação ou desconsideração de transações com base na análise da racionalidade comercial da operação, considerando-se as opções realisticamente disponíveis, é incompatível com o sistema tributário brasileiro, por:

- i) violação à segurança jurídica, uma vez que o contribuinte não será capaz de antever as consequências fiscais dos seus atos ou negócios jurídicos, dada a capacidade de alteração do resultado do controle de preços de transferência à luz de outras opções que não aquelas escolhidas pelo contribuinte;
- ii) violação à legalidade tributária, uma vez que o fato gerador dos tributos não decorrerá dos fatos efetivamente verificados, mas de uma versão ajustada dos fatos, extraída das opções que supostamente teriam sido escolhidas por partes independentes no mercado;

- iii) incompatibilidade com a liberdade de contratar, pois o contribuinte tem o direito de decidir como realizar o negócio jurídico da forma que melhor lhe convier, mesmo que aquela não seja a opção mais eficiente entre os caminhos disponíveis;
- iv) ingerência indevida do Fisco nas decisões empresariais, com a consequente substituição do julgamento do contribuinte por aquele da Administração Tributária.

Ademais, essa requalificação ou desconsideração de transações é incompatível com o art. 149, inciso VII, do Código Tributário Nacional (CTN), que apenas permite a desconsideração de atos ou negócios jurídicos caso haja a comprovação de que o sujeito passivo agiu com dolo, fraude ou simulação.

Essa incompatibilidade se agrava em razão da falta de uma GAAR em vigor no Brasil, tendo o Supremo Tribunal Federal confirmado, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.446, que o art. 116, parágrafo único, do CTN, somente permitiria a desconsideração ou a requalificação de “atos ou negócios jurídicos praticados com intenção de dissimulação ou ocultação do fato gerador da obrigação tributária”. Desse modo, apesar de ter julgado o art. 116, parágrafo único, do CTN constitucional, é certo que a Corte Suprema delimitou o seu escopo normativo, a fim de qualificá-lo como uma norma de combate à evasão fiscal, e não uma GAAR.

Why is there no US-Brazil Tax Treaty?

Reuven Avi-Yonah¹

1. Introduction

I first met Prof. Schoueri in 2005, and have since met him many times, including a memorable meeting with his mentor Prof. Vogel in Munich and several joint classes in Sao Paulo. We disagree on many international tax issues, including the ones discussed below, but I enjoy debating them with him and regard him as a good friend. I hope to continue our friendship and collaboration for many more years².

2. The traditional view

Since the 1990s, the U.S. tax treaty network has expanded to include most large developing countries, such as China and India, and many smaller ones, such as Kazakhstan. However, there remains a glaring exception: The United States only has three tax treaties in Latin America, two with oil exporting countries (Mexico and Venezuela), and one recently ratified tax treaty (Chile, which exports Lithium needed for EV batteries).

The traditional explanation for why the United States has no treaty with, for example, Argentina or Brazil is the U.S. refusal since 1957 to grant tax sparing credits to developing countries. In 1957, the U.S. negotiated a tax treaty with Pakistan that included a tax sparing provision, *i.e.*, a credit for taxes that would have been paid to Pakistan but for a tax holiday to attract investment. Stanley Surrey, who was then a Harvard law professor but was later to become the first Assistant Secretary for Tax Policy, testified against the Pakistan treaty. His main argument was that granting tax sparing credits would effectively reduce U.S. tax on U.S. source income, but there are also indications that he was opposed to double non-taxation in general³.

The Senate rejected the Pakistan treaty, and ever since then it has been inflexible U.S. policy not to grant tax sparing credits, contrary to the position of many European countries and Japan, who view these credits as a tool in helping development. The OECD came out with a paper critical of tax sparing in 1998⁴. The United States occasionally promises a treaty partner (*e.g.*, Israel) that if it ever granted tax sparing to anyone it will extend the policy to that partner, but it does so in the knowledge that it is very unlikely to have to fulfill this promise.

¹ This chapter is a revised and updated version of Reuven Avi-Yonah, If not now, when? U.S. Tax Treaties with Latin America after TCJA, *International Tax J.* 57 (July-August, 2019).

² For the most recent example of our collaboration see Luís Eduardo Schoueri and Guilherme Galdino, Corporate Taxation in Brazil, in Reuven S. Avi-Yonah (ed.), *Research Handbook on Corporate Taxation* (2023).

³ Stanley S. Surrey, The Pakistan Tax Treaty and "Tax Sparing," *11 Nat'l Tax J.* 156, 157 (1958). For Surrey's support of the single tax principle *see* Reuven Avi-Yonah, Who invented the Single Tax Principle? An essay on the history of US Treaty Policy, *59 NYLS L Rev* 305 (2015).

⁴ OECD, *Tax sparing, a reconsideration* (February 24, 1998), available on-line at www.oecd-ilibrary.org/taxation/tax-sparing_9789264162433-en.

The lack of tax sparing is the traditional reason given by Latin American countries such as Argentina and Brazil for not entering into tax treaties with the United States. The argument is that in the absence of tax sparing, tax incentives granted to U.S. multinationals (MNEs) would result in a transfer of revenue from the host country to the United States, without any benefit to the U.S. MNE⁵.

3. Why the traditional view was wrong

This traditional narrative was wrong before the Tax Cuts and Jobs Act of 2017 (TCJA), for two reasons. First, before 2017, U.S. MNEs generally enjoyed deferral on active income, so that a U.S. MNE with a controlled foreign corporation (CFC) in Argentina or Brazil would not pay current U.S. tax on its earnings even if there was no host country tax. Second, pre-TCJA law allowed for cross-crediting, so that to the extent the U.S. MNE had high tax active foreign source income anywhere, it could average the foreign tax rate with a zero tax in a host country. Cross-crediting created an incentive to invest in a host country that grants a tax holiday for any U.S. MNE in an excess credit position (*i.e.*, with foreign taxes that exceed the U.S. tax rate)⁶.

Thus, I believe that before TCJA, tax sparing was a red herring, and not the real reason for the lack of U.S. tax treaties with Latin America. The real reason was presumably uneven investment flows that meant that there would be one-sided revenue losses for the host country. It is no accident that the only two treaties in force before 2017 were with Mexico and Venezuela, two oil exporting countries with more even investment flows with the United States.

4. TCJA: exemption

This analysis is now obsolete, because the TCJA has changed the background U.S. rules. The first major change is the adoption of a partial participation exemption. Under TCJA, to the extent a CFC of a U.S. MNE earns active income that is below a deemed 10% return on its basis in tangible assets, there is no U.S. tax imposed not just when the income is earned, but also when it is repatriated to the United States as a dividend.

This provision is better than tax sparing, because tax sparing as a foreign tax credit is limited to the U.S. tax rate (currently 21%). Instead, if a U.S. MNE now builds a factory in Argentina or Brazil and earns a return up to 10% of its basis, and the factory enjoys a tax holiday, then the income is exempt from U.S. tax even when repatriated, regardless of what the pre-tax holiday host country tax rate was⁷.

This provision clearly acts as an incentive for U.S. MNEs to shift actual production facilities in response to tax holidays abroad. However, for reasons set out below, the in-

⁵ Reuven S. Avi-Yonah, *Double tax treaties: an introduction* (December 3, 2007).

⁶ Reuven S. Avi-Yonah, Making sense of U.S. International Taxation: six steps toward simplification. *Bull. for Int'l Fiscal Documentation* 55, no. 9 (2001): 493-497.

⁷ Reuven S. Avi-Yonah, Guilty as charged: reflections on TRA 17, *157 Tax Notes* 8 (November 25, 2017). Note, however, that this result could be affected by the new US corporate Alternative Minimum Tax (applied at 15% on the entire multinational's book income) and by Pillar 2 of Beps 2.0 (applying a global minimum tax at 15%, but with a substance based income exclusion).

centive would be increased if there were a tax treaty in place. Since the tax sparing argument no longer applies, the exemption should encourage negotiation of tax treaties between the United States and Latin America.

5. TCJA: GILTI and cross crediting

If the return on the foreign investment exceeds 10% of the basis in tangible assets, then the investment is subject to current U.S. tax under the global intangible low-taxed income (GILTI) provision⁸. Since most U.S. MNEs rely heavily on intangibles, GILTI limits the scope of the participation exemption. And since GILTI eliminates deferral, then old tax sparing argument becomes more valid: If there are no other sources of foreign income and GILTI applies, then an investment that benefits from tax sparing would be subject to U.S. tax at 10.5%, so that the value of the tax holiday is diminished (but not eliminated if the foreign tax rate absent the tax holiday exceeds 10.5%).

However, there is another important provision in TCJA: GILTI allows a foreign tax credit up to 80% of the foreign tax (*i.e.*, an effective foreign tax rate of 13.125% eliminates GILTI), and moreover allows for cross crediting⁹. Given that the U.S. tax rate was cut from 35% to 21%, there are a lot of U.S. MNEs in an excess credit position. In that case a tax holiday would still be helpful because of cross-crediting, as the following example shows:

1. Assume a U.S. MNE with no tangible assets and foreign income earned by a CFC in a country with a 25% tax rate:

Foreign income	100
Foreign tax	25
GILTI tax	10.5
FTC	20 (limited to 80% of foreign tax)
FTC limit	10.5 (US tax rate x foreign source income)
US tax	0
Excess credits	9.5 (lost, because no carryover)
Effective tax rate	25%

2. Now assume the same MNE can earn an additional 100 in a foreign country with a tax holiday (*see* Table 2):

Foreign income	200
Foreign tax	25
GILTI Tax	21
FTC	20
FTC limit	21
US tax	1
Excess limit	1
Effective Tax rate	13%

⁸ Section 951A, as enacted under the TCJA.

⁹ Reuven S. Avi-Yonah, *The international provisions of the TCJA: a preliminary summary and assessment* (December 23, 2017).

Thus, the investment in the tax holiday country reduced the effective overall tax rate and eliminated the excess credits (which cannot be used given that there are no carryforwards under GILTI). This means that even under TCJA the tax holiday remains effective, and the tax sparing argument remains specious.

6. Conclusion: why should Latin American countries enter into tax treaties with the United States after TCJA?

There are three good reasons that Latin American countries should consider entering into tax treaties with the United States after TCJA.

First, as we have seen, to the extent that the participation exemption applies, the result is better than tax sparing for countries that offer tax holidays. To the extent GILTI applies, there is still an incentive to invest in a tax holiday country because of cross-crediting, so that even with GILTI there may not be a revenue shift¹⁰. Many U.S. MNEs are now in an excess credit position because of the tax rate cut.

Second, there are good reasons to enter into treaties even with a revenue shift, such as attracting FDI and limiting tax evasion. There is an abundant empirical literature that shows that tax treaties encourage FDI, primarily because they serve an insurance function against sudden tax increases and provide for a mechanism to settle disputes¹¹. In addition, tax treaties limit capital flight and tax evasion because of exchange of information; absent a tax treaty the United States becomes a tax haven for rich Latin Americans.

Third, Latin American countries are increasingly capital exporters, and the absence of a treaty hurts their multinationals. Argentina and Brazil in particular are now home to many MNEs, and in the absence of a treaty, dividends from their U.S. subsidiaries are subject to a hefty 30% withholding tax. Treaty shopping has become more difficult because of limitation on benefits (LOB) provisions as well as the new primary purpose test, which applies to Latin American treaties with countries like the Netherlands or Belgium that have traditionally served as conduits for their FDI into the United States.

Finally, now is an opportunity, because the entire U.S. treaty network needs to be updated to take account of TCJA. Under the U.S. treaty override rule, TCJA overrides earlier treaties, and it includes provisions like the BEAT that arguably violate treaties¹². The United States would presumably be happy to negotiate new treaties with Latin American countries, and the actual withholding tax rates are negotiable, so that any revenue loss can be limited. There is no reason why China or India should have a tax treaty with the United States, while Argentina or Brazil do not have one.

¹⁰ The Biden administration proposed in 2022 to apply GILTI on a country by country basis (as required by Pillar 2), but this proposal was rejected by Congress.

¹¹ Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs, *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* (Oxford U. Press, 2009).

¹² See Avi-Yonah and Wells, *The BEAT and treaty overrides: a brief response to Rosenbloom and Shaheen*, 92 *Tax Notes Int'l* 383 (October 22, 2018).

O Conceito de “Residência” em Matéria Tributária

Ricardo Maitto da Silveira

É com enorme honra que aceitei o convite para participar desta obra em homenagem aos 20 anos de titularidade do Professor Luís Eduardo Schoueri. Meus primeiros contatos com o Professor foram nos idos de 2005, quando me juntei ao grupo de estudo sobre tributação internacional então coordenado por ele na Faculdade de Direito da USP. A didática e o entusiasmo do Professor foram o ponto de partida para o meu interesse em retomar os estudos acadêmicos. Com a sua generosa orientação, ingressei no Mestrado em 2016 e, posteriormente, também pelo seu convite, tive o privilégio de me associar ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) no papel de Conselheiro e Coordenador do Curso de Introdução e Atualização em Direito Tributário.

Ao longo dos anos, pude testemunhar de forma mais próxima a evolução intelectual que o tornou uma das grandes referências em direito tributário do Brasil, seja do ponto de vista acadêmico ou mesmo no exercício da advocacia. Existem inúmeros predicados para descrever o Professor Schoueri, mas prefiro me ater àqueles que me marcaram desde aqueles primeiros contatos há quase 20 anos: o compromisso inconciliável com a meritocracia e a constante preocupação com a didática e com o bom uso da linguagem para traduzir as tecnicidades do Direito Tributário. Aqueles que assistem a uma aula do Professor Schoueri certamente enxergam nele um dom natural para a cátedra, mas não tenho dúvidas de que esse “dom” certamente é o fruto de sua dedicação incondicional ao estudo e à Academia.

Para homenagear o Professor Schoueri, escolhi um tema que tem relação direta com os estudos de tributação internacional que conduzi durante o Mestrado e que, ao longo dos anos como Professor do IBDT, me pareceu ser de grande valia para os alunos que estão dando os primeiros passos no estudo da matéria: a noção de “residência” e suas várias acepções em direito tributário.

I. Introdução

O direito tributário internacional, como categoria autônoma de estudo, é tão recente quanto o próprio processo de internacionalização das atividades empresariais, o que justifica certa falta de sistematização nos estudos sobre a matéria. Nesse novo ramo do direito público, que se volta particularmente para as questões ligadas à tributação da renda em situações ou fatos que se vinculam a dois ou mais países, é muito comum se utilizar a expressão “residência fiscal” para se referir ao status de uma pessoa (física ou jurídica) e expressar a possibilidade de um dado país exercer a competência tributária em relação aos rendimentos daquela pessoa.

A expressão – que toma de empréstimo um conceito de direito civil – suscita diversos questionamentos. Afinal, o que define o status da pessoa com “residente fiscal” e qual a relação entre esse conceito e aqueles empregados no direito civil? Há algum vínculo entre residência fiscal e a nacionalidade da pessoa? É possível empregar a noção de

“residência” para as pessoas jurídicas? Existe correlação direta entre residência fiscal e o conceito de “residente” utilizado, por exemplo, como referência para delimitar o escopo de aplicação dos acordos para evitar a dupla tributação? O conceito de “residência fiscal” ainda reflete um critério legítimo para a delimitação da competência tributária dos países?

O presente artigo pretende abordar as questões acima sob a ótica do direito tributário brasileiro. Para tanto, serão apresentadas as várias acepções possíveis sobre o conceito de “residência” e sua correlação com o direito tributário. Na sequência, a análise se volta para a aquisição e a perda do status de “residência fiscal” à luz do direito brasileiro. O artigo se encerra com uma discussão sobre a recente relativização do conceito de “residência fiscal” em razão do abandono dos critérios formais tradicionalmente empregados pela legislação tributária, em particular no âmbito internacional.

II. As várias acepções de “residência” e sua correlação com o direito tributário

Existem várias acepções possíveis para o conceito de “residência”. Em matéria de direito civil, a expressão mais comum é “domicílio”, sendo empregada, no caso das pessoas físicas, para se referir ao local onde a pessoa mora com intuito de permanência e, no caso das pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as diretorias e administrações ou o local apontado no ato constitutivo.

Embora a doutrina costume fixar uma distinção conceitual entre moradia, residência e domicílio – distinção essa que consta do próprio Código Civil¹ –, o mais relevante é a função que o conceito desempenha: definir o local do cumprimento das obrigações da vida civil, o local onde a pessoa pode ser citada em caso de demanda judicial etc.

Em matéria tributária, verifica-se com frequência a utilização da expressão “domicílio tributário”. Esse conceito tem papel similar àquele empregado em direito civil, isto é, definir o local de cumprimento das obrigações e o lugar onde a empresa pode ser acionada ou intimada. O Código Tributário Nacional (CTN) contém disposições sobre o tema: na falta de eleição do domicílio pelo contribuinte, considera-se quanto às pessoas físicas a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade; e quanto às pessoas jurídicas o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento (art. 127).

A noção de caráter mais instrumental de domicílio tributário se distingue por completo da ideia de “residência fiscal”, expressão tão comumente utilizada em direito tributário internacional. Residência fiscal exprime a existência de uma conexão suficiente entre a pessoa e o território de um país, a partir de critérios previstos na lei tributária, que legitime o exercício da competência tributária em relação àquela pessoa. Assim, a atribuição do status de residente fiscal a uma pessoa pressupõe o vínculo com o território – o “elemento de conexão” – cuja presença irá justificar a possibilidade de o país impor as suas normas tributárias².

¹ O Código Civil considera que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo (art. 70).

² Tal justificativa está associada à necessidade que o país tem de financiar suas atividades públicas que irão, em última instância, beneficiar todas as pessoas residentes ou domiciliadas em seu território.

A importância do conceito é inegável porque, ao ser considerado “residente fiscal” num país, cria-se a prerrogativa para que o Fisco tribute a integralidade dos rendimentos atribuídos à pessoa, frequentemente abrangendo não apenas os rendimentos de fonte local (territorialidade pura), mas também de fonte externa (tributação em bases mundiais). O Professor Schoueri, em estudo sobre a residência fiscal das pessoas físicas no direito comparado, assim se manifestou sobre a questão:

“[...] sob o ponto de vista tributário, a importância de se verificar a residência da pessoa física encontra-se no fato de que, sendo ela residente no Brasil, estará sujeita à tributação brasileira independentemente de onde esteja localizada a sua fonte de rendimentos (sujeição tributária ilimitada), ao passo que, sendo ela não residente, a tributação brasileira apenas poderá incidir sobre rendimentos originados no Brasil (sujeição tributária limitada)”³.

Os critérios adotados pela legislação interna consideram, no caso das pessoas jurídicas, fatores como o local da administração efetiva ou da sede social. Para a determinação da residência fiscal das pessoas físicas, a residência e o domicílio – conforme determinado pela presença física duradoura e pelas circunstâncias fáticas – são os critérios mais comuns.

Em determinadas hipóteses, há coincidência entre os conceitos de direito privado e tributário: o domicílio civil da pessoa física é o local “onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo” e, para a legislação tributária, é considerado residente (fiscal) no Brasil aquele que “resida no Brasil em caráter permanente”. Como bem destaca o Professor Schoueri, porém, o conceito de direito tributário é mais rígido:

“Revela-se claro, assim, que, na legislação privada brasileira, a manutenção de um local de habitação não implica o *animus* de seu proprietário em ali residir de maneira definitiva (‘ânimo definitivo’). Assim, a manutenção de uma moradia no País, por maior que seja, pode indicar uma residência, mas não necessariamente um domicílio, já que este exige a presença do *animus*.

O critério da residência, no Direito Tributário, deve ser mais rígido que no Direito Privado, já que não é a residência, em si, o que se busca, mas a pertinência econômica, revelada pela residência com ânimo definitivo. É, em síntese, o vínculo suficiente com a vida econômica do país. De qualquer modo, com relação aos nacionais, esse vínculo é de mais fácil assunção, quando se tem uma residência. É razoável admitir-se que um nacional que tenha uma residência no País não esteja aqui de passagem. Mas não é, insisto, a residência que terá relevância, mas a pertinência econômica que ela pode indicar.”⁴

A possível equivalência ou proximidade das esferas de direito privado e tributário, porém, comporta exceções, já que a legislação tributária por vezes se pauta em equiparações e ficções para atribuir o status de residência fiscal. A título de exemplo, a pessoa pode ter residência fixa fora do território brasileiro, mas adquirir o status de residente

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Regras de residência fiscal da pessoa física no direito comparado e no direito brasileiro. *Revista Tributária das Américas* vol. 5, 2012, p. 8.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Regras de residência fiscal da pessoa física no direito comparado e no direito brasileiro. *Revista Tributária das Américas* vol. 5, 2012, p. 12.

fiscal no país por permanecer a maior parte do ano-calendário em nosso território (isto é, mais de 184 dias). Nesse caso, a questão subjetiva – o *animus* de permanência no Brasil – será irrelevante diante da verificação do prazo objetivamente previsto na lei⁵.

A proposição acima suscita uma questão relevante sobre a existência de eventual correlação entre a residência (civil ou fiscal) e a nacionalidade da pessoa. Ser nacional de determinado país, no entanto, não confere à pessoa automaticamente a condição de residente fiscal. Afinal, a nacionalidade é um vínculo de natureza política e não exprime necessariamente a conexão com o território que justifique o exercício da competência tributária – aquilo que o Professor Schoueri chama de “pertinência econômica”. É perfeitamente possível que a pessoa seja nacional de um país sem que com ele mantenha qualquer vínculo profissional ou pessoal.

A desvinculação entre os conceitos acima somente será afastada se a própria norma tributária do país eleger a nacionalidade como critério de atribuição do status de residência fiscal, ou seja, se o país definir em sua legislação que a nacionalidade representa um elemento de conexão legítimo que justifique o exercício de competência tributária. Essa prática encontra-se em desuso, sendo os Estados Unidos um dos poucos países que ainda a adotam⁶.

Às noções de residência civil e fiscal descritas acima soma-se uma acepção nova que decorre dos acordos para evitar a dupla tributação. Os acordos são os instrumentos de Direito Internacional Público, usualmente de caráter bilateral, por meio dos quais os países delimitam a sua competência tributária em relação a situações vinculadas aos países signatários, com o objetivo principal de evitar a dupla tributação da renda.

A Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (CM-OCDE) é o modelo de acordo de bitributação largamente utilizado pela maioria dos países. A delimitação do escopo de aplicação dos acordos, na CM-OCDE e nos demais modelos de acordo, se baseia no conceito de “residente”.

Ocorre que o acordo contém definição própria do que vem a ser “residente”. Por força do art. 4º, § 1º, da CM-OCDE, qualquer pessoa será qualificada como “residente” se (i) estiver sujeita a tributação no país em que a aplicação do acordo é invocada, e (ii) tal sujeição for definida pela legislação interna deste país em virtude do domicílio, da residência, do local de administração ou qualquer outro critério de natureza similar.

O art. 4º remete tal definição para a legislação interna de cada país signatário. Porém, os critérios para definição da “residência” devem considerar as disposições da

⁵ Conforme será discutido no item seguinte, a nacionalidade exerce um papel relevante na legislação brasileira porque atribui ao brasileiro que retorna ao Brasil com animus definitivo a condição de residente desde a data de chegada, diferenciando-o da pessoa que não tenha nacionalidade brasileira, que somente irá se tornar residente após o referido prazo de 184 dias.

⁶ Alguns autores questionam a legitimidade desse critério de tributação, ressaltando seu anacronismo e a vinculação a elementos de natureza política (*political allegiance*), em detrimento de elementos econômicos (*economic allegiance*). Outros aspectos desfavoráveis são as dificuldades operacionais para a cobrança e a execução de créditos tributários, particularmente quando os nacionais não apresentarem qualquer vínculo econômico com o seu país de nacionalidade e, ainda, o risco de múltipla tributação por parte do Estado de nacionalidade, de residência e, ainda, de terceiros Estados nos quais a pessoa aufera rendimentos. Para maiores detalhes sobre o tema, cf. BHAGWATI, Jagdish N.; e WILSON, John Douglas. *Income taxation and international mobility*. Cambridge: The MIT Press, 1989.

legislação de cada país, que terão como limite a natureza da conexão adotada. Essa última nuance é fundamental para se compreender que não existe um vínculo automático entre “residência fiscal” e “residência” para fins dos acordos. Caso o critério eleito pela lei interna de um país signatário não equivalha àqueles previstos na definição do art. 4º, a pessoa não será qualificada como “residente” e, portanto, não fará jus aos benefícios do acordo de bitributação.

É certo que a CM-OCDE elencou os critérios mais comumente utilizados pelas legislações tributárias, o que tende a criar equivalência entre os conceitos de “residência fiscal” e “residência” para fins do acordo. Observe, porém, que o art. 4º inclui “qualquer outro critério de natureza similar”. A doutrina sugere que o “critério de natureza similar” deve, assim como o domicílio, a residência e o local de administração, estar baseado em um vínculo entre a pessoa e o território do Estado (*locality-related criteria*). Além disso, esse critério deve ensejar a sujeição tributária com base na residência, assim como os demais, de forma que qualquer vínculo entre a pessoa e o país, que esteja relacionado à localidade, e que implique sujeição tributária com base na residência, pode ser considerado um critério de natureza similar⁷.

Por conta dessas distinções, não seria correto, por exemplo, incluir-se a nacionalidade dentre os critérios de natureza similar a justificar a qualificação de uma pessoa como “residente” para fins dos acordos de bitributação, exceto se o acordo o fizer de forma expressa. Da mesma forma, a sujeição tributária de uma pessoa às normas tributárias de um país, de forma limitada, como se dá na tributação na fonte de pessoas não residentes, não é suficiente para estender àquela pessoa o status de “residente” para fins do acordo⁸.

Por tais razões, verifica-se que há diversas acepções possíveis para a expressão “residente” ou para “residência”, mas tais expressões assumirão contornos distintos a depender do ramo de aplicação (civil, tributária, internacional etc.).

III. Residência fiscal: aquisição e perda do status no Direito Brasileiro

O direito brasileiro, assim como a maioria dos países, define de forma objetiva os critérios para aquisição e perda do status de residente fiscal⁹. No caso das pessoas físicas, a legislação prevê que é considerada “residente” a pessoa que resida no Brasil em caráter permanente; que se ausente para prestar serviços como assalariada a autarquias ou re-

⁷ VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice*. 3. ed. Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 232-233.

⁸ Isso justifica em grande medida a não extensão do conceito de “residente” às filiais de empresas estrangeiras cuja matriz não esteja localizada num dos países signatários do acordo de bitributação. Nesse caso, a tributação possivelmente imposta à filial (estabelecimento permanente) se dá a partir do critério de fonte de produção do lucro, e não em razão da sua localização no território, uma vez que a filial representa mera extensão funcional da empresa situada em outro território. Para uma análise aprofundada do tema, vide SILVEIRA, Ricardo Maitto. *O escopo pessoal dos acordos internacionais contra a bitributação: regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2016.

⁹ Há uma diversidade de fontes legais, sendo possível citar o art. 1º da Lei n. 4.506/1964, o art. 4º da Lei n. 8.383/1991, os arts. 14 a 19 do Decreto n. 9.580/2018, o art. 2º da IN SRF n. 208/2002.

partições do Governo brasileiro situadas no exterior; que ingresse no Brasil com visto permanente, na data da chegada, ou com visto temporário (i) para trabalhar com vínculo empregatício, (ii) na data em que complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até 12 meses¹⁰; (iii) na data da obtenção de visto permanente ou de vínculo empregatício.

A definição de “residente” se estende igualmente às pessoas de nacionalidade brasileira que tenham adquirido a condição de não residente no Brasil e que retornem ao país com ânimo definitivo, desde a data de chegada. Aqui, cabe destacar uma nuance da nossa legislação: a nacionalidade exerce um papel relevante para atribuir ao brasileiro que retorna ao Brasil com *animus* definitivo a condição de residente desde a data de chegada, diferenciando-o da pessoa que não tenha nacionalidade brasileira, que somente irá se tornar residente após o referido prazo de 184 dias. O Professor Schoueri destacou essa questão em estudo sobre o tema:

“Interessante observar, no dispositivo, o caso dos nacionais que adquirem a condição de não residente, que, caso retornem ao Brasil com ‘ânimo definitivo’, não se aguardará o prazo de 184 dias de permanência para caracterizar a condição de residente, passando a esta condição na data de sua chegada (critério do *animus*).

É curioso que não haja dispositivo tratando da hipótese em que não se configura o *animus*, no caso de brasileiros. Não há como se aplicar a regra dos 184 dias consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses, já que a referida regra versa sobre portadores de vistos temporário ou permanente – categoria inaplicável aos brasileiros (art. 12 da Lei 9.718/1998).

Daí verificar-se que, no que se refere aos brasileiros, o status de residente decorre exclusivamente do aspecto subjetivo. Ou seja: não se dá a atenção para o número de dias de permanência no Brasil; se o indivíduo tem nacionalidade brasileira, é sua intenção de retornar, i.e., de aqui fixar residência, o único critério para a tributação como residente no País.”¹¹

A norma brasileira também atribuiu a condição de “residente” àquelas pessoas que se ausentem do Brasil em caráter temporário ou se retirem em caráter permanente do território nacional sem apresentar a Comunicação de Saída Definitiva do País, durante os primeiros 12 meses consecutivos de ausência. Nesse último caso, portanto, se a pessoa resolve se mudar do Brasil e não cumpre os requisitos formais de notificação à autoridade fiscal brasileira, será considerada por presunção como residente fiscal no país pelo período de 12 meses, hipótese em que o Brasil poderá exercer competência tributária plena em relação aos rendimentos daquela pessoa.

Ainda em relação às pessoas físicas, cabe anotar uma particularidade da legislação quanto às hipóteses de transferência de residência fiscal para determinadas jurisdições.

¹⁰ Caso, dentro de um período de 12 meses, a pessoa física não complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, novo período de até 12 meses será contado da data do ingresso seguinte àquele em que se iniciou a contagem anterior.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Regras de residência fiscal da pessoa física no direito comparado e no direito brasileiro. *Revista Tributária das Américas* vol. 5, 2012, p. 8.

É que, por disposição legal expressa¹², a transferência de residência para país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, tal como definido pela lei brasileira, somente terá seus efeitos reconhecidos caso o contribuinte comprove (i) o status de residência de fato naquele país ou dependência; ou (ii) sujeitar-se a imposto sobre a totalidade dos rendimentos do trabalho e do capital, bem como o efetivo pagamento desse imposto.

Se no caso da pessoa física os critérios são relativamente objetivos, no caso da pessoa jurídica a questão comporta algumas variáveis. Como o próprio conceito de “pessoa jurídica” representa uma ficção legal e a pessoa jurídica não tem *animus* próprio, o legislador também se vê obrigado a definir algumas equiparações ou ficções para determinar a residência fiscal das empresas.

A legislação do imposto sobre a renda¹³ prevê que são contribuintes do imposto as pessoas jurídicas e as empresas individuais, ressaltando que essa previsão independe de a pessoa jurídica estar regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional. Além disso, prevê que são consideradas “pessoas jurídicas”, para os fins da legislação, “as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem os seus fins, a sua nacionalidade ou os participantes em seu capital”¹⁴.

Como a lei tributária não define o domicílio da pessoa jurídica, essa determinação é feita por referência à legislação civil. O Código Civil (art. 75), por sua vez, prevê que o domicílio das pessoas jurídicas de direito privado é o “lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos”.

Em geral, as empresas constituídas sob a lei brasileira têm sua sede e respectiva administração no país, de forma que serão consideradas residentes fiscais no Brasil. De qualquer modo, pela aplicação da regra acima, a nossa legislação comporta a possibilidade de a autoridade fiscal considerar residente fiscal no país a empresa que, embora constituída sob leis estrangeiras, indique sede no país ou tenha aqui localizada a sua administração.

Em contraposição, a empresa pode perder o status de residente caso transfira sua sede para fora do país ou a administração esteja localizada fora do território brasileiro. Por ser uma circunstância pouco comum, a norma brasileira não comporta algum tipo de procedimento específico para alterar o status de residência fiscal de uma empresa ou uma comunicação de “saída”, tal como ocorre no caso de pessoas físicas.

Há situações em que a norma brasileira determina que o exercício, por parte de pessoas estrangeiras, de determinadas atividades em território brasileiro faz com que essas pessoas sejam equiparadas a “pessoas jurídicas” para fins tributários. São duas as hipóteses previstas em lei: o caso das filiais, sucursais, agências ou representações no país das pessoas jurídicas com sede no exterior e dos comitentes domiciliados no exte-

¹² Art. 27 da Lei n. 12.249/2010.

¹³ As fontes legais são variadas: art. 27 do Decreto-lei n. 5.844/1943; art. 42 da Lei n. 4.131/1962; arts. 159 e seg. do Decreto n. 9.580/2018.

¹⁴ Art. 159, inciso I, do Decreto n. 9.580/2018.

rior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no país.

É fundamental esclarecer, porém, que nessas hipóteses a lei tributária brasileira não pretende atribuir o status de residente fiscal à empresa estrangeira, mas sim permitir que parte dos resultados ou lucros auferidos no Brasil fiquem sujeitos ao imposto brasileiro, a despeito de pertencerem a empresas residentes fora do nosso território. A equiparação à “pessoa jurídica” é simplesmente uma metodologia empregada para viabilizar a aplicação das normas tributárias à parcela da atividade exercida pelo estrangeiro no território brasileiro.

Às hipóteses acima descritas é possível somar uma terceira, de caráter mais aberto: a legislação do imposto sobre a renda considera que toda pessoa jurídica é contribuinte do imposto, independentemente de estar regularmente constituída. Essa previsão replica as disposições do CTN, particularmente quando prevê que a capacidade tributária ativa independe “de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional” (art. 126, inciso III).

Tais disposições autorizam que a autoridade fiscal brasileira possa exercer a sua competência tributária em relação às atividades empresariais que são desenvolvidas no território brasileiro, a despeito de inexistir o regular registro da empresa no Brasil. Assim, uma vez constatado que a pessoa estrangeira está desenvolvendo atividade lucrativa de forma habitual em nosso escritório, teria o Fisco brasileiro a prerrogativa de tributar os lucros aqui gerados. Novamente, não se trata de hipótese de aquisição de status de residência fiscal brasileira, mas sim de norma autorizativa do exercício da competência tributária em razão de a fonte de produção dos lucros estar localizada em nosso território.

É bem verdade que as hipóteses descritas acima, em relação às pessoas jurídicas, são bastante incomuns no Brasil. Isso se dá por duas razões principais. Em primeiro lugar porque há relevantes dificuldades operacionais para que um estrangeiro constitua e opere regularmente uma filial no Brasil, o que acaba por estimular aqueles que pretendem exercer atividade empresarial em nosso território a constituir uma subsidiária local e se submeter de forma direta à norma tributária brasileira.

Além da questão operacional, quando o exercício da atividade empresarial não requer presença física, a norma brasileira acaba por comportar hipóteses de tributação por meio dos tributos que são aplicados sobre os pagamentos realizados por parte brasileira em favor de empresas estrangeiras, quais sejam o imposto de renda na fonte (IRRF), a contribuição de intervenção no domínio econômico (Cide), as contribuições sociais sobre importação (PIS/Cofins-Importação), o imposto sobre serviços (ISS), além do imposto sobre operações financeiras, na modalidade câmbio (IOF-Câmbio)¹⁵. Esse tipo de tributação pode, conforme o caso, também estimular a empresa estrangeira que pretende acessar o mercado consumidor brasileiro a constituir uma subsidiária local.

¹⁵ Esse tipo de tributação aplica-se tanto para transações entre empresas (B2B) quanto para compras efetuadas por pessoas físicas (B2C). No caso de pessoas físicas brasileiras que adquirem serviços e bens digitais do exterior, com uso de cartão de crédito internacional ou outra forma de pagamento, há menor controle e fiscalização por parte do Fisco brasileiro. Em contrapartida, a norma brasileira prevê uma alíquota maior de IOF/Câmbio para esse tipo de transação como forma de compensar a potencial erosão de base tributável.

IV. Erosão de base tributável e a revisão do conceito de “residência fiscal” no direito tributário internacional

É inegável que, ao longo dos anos, a utilização da ideia de “residência” como mecanismo para estabelecer o vínculo entre a pessoa (física ou jurídica) e o país, de modo a justificar o exercício da competência tributária, tem sido relativizada.

Isso se dá principalmente no caso das pessoas jurídicas porque, conforme já apontado, a fixação da sua residência dependerá necessariamente de critérios formais e objetivos que, uma vez preenchidos, configuram a “residência fiscal” da empresa. Ao contrário da pessoa física, a empresa não tem *animus* de permanência, o que impõe o uso de critérios como o local da sede, da administração, a lei sob a qual a empresa foi constituída etc.

Ocorre que esses critérios formais possibilitam que os grupos econômicos com atuação internacional desenvolvam mecanismos de planejamentos tributários que permitam a geração de lucros em determinados países sem o correspondente recolhimento de tributos.

É possível afirmar que, até meados dos anos 2000, a questão não gerava grande repercussão internacional porque as estruturas de planejamento tributário eram menos comuns ou não havia dados públicos consistentes sobre o tema. Um exemplo interessante eram as estruturas, muitos comuns nas décadas de 1980 e 1990, em que empresas constituídas na Holanda procuravam manipular a aplicação das regras de residência fiscal ao transferir a sua administração efetiva para países com baixa tributação.

Essa estrutura permitia que a empresa não ficasse sujeita a tributação ilimitada na Holanda, mas ao mesmo tempo possibilitava que ela se beneficiasse da ampla rede de acordos de bitributação da Holanda, o que resultava na redução das alíquotas aplicáveis aos rendimentos recebidos de terceiros países¹⁶.

Casos como esses eram tratados diretamente pelas administrações tributárias dos países, seja por meio da aplicação de regras antiabuso ou, como fez a Holanda à época, negando à empresa com dupla residência a prerrogativa de aplicar seus acordos de bitributação em relação aos rendimentos recebidos de terceiros países¹⁷.

Com a sofisticação das estruturas de planejamento tributário internacional e o crescimento das atividades empresariais desenvolvidas sem a necessidade de presença física, a atuação unilateral das administrações tributárias se mostrou ineficiente. Na era da economia digital, a manipulação de normas tributárias se tornou ainda mais grave. Estudos revelaram que, de fato, há uma enorme incompatibilidade entre o volume de operação das empresas de tecnologia, em termos de faturamento, número de funcionários etc., e o montante de tributos recolhidos¹⁸.

¹⁶ RAAD, Kees van. Dual Residence and 1977 OECD Model Treaty Article 4(1), Second Sentence. *European Taxation*, January 1999. Amsterdam: IBFD, p. 27.

¹⁷ Para uma análise aprofundada sobre essas estruturas, vide SILVEIRA, Ricardo Maitto. *O escopo pessoal dos acordos internacionais contra a bitributação: regimes fiscais especiais, conflitos de qualificação e casos triangulares*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2016.

¹⁸ Uma análise abrangente sobre o tema foi realizada em artigo publicado pelo *The New York Times*, no qual são apontadas as discrepâncias entre os valores dos lucros reportados pelas empresas e o montante de

Esses estudos constataam que as atuais regras de tributação foram concebidas para lidar principalmente com a “velha economia”, que se baseia nos tradicionais negócios de venda de mercadorias e serviços, vinculados fisicamente ao território de um país. Atualmente, grande parte da economia é digital, e uma parte significativa dos negócios pode ser realizada sem a presença física da empresa no território onde estão os consumidores.

Embora o debate sobre a legitimidade das estruturas de planejamento tributário utilizadas por grupos multinacionais não seja recente, a questão tomou corpo em razão de um contexto econômico específico: com a crise financeira de 2008, o mundo enfrentou um período de austeridade fiscal e de corte de despesas públicas. Em paralelo, a era da informação levou ao conhecimento do público a enorme incompatibilidade entre os lucros produzidos pelas grandes multinacionais e o montante de tributos recolhidos nos países ondem atuavam (*e.g.* dados públicos que vieram à tona por conta do *Panama Papers*¹⁹ e dos litígios entre a Comissão Europeia e os Fiscos de países como Luxemburgo e Irlanda, tendo como pano de fundo os benefícios fiscais concedidos a empresas como Google, Amazon e Apple).

O conhecido Projeto Beps²⁰ representa uma ação conjunta dos países desenvolvidos para lidar com esse problema, especialmente por meio da proposição de medidas de combate ao planejamento tributário considerado abusivo. Além disso, muitos países começaram a introduzir, de forma unilateral, regras tributárias especificamente voltadas para mecanismos de elisão fiscal adotadas por empresas de tecnologia²¹. Dentre as principais medidas e iniciativas sobre o tema, é possível destacar as seguintes:

- i) alteração da CM-OCDE quanto às regras de desempate aplicáveis para casos de dupla residência de pessoas jurídicas, de forma a substituir a regra de administração efetiva pela necessidade de acordo mútuo entre os países;
- ii) a alteração do escopo de aplicação da CM-OCDE e a relativização do conceito de “residente” por meio da introdução de regras sobre transparência fiscal, bem como de normas antiabuso (cláusulas PPT e LOB); e
- iii) criação de diversos mecanismos sobre troca de informações entre os Fiscos, inclusive quanto à concessão de benefícios fiscais (*rulings*) e aumento da transparência em relação a práticas tributárias consideradas abusivas.

tributos recolhidos. Cf. After a tax crackdown, Apple found a new shelter for its profits. *The New York Times*, novembro de 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/06/world/apple-taxes-jersey.html>.

¹⁹ Uma análise abrangente do *Panama Papers* foi realizada pelo The Guardian e pelo jornal alemão *Süddeutsche Zeitung*, sendo este último o responsável pela obtenção original dos dados e informações junto a uma fonte anônima. Confira os seguintes links: <http://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/56febff0a1bb8d3c3495adf4>; e <https://www.theguardian.com/news/2016/apr/03/what-you-need-to-know-about-the-panama-papers>.

²⁰ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

²¹ O Anexo B da Ação 1 do Beps contém alguns exemplos daquilo que o relatório denomina “típicas estruturas de planejamento tributário” desenvolvidas por meio de modelos de negócio integrados. Para uma descrição detalhada dessas estruturas, vide SILVEIRA, Ricardo Maitto. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do Beps e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: FARIA, Renato; MONTEIRO, Alexandre; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital* – desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 922 et seq.

Para além das medidas concretas, as discussões no âmbito do Projeto Beps têm evoluído continuamente para desenvolver um consenso sobre mecanismos de combate à evasão fiscal e para aperfeiçoar as regras fiscais internacionais, tendo por referência dois grandes pilares: o Pilar 1, que se aplica a grandes multinacionais, pretende desenvolver mecanismos de realocação de lucros tributáveis para países onde se localizam os mercados consumidores, resultando numa alteração da tributação efetiva aplicável às empresas; o Pilar 2 pretende desenvolver regras para assegurar que os lucros sejam tributados a uma alíquota mínima (15%) por meio de complexos mecanismos de reapuração e consolidação dos lucros das multinacionais.

Cabe destacar, por fim, as medidas unilaterais que têm sido adotadas pelos países para, ao relativizar a ideia tradicional de “residência fiscal”, introduzir mecanismos de combate aos planejamentos tributários considerados abusivos. Nesse sentido destaca-se, a título de exemplo, o *diverted profit tax* (DPT) introduzido no Reino Unido.

O DPT foi introduzido no Reino Unido em 2015 e, não por acaso, foi apelidado de “Google tax”, embora o escopo de aplicação do imposto não seja restrito às empresas de tecnologia. Seu propósito é “conter o uso de técnicas agressivas de planejamento tributário utilizadas por empresas multinacionais para desviar lucros do Reino Unido para jurisdições com baixa tributação”. O DPT impõe uma tributação de 25% sobre os lucros artificialmente desviados do Reino Unido.

Uma primeira situação que enseja a aplicação do DPT envolve empresas britânicas que adotem estruturas ou que realizem transações, ambas sem substância econômica, e que resultem no chamado “descasamento tributário” (*tax mismatch*).

Um exemplo simples é o caso de uma empresa no Reino Unido que transfere direitos de propriedade intelectual para uma afiliada no exterior, situada em uma jurisdição de baixa tributação, e paga royalties dedutíveis para tal entidade. Nesse caso, se em razão das circunstâncias ficar comprovado que a beneficiária dos pagamentos não tem capacidade operacional para explorar a propriedade intelectual (ausência de substância), e que a dedução fiscal no Reino Unido não foi acompanhada de um correspondente acréscimo na base tributável da beneficiária (descasamento tributário), fica caracterizada uma situação sujeita ao DPT.

As medidas enumeradas acima sinalizam uma clara tendência pela relativização da ideia tradicional de “residência fiscal” como vínculo para justificar o exercício da competência tributária pelos países. Com efeito, o aspecto formal e objetivo – local da sede, local da administração etc. – que normalmente vincula a atividade empresarial e o território não se mostra suficiente atualmente para delimitar a esfera de competência tributária dos países. Verifica-se, portanto, um ponto crucial na delimitação de políticas tributárias adotadas pelos países, o que exigirá maior cooperação, transparência e, principalmente, a reformulação das regras de tributação para lidar com a nova realidade.

V. Considerações finais

Ao longo deste breve artigo, procurou-se expor que o conceito de “residência” desempenha papel fundamental na definição das regras tributárias, destacando as várias acepções possíveis para essa expressão no âmbito privado, tributário e, ainda, no campo da tributação internacional.

Conforme se demonstrou, “residência fiscal” exprime a existência de uma conexão suficiente entre a pessoa e o território de um país, a partir de critérios previstos na lei tributária, que legitime o exercício da competência tributária em relação àquela pessoa.

Após uma investigação sobre os critérios para a fixação de “residência fiscal” no direito tributário brasileiro, verificou-se que há um processo de revisão ou relativização do conceito empregado no direito interno e no âmbito internacional, a fim de permitir que os países possam tributar os lucros da atividade empresarial a despeito da presença dos critérios formais (ou, em grande medida, a despeito da presença física).

Esse processo de revisão e reformulação das regras de tributação representa, sem dúvida, o grande desafio a ser enfrentado pelas administrações tributárias dos países ao longo das próximas décadas.

As “Opções realisticamente Disponíveis” na Legislação de Preços de Transferência

Roberto Codorniz Leite Pereira

Introdução

Em dezembro de 2022, foi concluído o processo de alinhamento das regras brasileiras de preços de transferência com as diretrizes globais, elaboradas pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), e sintetizadas no relatório intitulado *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*¹ (doravante “TPG”), e que, juntamente com o *Practical manual on transfer pricing for developing countries* da ONU², representam o consenso internacional quanto aos parâmetros comuns de aplicação do princípio *arm’s length*.

Com isso, o Brasil concluiu um importante trabalho que teve por finalidade revisar e aperfeiçoar as normas brasileiras de preços de transferência até então vigentes que, segundo destacou a OCDE, embora tivessem por ponto positivo a garantia de maior segurança jurídica e praticabilidade, eram inadequadas para efetuar o controle de preços de transferência em diversos contextos, especialmente em operações envolvendo ativos intangíveis (cada vez mais presentes na economia digital)³.

Após a convergência com as TPG, antes mesmo de passar à aplicação do método de precificação, o operador deverá passar pelas etapas de delineamento e reconhecimento das transações. Em ambos os casos, além de outros aspectos, serão levadas em consideração as chamadas “opções realisticamente disponíveis” (ou *options realistically available – ORA*). Além disso, as opções realisticamente disponíveis também se fazem presentes na etapa de precificação de transações específicas envolvendo intangíveis, reestruturações societárias e operações financeiras.

Na Lei n. 14.596/2023 (fruto da conversão da Medida Provisória n. 1.152/2022), a determinação da consideração das opções realisticamente disponíveis na aplicação das normas de preços de transferência se fez presente, expressamente, nas disposições gerais, nas etapas de delineamento e reconhecimento da transação, e na parte das disposições específicas relativas às operações financeiras. Para os propósitos deste estudo, importa destacar a sua menção nas etapas de delineamento e reconhecimento:

“Art. 7º O delineamento da transação controlada a que se refere o inciso I do *caput* do art. 6º desta Lei será efetuado com fundamento na análise dos fatos e das circuns-

¹ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>. Acesso em: 20 ago. 2023.

² UN. *Practical manual on transfer pricing for developing countries 2021*. New York: United Nations, 2021. Disponível em: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-08/UN%20Manual%20on%20Transfer%20Pricing_0.pdf. Acesso em: 20 ago. 2023).

³ OECD/Receita Federal do Brasil. *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard*. Paris: OECD, 2019. Disponível em: www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm. Acesso em: 20 ago. 2023.

tâncias da transação e das evidências da conduta efetiva das partes, com vistas a identificar as relações comerciais e financeiras entre as partes relacionadas e as características economicamente relevantes associadas a essas relações, considerados, ainda: [...]

§ 1º No delineamento da transação controlada, serão consideradas as *opções realisticamente disponíveis* para cada uma das partes da transação controlada, de modo a avaliar a existência de outras opções que poderiam ter gerado condições mais vantajosas para qualquer uma das partes e que teriam sido adotadas caso a transação tivesse sido realizada entre partes não relacionadas, inclusive a não realização da transação. Art. 8º Para fins do disposto nesta Lei, quando se concluir que partes não relacionadas, agindo em circunstâncias comparáveis e comportando-se de maneira comercialmente racional, consideradas as *opções realisticamente disponíveis* para cada uma das partes, não teriam realizado a transação controlada conforme havia sido delineada, tendo em vista a operação em sua totalidade, a transação ou a série de transações controladas poderá ser desconsiderada ou substituída por uma transação alternativa, com o objetivo de determinar os termos e as condições que seriam estabelecidos por partes não relacionadas em circunstâncias comparáveis e agindo de maneira comercialmente racional.”

Neste artigo, pretendo analisar o conceito de opções realisticamente disponíveis e estabelecer os limites para a sua aplicação nas distintas etapas de aplicação das novas normas de preços de transferência, tendo-se em vista tanto as orientações das OECD TPG quanto as limitações presentes no direito interno brasileiro.

A relevância da compreensão do conceito de opções realisticamente disponíveis e dos seus limites decorre da omissão das OECD TPG na fixação de critérios objetivos para a sua aplicação e da possibilidade de as autoridades fiscais, nos termos da nova legislação, virem a desconsiderar ou substituir transações praticadas entre partes vinculadas sob a alegação de que terceiros independentes teriam praticado uma transação alternativa com resultados econômicos mais vantajosos.

Este artigo se divide em três tópicos centrais. No tópico 1, após traçar um breve histórico acerca da introdução da consideração às opções realisticamente disponíveis nas TPG, analisarei o seu uso nas distintas etapas de aplicação das normas de preços de transferência e os limites a serem observados, a partir da análise das TPG. No tópico 2, buscarei definir “opções realisticamente disponíveis” ou, quando menos, estabelecer balizas fundamentais a serem observadas na sua aplicação, diante da sua elevada subjetividade e potencial insegurança jurídica, risco de dupla tributação e negação ao princípio *arm's length* decorrentes da sua (má) aplicação. No tópico 3, analisarei possíveis desafios que a aplicação das opções realisticamente disponíveis poderá ensejar no contexto do Direito brasileiro. Por fim, trarei breves notas conclusivas.

1. As opções realisticamente disponíveis nas TGP da OCDE

1.1. Breves apontamentos históricos

A figura das opções realisticamente disponíveis foi originalmente introduzida nas *guidelines* da OCDE em 1995, momento em que se promoveu uma ampla atualização das TPG de 1979.

Apesar de inovadora em muitos países membros da OCDE, as opções realisticamente disponíveis já vinham sendo utilizadas pelos Estados Unidos da América (EUA), porém sob o rótulo de *alternatives available*, prevista nos regulamentos norte-americanos ao *Internal Revenue Code* (IRC)⁴. A sua finalidade é permitir que os preços entre partes relacionadas sejam ajustados para refletir as alternativas disponíveis às partes na transação efetivamente realizada e que teriam sido adotadas por terceiros independentes.

Neste ponto, cumpre que se faça um breve aparte. No desenvolvimento das normas de preços de transferência, bem como na formulação das *guidelines* da OCDE, os EUA sempre possuíram grande influência, como país de grande protagonismo econômico. Nos EUA, as normas de preços de transferência foram originalmente introduzidas em 1917, na tentativa de evitar a manipulação de preços em operações internas entre partes vinculadas, porquanto, nos EUA, há imposto de renda estadual⁵. Em 1928, as autoridades fiscais passaram a ter competência para realocar lucros tributáveis de modo a refletir a renda que se esperaria auferir em transações realizadas entre terceiros independentes⁶. No entanto, foi apenas em 1935 que a legislação norte-americana adotou expressamente o princípio *arm's length* – cujo espírito consiste em precificar as transações praticadas entre partes relacionadas como se tais transações tivessem sido praticadas por terceiros independentes e estivessem sujeitas à precificação de livre mercado – como *standard* jurídico a ser adotado no controle de preços de transferência⁷. Em 1968, as normas norte-americanas passaram por uma ampla reforma, tendo sido introduzidos os métodos transacionais tradicionais adotados até os dias de hoje, dentre outros detalhes destinados a assegurar a sua aplicabilidade⁸.

As alterações promovidas em 1968 na legislação norte-americana influenciaram diretamente as TPG de 1979, formuladas pela OCDE. Posteriormente, a adoção pelos EUA dos métodos de comparabilidade de margens de lucros – o *Transactional Net Margin Method* o *Profit Split Method* – foi, também, acolhida pela OCDE, que passou a prever os referidos métodos nas suas *guidelines* como métodos em linha com o *arm's length standard*, reconhecendo que em diversos contextos não seria possível encontrar comparáveis confiáveis para mercadorias, serviços ou direitos, para aplicação do método *Comparable Un-*

⁴ IRC, Section 482, § 1.482-1 (f)(2)(ii)(A): “The Commissioner will evaluate the results of a transaction as actually structured by the taxpayer unless its structure lacks economic substance. However, the Commissioner may consider the alternatives available to the taxpayer in determining whether the terms of the controlled transaction would be acceptable to an uncontrolled taxpayer faced with the same alternatives and operating under comparable circumstances. In such cases, the Commissioner may adjust the consideration charged to in the controlled transaction based on the cost or profit of an alternative as adjusted to account for material differences between the alternative and the controlled transaction, but will not restructure the transaction as if the alternative had been adopted by the taxpayer.”

⁵ BRAUNER, Yariv. Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes. *Virginia Law Review* n. 28, vol. 779, 2008, p. 96.

⁶ BRAUNER, Yariv. Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes. *Virginia Law Review* n. 28, vol. 779, 2008.

⁷ BRAUNER, Yariv. Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes. *Virginia Law Review* n. 28, vol. 779, 2008.

⁸ BRAUNER, Yariv. Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes. *Virginia Law Review* n. 28, vol. 779, 2008.

controlled Prices, tampouco margens de lucro bruta para a aplicação do *Resale Price Method* e do *Cost Plus Method*⁹.

Atualmente, a *section 482* do IRC¹⁰ permite às autoridades norte-americanas efetuar ajustes nos resultados das transações controladas para refletir a renda que seria esperada em uma transação *at arm's length*¹¹. Destaque-se que, em 1986, em razão das crescentes preocupações com transferências e licenciamentos de intangíveis entre partes vinculadas, foi introduzido o *commensurate with income standard* para a sua adequada precificação, o qual, posteriormente, também veio a influenciar as diretrizes da OCDE relativamente às transações com intangíveis.

No tocante às *alternative availables*, o Comitê de Assuntos Fiscais da OECD se opôs, em um primeiro momento, à introdução de um conceito similar nas suas *guidelines*. De acordo com a organização, a consideração das *alternatives realistically available* poderiam alterar significativamente a natureza das transações, ao passo que as normas preços de transferência devem ser aplicadas sobre a transação, exceto nas hipóteses em que tais transações não apresentem substância econômica¹². Neste sentido, o exame de alternativas poderia se tornar um exercício extremamente subjetivo acerca de decisões comercialmente válidas, abrindo margem para arbitrariedades¹³.

Apenas dois anos depois, a OCDE mudou de posicionamento porquanto incorporou, na revisão das TPG de 1995, o conceito de *options realistically available* na análise de comparabilidade e reconhecimento da transação controlada. A despeito disso, o receio demonstrado pela OCDE quanto ao uso subjetivo e arbitrário de alternativas disponíveis contribuiu para que o conceito adotado pelas TPG de opções realisticamente disponíveis tivesse um alcance mais restrito do que aquele adotado pelos EUA na sua legislação interna¹⁴.

⁹ A respeito da evolução das regras de preços de transferência nos EUA e da interpretação conferida ao longo do tempo ao alcance do *arm's length standard*, veja-se: AVI-YONAH, Reuven S. The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of U.S. international taxation. *Virginia Tax Review* vol. 15, n. 89, 1995.

¹⁰ IRC, Section 482: "In any case of two or more organizations, trade or businesses (whether or not Incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible."

¹¹ ROSEMBLOOM, H. David; KOCHMAN, Neal M. Chapter 26: Transfer pricing in United States. In: PETRUZZI, Raffaele; COTTANI, Giammarco; LANG, Michael (ed.). *Fundamentals of transfer pricing: industries, regions, new technologies, and other topics*. Netherlands: Kluwer Law International, 2022, p. 409.

¹² OECD. *Intercompany transfer pricing regulations under US Section 482 temporary and proposed regulations*. Paris: OECD, 1993, p. 16. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/OCDE/GD\(93\)131/En/pdf](https://one.oecd.org/document/OCDE/GD(93)131/En/pdf). Acesso em: 23 ago. 2023.

¹³ OECD. *Intercompany transfer pricing regulations under US Section 482 temporary and proposed regulations*. Paris: OECD, 1993, p. 16. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/OCDE/GD\(93\)131/En/pdf](https://one.oecd.org/document/OCDE/GD(93)131/En/pdf). Acesso em: 23 ago. 2023.

¹⁴ PAREKH, Siddharth. The concept of "options realistically available" under the OECD transfer pricing guidelines. *International Transfer Pricing Journal*. Amsterdam: IBFD, Sept.-Oct. 2015, p. 298.

Conforme será demonstrado neste artigo, embora as opções realisticamente disponíveis estejam presentes em várias etapas de aplicação das normas de preços de transferência, a OCDE recomenda a sua adoção, apenas, em situações *excepcionais*.

1.2. Análise de comparabilidade

A primeira etapa na qual as opções realisticamente disponíveis devem ser consideradas é a etapa de identificação das relações comerciais e financeiras entre as partes relacionadas e das *características economicamente relevantes* – também conhecidas como *fatores de comparabilidade* – a fim de que a transação controlada possa ser precisamente delineada.

As características economicamente relevantes que devem ser identificadas são as seguintes¹⁵:

- i) os termos contratuais da transação;
- ii) as funções desempenhadas pelas partes na transação, os ativos empregados e os riscos assumidos, incluindo como essas funções se relacionam com a geração de valor pelo grupo multinacional ao qual as partes pertencem, as circunstâncias que permeiam a transação e as práticas da indústria;
- iii) as características dos bens, direitos ou serviços objeto da transação controlada;
- iv) as circunstâncias econômicas das partes e do mercado em que operam; e
- v) as estratégias de negócios adotadas pelas partes.

Embora os termos contratuais sejam um importante ponto de partida, o delineamento da transação se pauta nos fatos e circunstâncias efetivamente praticados no caso concreto (análise de substância sobre a forma), e da consideração de todos os fatores de comparabilidade indicados acima.

Neste contexto, a OCDE defende que partes independentes, ao avaliar os termos de uma transação em potencial, irão comparar a transação a ser praticada com outras opções realisticamente disponíveis, de modo que as partes somente concluirão a transação caso elas não vislumbrem nenhuma alternativa que ofereça uma “oportunidade *claramente* mais vantajosa” para a concretização dos seus objetivos comerciais¹⁶.

O emprego da expressão “claramente” não é mero acaso, exigindo que a existência de uma ou mais opções mais vantajosas seja óbvia e inquestionável, de modo que, se houver dúvidas quanto às suas vantagens comparativas, a opção alternativa não será determinante no processo de delineamento¹⁷.

Conforme destaca Siddharth Parekh¹⁸, é perfeitamente possível que partes independentes tenham avaliações distintas a respeito dos ganhos econômicos advindos da escolha de uma mesma opção, de modo que a opção não seja “claramente mais vantajo-

¹⁵ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 40, § 1.36.

¹⁶ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 41, § 1.38.

¹⁷ AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing. *International Transfer Pricing Journal*. Netherlands: IBFD, mar./abr. 2020, p. 113-114.

¹⁸ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines, p. 306-307.

sa”. Nesses casos, a dúvida afasta a clareza necessária, impedindo que as autoridades fiscais efetuem ajustes na transação realizada.

Na prática, o chamado *clearly more attractive standard* coloca a dúvida da existência de uma opção realisticamente disponível a favor do contribuinte, determinando-se a manutenção da transação.

De todo modo, a determinação de que as partes vinculadas na transação controlada devem considerar as opções realisticamente disponíveis tem por premissa a teoria econômica da tomada de decisão racional, segundo a qual agentes econômicos – independentes – tomarão decisões racionais que maximizarão o seu retorno individual dando-se preferência logicamente às decisões que ofereçam o melhor resultado possível.

Evidentemente, o problema envolvendo partes vinculadas de grupos multinacionais está no fato de que os incentivos operam para que seja maximizado o resultado do grupo econômico e não necessariamente das suas partes individualmente consideradas. Entretanto, como as regras de preços de transferência se aplicam por entidade (*single entity approach*), a racionalidade da transação deve ser vista sob a perspectiva de cada uma das partes envolvidas na transação. Isso não significa, no entanto, que os resultados gerados para o grupo com a transação praticada não sejam relevantes em alguma medida para se aferir a racionalidade da transação.

A escolha entre as opções realisticamente disponíveis deve levar em consideração qualquer diferença economicamente relevante existente em cada um dos possíveis cenários¹⁹. Logo, cada fator de comparabilidade delimita o universo de escolha de possíveis opções alternativas de transações²⁰.

No tocante aos *termos e condições contratuais*, embora os fatos e circunstâncias do caso concreto sejam determinantes para a determinação da conduta efetiva das partes, os termos e condições contratuais são o ponto de partida para a análise e, em diversos casos, são capazes de refletir as relações comerciais e financeiras existentes entre as partes e, em especial, a alocação de riscos.

Assim, os termos contratuais devem ser levados em consideração na escolha de quais opções alternativas poderiam ser adotadas. Não se pode, por exemplo, imputar obrigações ou atribuir direitos que as partes não desejam assumir. Evidentemente, os fatos e circunstância que indiquem o comportamento efetivo das partes são determinantes no delineamento da operação, mas isso não significa que as autoridades fiscais possam reescrever os contratos, à mercê da vontade das partes especialmente quando não houver indícios de que as partes teriam agido do modo apontado pelo Fisco.

Quanto à *análise das funções* desenvolvidas, *dos ativos* empregados e *dos riscos* assumidos, busca-se compreender quais são as funções, os ativos e os riscos de cada uma das partes na transação e a sua relação com a geração de valor no grupo multinacional em análise. Desse modo, a partir da análise das funções, ativos e riscos será possível determinar a remuneração que cada uma das partes fará jus na transação, porquanto quanto mais funções, ativos e riscos, maior será a compensação devida²¹.

¹⁹ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 41, § 1.38.

²⁰ No mesmo sentido: PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines, p. 302.

²¹ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 46, § 1.51.

A referida análise delimita, também, o universo de possibilidade de escolhas racionais alternativas que se poderia adotar no caso concreto. Basta imaginar que não seria lógico comparar opções de transações que implicassem alocação de riscos ou de funções distinta daquela que se tem no caso concreto. Imagine-se que determinado grupo multinacional tenha uma subsidiária no Brasil que desempenha a função de distribuidora de baixo risco (e.g., não desempenha funções de *marketing* ou *branding* no mercado local e se limita à mera revenda sem industrialização). Não seria adequado, na consideração das opções realisticamente disponíveis, levar em consideração opções que somente poderiam ser adotadas por distribuidoras do tipo *full fledged* (e.g., que realizem funções de *marketing*, *branding* e industrialização, no Brasil).

Passando-se para as *características dos bens, direitos e serviços* envolvidos na transação controlada, a OCDE recomenda que as diferenças sejam levadas em consideração ao se estabelecer a comparabilidade entre transações controladas e transações realizadas por terceiros independentes. Neste contexto, características relacionadas a bens tangíveis (como é o caso da qualidade, do volume e das características físicas da mercadoria), serviços (natureza e extensão) e bens intangíveis (tipo de propriedade, duração da proteção e benefícios antecipados pelo seu uso) são fatores a serem levados em consideração na análise de comparabilidade²².

Consequentemente, diferenças relevantes nos bens, serviços ou direitos transacionados também atuam, no caso concreto, como um importante limitador das opções realisticamente disponíveis. Imagine-se, a título de exemplo, que uma empresa brasileira venda para parte relacionada no exterior minério de ferro de qualidade média em termos de pureza e umidade, haja vista que o local de exploração não é capaz de oferecer minério de qualidade superior. Neste caso, não cabe à autoridade fiscal alegar que uma opção realisticamente disponível mais vantajosa para a empresa brasileira seria produzir e exportar minério de maior qualidade.

A consideração das *características econômicas das partes e dos mercados* implica que os mercados onde as partes relacionadas e as partes independentes atuam não apresentem diferenças relevantes a ponto de não permitir a sua comparabilidade. A título de exemplo, imagine-se que, em transação controlada de venda de mercadorias seguida da sua distribuição, o distribuidor possui localização estratégica em relação ao mercado consumidor em questão. Neste caso, os preços praticados entre as partes vinculadas, bem como o preço de revenda para terceiros independentes (necessário para o cálculo do método *Resale Price*), podem ser afetados sensivelmente de modo que a margem de lucro bruta não seja comparável com a margem de lucro bruta praticada por terceiros independentes que não possuem esta vantagem específica de localização geográfica.

Do mesmo modo, diferenças relativas às circunstâncias econômicas relativas aos mercados ou às partes envolvidas atuam como delimitadores das opções realisticamente disponíveis. Seguindo-se o exemplo anterior, autoridades fiscais não podem considerar como uma opção realisticamente disponível que partes vinculadas que não contam com posição geográfica estratégica reorganizem as suas operações de modo a passar a contar com tal vantagem.

²² OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 70, § 1.127.

Por fim, no tocante às *estratégias negociais*, a OCDE recomenda que sejam levadas em consideração diversas características das partes que afetem a condução diária dos seus negócios, como é o caso de inovações, desenvolvimento de novos produtos, grau de diversificação, grau de aversão ao risco, diferenças no tocante às leis trabalhistas, dentre outros fatores²³. Além disso, estratégias de penetração ou expansão de mercado, bem como em processo de reorganização societária mediante incorporação, também devem ser levadas em consideração²⁴.

Um notório exemplo de estratégias negociais que pode ser mencionado diz respeito a uma marca amplamente conhecida no mercado de cafés que, além de vender as cápsulas, vende, também, as máquinas que delas se utilizam para o preparo da bebida. Neste caso, seria uma estratégia plausível a ser levada em consideração se a empresa decidir vender a máquina a preço de custo, sem margem alguma de lucro, visando, com isso, fomentar a venda de cápsulas, alcançando resultados positivos elevados. Neste exemplo, observamos que não há irracionalidade alguma na estratégia adotada.

De acordo com as TPG da OCDE, o teste relativo às opções realisticamente disponíveis no contexto das estratégias de negócios restará satisfeito caso seja plausível, sob a perspectiva racional-econômica, ter a expectativa de que a estratégia adotada venha a gerar resultados futuros positivos²⁵. Neste caso, ainda que os resultados projetados não venham a ser alcançados na extensão e na forma projetada inicialmente, a transação não poderá ser questionada.

Situação diversa ocorre quando não é racionalmente plausível afirmar que a estratégia comercial adotada tem aptidão para gerar resultados positivos. Neste contexto, a consideração das opções realisticamente disponíveis desempenha importante papel para a indicação das possíveis estratégias negociais que as partes poderiam ter adotado, e a exclusão daquelas que, por não se revelarem possíveis ou racionais sob a ótica econômica, devem ser, de plano, afastadas.

Em breve síntese, o papel das opções realisticamente disponíveis na análise de comparabilidade, necessária ao delineamento da transação, revela uma relação de mútua influência: por um lado, as opções realisticamente disponíveis compõem a análise de comparabilidade e o delineamento da transação realizada; por outro lado, as opções realisticamente disponíveis encontram, em cada um dos fatores de comparabilidade, um limite para a sua aplicação, porquanto não podem desconsiderar as características economicamente relevantes impostas pelo caso concreto em análise. São precisamente esses os limites que deverão ser observados, no Brasil, no tocante à aplicação do art. 7º, § 1º, da Lei n. 14.596/2023.

1.3. Reconhecimento da transação

Como apontado, as relações econômicas e financeiras entre partes relacionadas em uma transação sob controle devem ser precisamente delineadas, considerando-se os

²³ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 72-73, § 1.134-1.137.

²⁴ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*.

²⁵ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 74, § 1.138.

fatos e as circunstâncias do caso concreto, as características economicamente relevantes e as opções realisticamente disponíveis.

A partir do delineamento da transação, é possível que a transação refletida no contrato celebrado entre as partes seja *mantida*, *complementada* ou *requalificada*. Assim, no delineamento da transação, pode-se concluir que a conduta efetiva das partes:

- i) possui correspondência *total* ao que foi refletido nos contratos, havendo identidade plena entre forma e substância, e se revela consistente com todas as características economicamente relevantes verificadas a partir dos fatos, circunstâncias e da conduta efetiva das partes, especialmente com as funções, ativos e riscos, de modo que a transação formalizada contratualmente deverá ser *mantida*;
- ii) possui correspondência *parcial* ao que foi refletido nos contratos, havendo identidade parcial entre forma e substância, e não se revela totalmente consistente com todas as características economicamente relevantes verificadas a partir dos fatos, circunstâncias e da conduta efetiva das partes, especialmente com as funções, ativos e riscos, de modo que a transação deverá ser *complementada* para refletir a transação delineada; e
- iii) não possui correspondência ao que foi refletido nos contratos, inexistindo qualquer identidade entre forma e substância, e se revela totalmente inconsistente com todas as características economicamente relevantes verificadas a partir dos fatos, circunstâncias e da conduta efetiva das partes, especialmente com as funções, ativos e riscos, de modo que a transação controlada deverá ser *requalificada* para refletir a transação delineada.

A OCDE recomenda que todos os esforços sejam empreendidos pelas partes para que a transação sob controle seja precisamente delineada e, posteriormente, precificada de acordo com o método mais adequados para a transação²⁶. No entanto, conforme destaca a organização nas TPG, há situações em que a transação precisamente delineada não deverá ser reconhecida²⁷.

Neste contexto, conforme prevê o § 1.142 das TPG, a transação precisamente delineada poderá ser desconsiderada, e se necessário, substituída por outra transação alternativa, se os negócios feitos em relação com a transação, visto na sua totalidade, divergirem das transações que terceiros independentes teriam adotado, comportando-se de forma comercialmente racional em situações comparáveis, impedindo assim a determinação de um preço que seria aceitável para ambas as partes, tendo em conta as respectivas perspectivas e as opções realisticamente disponíveis para cada uma delas no momento da celebração da transação²⁸. No § 1.143 das TPG, a OCDE complementa o sentido do

²⁶ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 74, § 1.138.

²⁷ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 74, § 1.138.

²⁸ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 75, § 1.142. No original: "The transaction as accurately delineated may be disregarded, and if appropriate, replaced by an alternative transaction, where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction."

exercício proposto ao esclarecer que o ponto fundamental está em determinar se a transação precisamente delineada possui a racionalidade comercial de uma transação que teria sido praticada por terceiros independentes em condições comparáveis, e não exatamente se a mesma transação pode ser identificada entre terceiros independentes²⁹.

O critério determinante a ser investigado é, portanto, a existência de racionalidade econômica na transação controlada. Ou seja: uma vez constatado que as partes vinculadas, na transação controlada, agiram de modo comercialmente racional, do mesmo modo que se esperaria de terceiros independentes em uma transação comparável, a transação não poderá ser requalificada.

Em linha com o receio já apresentado pela OECD em 1993, as TPG alertam para os riscos de dupla tributação econômica decorrentes da desconsideração indiscriminada de transações comerciais dotadas de racionalidade econômica, haja vista que, nessas circunstâncias, são elevadas as chances de as autoridades fiscais de residência da outra parte na transação não concordarem com a desconsideração realizada³⁰.

Assim, quanto maior a arbitrariedade e o subjetivismo na desconsideração realizada, maiores são as chances de dupla tributação, o que, em última instância, deverão ser resolvidas por via da cláusula de procedimento amigável no âmbito dos acordos de bitributação. É justamente por esta razão que, nas TPG, a desconsideração é vista como medida *excepcional*. Além dos parâmetros já apontados, há, ainda, outras diretrizes que devem nortear a análise do intérprete:

- i) a verificação de que terceiros independentes, em situação comparável, praticaram a mesma transação *per se* já afasta a possibilidade da sua desconsideração ou substituição³¹;
- ii) a inexistência de transações idênticas entre partes independentes não é condição suficiente para que a transação controlada seja desconsiderada ou substituída³²;
- iii) o fato de o grupo transnacional estar em uma situação pré-tributária economicamente mais desfavorável após a realização da transação do que na sua ausência, é um fator capaz de evidenciar a irracionalidade da transação³³.

Os dois exemplos abordados pela OCDE, nas suas TPG, dão a exata noção da excepcionalidade da desconsideração ou substituição da transação controlada a partir do exame das opções realisticamente disponíveis.

No primeiro exemplo³⁴, uma empresa que desempenha função de produção de bens, e que, portanto, possui importante parte do seu patrimônio alocado em ativos

²⁹ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 76, § 1.143. No original: "The key question in the analysis is whether the actual transaction possesses the commercial rationality of arrangements that would be agreed between unrelated parties under comparable economic circumstances, not whether the same transaction can be observed between independent parties."

³⁰ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 75, § 1.142.

³¹ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*.

³² OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*.

³³ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*.

³⁴ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 76, §§ 1.146 e 1.147.

imobilizados (maquinário e bens imóveis), está localizada em uma área sujeita a enchentes, impondo-lhe um elevado risco relativamente ao seu maquinário. Inexistindo empresas dispostas a oferecer um seguro para todo o seu ativo imobilizado, a empresa contrata o seguro de outra empresa do grupo econômico ao qual pertence, porém o valor do prêmio anual a ser pago corresponde a 80% do valor dos ativos segurados. Neste exemplo, a OCDE destaca a *irracionalidade econômica* de se contratar o seguro, nas circunstâncias apontadas, e que a opção realisticamente disponível mais realista seria a empresa realocar o seu ativo imobilizado para outro local ou, mesmo, não contratar o seguro.

No segundo exemplo³⁵, uma empresa que conduz atividades de pesquisa e desenvolvimento relativamente a intangíveis transfere para outra parte relacionada todos os direitos à percepção futura dos resultados associados à exploração dos intangíveis por um valor fixo determinado arbitrariamente, sem estar amparado em qualquer metodologia econômica válida. Novamente, a operação é irracional, haja vista que partes independentes teriam sido mais rigorosas na forma de precificação da transação, ao levar em consideração as funções, os ativos e os riscos para determinar o retorno esperado.

A partir de todas as considerações apresentadas, conclui-se que a OCDE possui uma abordagem extremamente rigorosa no tocante à desconsideração ou substituição de transações a partir da consideração das opções realisticamente disponíveis limitando-se, apenas, às *transações comercialmente irracionais*. Ou seja: havendo racionalidade econômica na transação sob controle, sendo razoável pressupor que terceiros independentes teriam-na praticado, não compete às autoridades fiscais desconsiderarem-na ou substituí-la por outra. Portanto, é à luz dessas considerações que deverá ser aplicado o art. 8º da Lei n. 14.596/2023.

1.4. Precificação da transação

As TPG também fazem menção às opções realisticamente disponíveis para precificar transações específicas envolvendo intangíveis e reorganizações de negócios.

1.4.1. Transações com intangíveis

O controle de preços de transferências envolvendo transações com intangíveis é um dos pontos mais complexos e sensíveis em matéria de tributação internacional, na atualidade³⁶. Basta ter em mente que há, por um lado, intangíveis de uso rotineiro, para os quais há comparáveis que podem ser utilizadas para a precificação das suas transferências ou licenciamento e que, portanto, não ensejam grandes dificuldades ao intérprete, mas, por outro lado, há intangíveis únicos e de difícil valoração (*hard to value intangibles* – HTVI) que não possuem comparáveis no mercado.

³⁵ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 77, § 1.148.

³⁶ Sobre o tema, já tivemos a oportunidade de fazer uma análise crítica sobre as alterações das TPG promovidas pelos Action Plan 8-10 do Projeto de Combate ao Beps: PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O controle de preços de transferência em operações com intangíveis no contexto do Beps e a perda da hegemonia do princípio *arm's length*. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-Beps: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 345-382.

De acordo com as TPG, em se tratando desta segunda categoria de intangíveis, os retornos das partes relacionadas envolvidas devem ser proporcionais às funções desempenhadas, aos ativos empregados e aos riscos suportados³⁷. As funções a serem analisadas são representadas pela sigla DEMPE (*development, enhancement, maintenance, protection and exploitation*)³⁸.

Nesses casos, devido à ausência de comparáveis, como pontuam Vikram Chand e Sagar Wang³⁹, geralmente recorre-se à aplicação dos chamados “two-sided methods”, como é o caso do Profit Split, em que se busca analisar, sob a perspectiva das partes envolvidas na transação, as contribuições (*contribution analysis*) efetuadas por cada uma delas na geração de valor do intangível, suplementada pela repartição dos lucros residuais (*residual analysis*) proporcionalmente às contribuições efetuadas para a geração de valor⁴⁰. Há, no entanto, a possibilidade de utilização de métodos de *valuation* relativamente aos intangíveis transferidos ou licenciados⁴¹. Tais métodos, no entanto, vêm sendo criticados por, muitas vezes, levarem à precificação atual inconsistente com os resultados futuros gerados pela exploração do intangível⁴².

Ao precificar transações com intangíveis, é fundamental identificar as opções realisticamente disponíveis sob a perspectiva de todas as partes relacionadas envolvidas na transação⁴³. No segundo exemplo apontado no tópico 1.3, a transferência de direitos de exploração de intangíveis a partir de um valor fixo e sem qualquer relação com a aplicação de um método capaz de projetar os seus resultados futuros e trazê-los a valor presente e, ainda, sem a consideração das funções, ativos e riscos desempenhados pelas partes, pode demonstrar a irracionalidade da transação praticada, já que nenhuma parte independente que desempenhe funções, empregue ativos e incorra em risco aceitaria ser remunerada de forma inconsistente com esses critérios.

1.4.2. Reorganizações de negócios

As reorganizações de negócios consistem na realocação de ativos, funções e riscos que sejam capazes de alterar a alocação de lucros ou prejuízos entre as diferentes jurisdições fiscais nas quais atua o grupo transnacional⁴⁴. Não se deve confundir a reorganização de negócios com a reorganização societária, porquanto funções, ativos e riscos

³⁷ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 260, § 6.47.

³⁸ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*.

³⁹ CHAND, Vikram; WANG, Sagar. The profit split method: status quo and outlook in light of Beps action plan. *International Transfer Pricing Journal* vol. 21, n. 6. Amsterdam: IBFD, nov./dez. 2014.

⁴⁰ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Chapter II (Transfer pricing methods), Part III (Transactional profit methods).

⁴¹ COTTANI, Giammarco; LUDOVICI, Paolo; STRIATO, Marco. Chapter 12: Transfer pricing and intangibles. In: PETRUZZI, Raffaele; COTTANI, Giammarco; LANG, Michael (ed.). *Fundamentals of transfer pricing: general topics and specific transactions*. Netherlands: Kluwer Law International, 2021, p. 456-463.

⁴² COTTANI, Giammarco; LUDOVICI, Paolo; STRIATO, Marco. Chapter 12: Transfer pricing and intangibles. In: PETRUZZI, Raffaele; COTTANI, Giammarco; LANG, Michael (ed.). *Fundamentals of transfer pricing: general topics and specific transactions*. Netherlands: Kluwer Law International, 2021.

⁴³ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*, p. 281, §§ 6.111 e 6.112.

⁴⁴ UN. *Practical manual on transfer pricing for developing countries 2021*. New York: United Nations, 2021. Part B, § 1.6.17.

podem ser transferidos entre diferentes entidades de um mesmo grupo econômico localizadas em diferentes jurisdições, sem que haja qualquer alienação de participação societária.

Neste contexto, é preciso analisar a alocação de funções, ativos e riscos antes e após a reestruturação de negócios, bem como outros elementos, como as razões negociais que determinaram a reestruturação, os benefícios esperados da reestruturação e as opções realisticamente disponíveis⁴⁵. A ideia é que qualquer realocação de funções, ativos e riscos ou até mesmo a rescisão ou substancial renegociação de contratos em curso como resultado da reestruturação de negócios seja considerada e comparada com as opções realisticamente disponíveis das partes vinculadas na transação⁴⁶. A referida comparação será determinante não apenas na etapa do exame de comparabilidade, mas, também, para fins de determinação da compensação devida às partes envolvidas⁴⁷.

Cumprido destacar que as TGP da OCDE rejeitam a possibilidade de se buscar uma racionalidade econômica sob a perspectiva de todo o grupo econômico para justificar a reestruturação de negócios envolvendo determinadas entidades do grupo em particular: a análise quanto às opções realisticamente disponíveis – e a sua racionalidade – deve ser feita individualmente⁴⁸.

2. O conceito de opções realisticamente disponíveis

2.1. A estrutura lógica da norma: insegurança jurídica e *arm's length standard*

O principal problema relacionado ao conceito de opções realisticamente disponíveis está no fato de que a sua aplicação enseja um *duplo grau de indeterminação*.

Em primeiro lugar, as opções realisticamente disponíveis são um conceito jurídico indeterminado, ou seja, a expressão não detém um significado claro, unívoco e objetivo. Qual o significado se deve atribuir a “opção”? O que é “disponível”? E, pior ainda, o que é “realisticamente disponível”?

Há, neste sentido, elevada vagueza na expressão “opções realisticamente disponíveis”, o que dificulta a determinação e a aplicação especialmente em casos limítrofes, em que não se tem clareza quanto às fronteiras do referido conceito. É perfeitamente plausível imaginar que, em alguns casos, dependendo das suas circunstâncias específicas, será seguro afirmar que determinada transação é uma opção realisticamente disponível de outra; por outro lado, em outras situações, haverá certamente dúvida quanto à sua caracterização, sendo possível argumentar em ambas as direções.

Não se trata de um problema novo, exclusivo do conceito aqui tratado. Antes disso, é bastante disseminado o emprego, no Direito, de conceitos jurídicos indeterminados, sendo uma característica inerente ao próprio sistema jurídico. Nestes casos, não sendo possível determinar, de antemão, qual é a melhor norma a ser aplicada para cada caso,

⁴⁵ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Chapter IX.

⁴⁶ PENELLE, P. G. The economics of business restructuring and exit charges, tax management transfer pricing report. BNA Bloomberg, 2014.

⁴⁷ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines, p. 299.

⁴⁸ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Chapter IX.

o legislador opta por prever um conceito que passa a assumir determinação apenas diante da sua aplicação ao caso concreto⁴⁹. É dizer: embora, no plano abstrato, indeterminado, no plano concreto, o conceito torna-se determinável.

Em segundo lugar, as opções realisticamente disponíveis estão amparadas em um *standard jurídico* – o que não se confunde com conceito jurídico indeterminado – que corresponde à noção de racionalidade econômica. De acordo com Gerd W. Rothmann, um *standard jurídico* decorre de um comportamento social médio que pode variar no espaço e no tempo, refletindo-se na legislação e na jurisprudência dos tribunais⁵⁰.

O agir *racionalmente econômico* é um padrão de comportamento – *i.e.*, um *standard jurídico* – incorporado no conceito jurídico indeterminado de opções realisticamente disponíveis que somente pode ser aferido à luz das circunstâncias do caso concreto. Afinal, é apenas à luz dos fatos e circunstâncias do caso concreto que será possível determinar como o investidor racional teria agido, ou seja, quais opções que refletissem racionalidade econômica poderiam ser selecionadas para a posterior tomada de decisão. Adiante, analisarei as diferentes teorias econômicas que visam auxiliar no processo de escolha de opções.

De todo modo, é inegável que a consideração das opções realisticamente disponíveis, nos distintos momentos em que adotada – delineamento, reconhecimento e precificação da transação – traz, em razão do seu duplo grau de indeterminação, elevada insegurança jurídica.

Humberto Ávila, em obra que é referência sobre o tema da insegurança jurídica, avalia a sua caracterização em distintos contextos, inclusive sob a perspectiva da determinabilidade das normas, ao defender que as normas devem ser dotadas de “densidade suficiente” para poderem ser cumpridas pelos destinatários e aplicadores, sendo necessário assegurar a sua inteligibilidade⁵¹. Para o autor, deve-se negar a indeterminação e efetuar o controle da arbitrariedade estatal, sob pena de ofensa à segurança jurídica, por meio de um controle ao mesmo tempo semântico e argumentativo⁵².

Além disso, a aplicação das opções realisticamente disponíveis, nas etapas já apontadas de aplicação de preços de transferência, pode conduzir à inobservância ao princípio *arm's length*. Neste ponto, Aitor Navarro⁵³ destaca que, em razão da elevada subjetividade de conceito de opções realisticamente disponíveis, a sua aplicação pode conduzir à alteração do contexto fático, desprezando elementos importantes, o que se tornaria incompatível com o próprio princípio *arm's length*. De forma convergente, François Vincent e Pascal Luquet⁵⁴ ponderam que a desconsideração e substituição de transações com fundamento nas opções realisticamente disponíveis representa, ao mesmo tempo, uma erosão à segurança jurídica e de negação ao princípio *arm's length*.

⁴⁹ Hart se refere a este fenômeno como a “textura aberta” do Direito: HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Law Series, 2012, p. 131-134.

⁵⁰ ROTHMAN, Gerd Willi. O *standard jurídico*. *Revista dos Tribunais* vol. 371/9. São Paulo: RT, 1966, p. 22.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 336.

⁵² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 340-341.

⁵³ NAVARRO, Aitor. *Transactional adjustments in transfer pricing*. Netherlands: IBFD, 2018.

⁵⁴ VINCENT, François; LUQUET, Pascal. Risk, recharacterization – and a tsunami of double tax cases. *Tax management transfer pricing report*. BNA Bloomberg, 2015.

No caso Glencore⁵⁵, a subsidiária australiana havia vendido concentrado de cobre para a sua controladora residente na Suíça. As autoridades fiscais questionaram o preço fixado para a transação, aduzindo que em uma transação hipotética que terceiros teriam praticado o preço fixado teria sido superior. A Corte Tributária Australiana julgou a favor do contribuinte, ao decidir que as TPG e a legislação interna determinavam que o princípio *arm's length* fosse aplicado à transação efetivamente praticada pelas partes e não a uma transação hipotética.

Diante do exposto, entendo, em linha com Sayee Presanna e Raffaele Petruzzi⁵⁶, que a única forma de se preservar a integridade do princípio *arm's length* é a adoção de um critério bastante estrito e rigoroso para o não reconhecimento das transações. Na sequência, buscarei estabelecer critérios para a determinação do conceito de opções realisticamente disponíveis.

2.2. Os conceitos de “opções” e “realisticamente disponíveis”

Em linha com a definição de “opções reais” presentes na ciência das finanças (veja-se o tópico 2.3.4 deste artigo), uma opção é uma *faculdade* de se praticar determinada transação, realizar um investimento ou participar de um projeto. Não existe qualquer obrigatoriedade quanto à sua prática, mas mera conveniência econômica da empresa diante dos resultados futuros projetados. Logo, se houver a obrigação legal quanto à prática da transação, já não se tratará mais de uma opção, colocando fora da análise de preços de transferência.

No entanto, as TPG e a legislação brasileira qualificaram as “opções” com a expressão “realisticamente disponíveis”.

Em primeiro lugar, para que a opção seja considerada “disponível”, é preciso se atentar para vários elementos que tornem possível a escolha por determinada opção, especialmente sob a perspectiva *jurídica e temporal*. Assim, não será considerada uma opção disponível aquela que seja ilegal ou, de qualquer modo, contrária à legislação de quaisquer um dos países envolvidos ou, ainda, que seja contrária à obrigação contratual assumida pelas partes. Tampouco será considerada possível a opção que não se revelava disponível à época da prática da transação, mas apenas posteriormente.

Em segundo lugar, não basta ser disponível, a opção tem que ser “realisticamente disponível” o que impõe, de modo expresso, um *exame de razoabilidade* na consideração das opções disponíveis. Neste contexto, deve-se levar em consideração a *pertinência da opção vislumbrada com o ramo de negócios do grupo econômico e das partes testadas*, bem como os *lucros incrementais* associados à escolha da opção. Humberto Ávila destaca, ao analisar a aplicação do postulado da razoabilidade, ser imprescindível que a interpretação da norma esteja vinculada com a realidade, impondo-se a harmonização da norma com suas condições externas de aplicação⁵⁷.

⁵⁵ Tax Court of Australia of 6 November 2020, Commissioner of Taxation v. Glencore Investments Pty Ltd, 2020, FCAFC, 187.

⁵⁶ PRESANNA, Sayee; PETRUZZI, Raffaele. Chapter 2: Accurate delineation and recognition. In: PETRUZZI, Raffaele; COTTANI, Giammarco; LANG, Michael (ed.). *Fundamentals of transfer pricing: general topics and specific transactions*. Netherlands: Kluwer Law International, 2021, p. 66-69.

⁵⁷ Sobre o tema da aplicação do postulado da razoabilidade na aplicação das normas pelo intérprete, confi-

Neste contexto, não é possível, realístico ou razoável considerar que uma montadora de automóveis deveria ter optado por iniciar a fabricação de aviões, por se considerar este um mercado com retornos maiores do que o mercado de automóveis. Embora a opção seja lícita e esteja disponível à época da prática da transação para adoção pelas partes, a transação não se insere no mercado de atuação das partes. Do mesmo modo, também não se poderia exigir da montadora de automóveis que expandisse os seus mercados de carro de luxo para países com baixa renda *per capita*, onde já se sabe haver baixa procura por automóveis de luxo.

Andreas Bullen⁵⁸ sintetiza, de forma precisa e completa, as situações em que as “opções” não podem ser consideradas “realisticamente disponíveis”:

- i) as opções que não estejam em linha com as atividades econômicas do grupo transnacional como um todo;
- ii) as opções que sejam comercialmente pouco atrativas para o grupo transnacional como um todo;
- iii) a opção que seja extremamente contrafactual;
- iv) a opção que não estava disponível na época da ocorrência da transação controlada;
- v) as partes não tinham conhecimento da opção; e
- vi) a opção é ilegal em quaisquer dos países envolvidos.

No âmbito de uma fiscalização de preços de transferência, caso as autoridades fiscais entendam por desconsiderar ou substituir a transação praticada, é fundamental que haja a indicação de quais teriam sido as opções realisticamente disponíveis das partes da transação no momento da sua ocorrência e os fundamentos que sejam capazes de evidenciar que a opção adotada pelas partes foi irracional sob a perspectiva econômica. Isto porque, será a partir da exposição clara e objetiva desses fundamentos que o contribuinte poderá eventualmente questionar a opção indicada pelas autoridades fiscais ao confrontá-las com os parâmetros indicados acima do que se deve considerar uma “opção” e, sobretudo, “realisticamente disponível”.

2.3. Teorias econômicas que auxiliam na identificação das opções realisticamente disponíveis

Com a modesta pretensão de apenas indicar objetivamente as principais teorias econômicas que podem auxiliar o intérprete na identificação das opções realisticamente disponíveis do caso concreto, apresento, abaixo, de forma sintética cada uma das teorias juntamente com uma breve explicação.

As referidas teorias auxiliam na sua compreensão, mas não necessariamente são determinantes na definição de opções realisticamente disponíveis para fins de preços de

ra-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198-199.

⁵⁸ BULLEN, Andreas. *Arm's length transaction structures: recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing*. Amsterdam: IBFD, 2011.

transferência, haja vista as muitas das finalidades que orientam este último campo regradado pelo Direito não se fazerem presentes na análise puramente econômica do processo de tomada de decisões.

2.3.1. Orçamento de capital e Valor Presente Líquido

O método do orçamento de capital (*capital budgeting*) é processo que busca identificar oportunidades de investimento e avaliar a sua viabilidade econômica, a partir de uma análise qualitativa e quantitativa de diversos parâmetros, em que são avaliados tanto as receitas futuras quanto os custos que serão gerados⁵⁹.

O orçamento de capital compreende os seguintes estágios de análise⁶⁰: (i) planejamento estratégico; (ii) identificação das oportunidades de investimento; (iii) concepção inicial dos projetos; (iv) análise financeira dos projetos; (v) avaliação dos projetos a partir de indicadores qualitativos; (vi) a aceitação ou rejeição da decisão; e (vii) implementação do projeto e monitoramento.

Uma das formas mais conhecidas de se avaliar a viabilidade do investimento é por meio do cálculo do valor presente líquido dos benefícios futuros estimados para o investimento deduzido dos custos incorridos para a realização do projeto (*Net Present Value – NPV*)⁶¹. No cálculo do valor presente líquido dos fluxos de caixa futuros, geralmente se aplica uma taxa de desconto.

Em princípio, todos os projetos que apresentem um valor presente líquido positivo devem ser aceitos, pois demonstram a viabilidade econômica do projeto. De acordo com Jonathan Berk, Peter Demarzo e Jarrad Harford, o chamado “princípio da avaliação” determina que “quando o valor dos benefícios excede o valor dos custos, a decisão aumentará o valor de mercado da empresa”⁶², o que significa aceitar projetos com NPV positivo, especialmente aqueles que apresentem o maior NPV⁶³.

Para fins de preços de transferência, em linha com que já apontamos acima, basta a verificação de que o NPV é positivo, não devendo ser exigido que a transação reflita o maior NPV possível.

2.3.2. Custo de oportunidade e poder de barganha

O custo de oportunidade de capital pode ser definido como o valor que ele poderia ter gerado na sua melhor alternativa de uso⁶⁴. Considerando que a utilização do capital

⁵⁹ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 266.

⁶⁰ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁶¹ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 98.

⁶² BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 99.

⁶³ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105.

⁶⁴ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Tradução: Cristiane de Brito Andrei. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 278.

em uma determinada transação ou projeto necessariamente exclui a sua utilização em outro projeto, o custo de oportunidade torna-se um custo incremental da transação ou projeto.

Neste ponto, o processo de tomada de decisão racional exige que o investidor avalie todas as opções de investimento que estão à sua disposição, para que, então, seja tomada a decisão pelo projeto que ofereça o melhor retorno projetado. Evidentemente, conforme destaca Denis Amici⁶⁵, há situações em que o investidor age racionalmente ao não efetuar a escolha associada ao maior retorno para o investimento feito, mas com a finalidade de alcançar outros benefícios futuros de maior importância para a empresa no longo prazo e que, potencialmente, lhe trariam maior retorno.

No entanto, a teoria do poder de barganha vem sendo apontada como mais adequada do que a própria teoria do custo de oportunidade para a determinação de preços de transferência em situações em que se enfrentam dificuldades para encontrar transações comparáveis no mercado, especialmente nas transações envolvendo intangíveis e reorganização de negócios⁶⁶. Isto porque, como já apontado, para esses casos se aplicam, normalmente, os chamados *two-sided methods*, a exemplo do *Profit Split Method*. Nesses casos, em especial, é fundamental considerar as opções realisticamente disponíveis de todas as partes envolvidas na transação para determinar se elas teriam acordado com a transação e, caso positivo, com a compensação devida.

A premissa fundamental adotada pela teoria do poder de barganha está no fato de que ela reflete justamente os preços determinados por terceiros independentes em uma situação normal de mercado, em que cada parte barganha até obter para si o melhor preço de mercado para uma determinada mercadoria, serviço ou direito. Neste sentido, o valor da opção de cada uma das partes depende das ações da outra parte, de modo que há uma clara *interdependência* entre o valor da opção e o comportamento da outra parte em negociação⁶⁷. Desse modo, nas transações apontadas com intangíveis e em reorganizações de negócios, a teoria do poder de barganha poderia ser utilizada como critério para determinar como os lucros deverão ser repartidos⁶⁸.

2.3.3. Teoria dos jogos e BATNA

A teorias dos jogos (*game theory*)⁶⁹ e da melhor alternativa para um acordo negociado (*Best Alternativa to a Negotiated Agreement – BATNA*)⁷⁰ são teorias que também lidam com a noção de que as opções realisticamente disponíveis das partes são altamente in-

⁶⁵ AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing, p. 118.

⁶⁶ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines, p. 305.

⁶⁷ PAREKH, Siddharth. The concept of “options realistically available” under the OECD transfer pricing guidelines.

⁶⁸ AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing, p. 119.

⁶⁹ Sobre o tema, confirmam-se: NEUMANN, J. von; MORGENSTERN, O. *Theory of games and economic behaviour*. Princiten University Press, 1944; NASH JR., J. F. *Essay on game theory*. Edward Edgar Publishing, 1996.

⁷⁰ AMICI, Denis. In-depth analysis of the concept of options realistically available in transfer pricing, p. 119.

terdependentes. No primeiro caso, como evidencia o famoso “dilema dos prisioneiros”, avalia-se em que medida a cooperação é o melhor comportamento a ser seguido entre as partes, considerando variáveis como assimetria de informações e a existência de jogadas sequenciais. No segundo caso, busca-se identificar a melhor alternativa que se pode escolher, em termos de retornos esperados, em caso de as negociações entre as partes não avançarem e o negócio pretendido não puder ser concluído.

Nas transações envolvendo intangíveis e reorganizações de negócios, como já foi exposto, em especial, é importante que as opções realisticamente disponíveis sejam analisadas sob a perspectiva de todas as partes envolvidas na transação, sendo mais adequados os métodos do tipo “two (or multi) sided”. É exatamente neste contexto que as teorias apontadas contribuem para determinar como os resultados das transações devem ser repartidos entre as partes.

2.3.4. Análise de risco e opções reais

Na ciência de finanças empresariais, risco pode ser definido como a probabilidade de que o resultado projetado para uma decisão de investimento seja distinto do resultado real obtido⁷¹. No entanto, há diversos tipos de riscos que precisam ser considerados na análise quanto à viabilidade de uma transação ou oportunidade de investimento: riscos comuns e independentes, diversificáveis e não diversificáveis, sistemáticos e não sistemáticos⁷².

Há, com efeito, uma correlação natural entre risco e retorno do investimento realizado, de modo que quanto maior o risco não diversificável que o investidor vier a enfrentar, maior será o retorno esperado⁷³. Neste contexto, uma análise de risco pode ser fundamental para determinar o retorno que terceiros independentes esperariam obter em uma transação. Da mesma forma que se espera de terceiros independentes a correlação entre risco e retorno, de partes relacionadas se espera que o mesmo critério seja adotado para determinação dos retornos esperados. Para preços de transferência, a alocação – e, sobretudo, o controle – de riscos possui importância central para delinear a transação e alocar resultados.

Além disso, a análise de risco, bem como de outros parâmetros já apontados (como é o caso do NPV), poderá delimitar as “opções reais” disponíveis às partes na transação. Sob a perspectiva das Finanças, “opção real” é a faculdade de escolha de um projeto, transação ou oportunidade associado a um NPV positivo, e que pode ser compreendido em três grandes categorias: (i) opção de adiamento ou de postergar o investimento; (ii) opção de expansão (*e.g.*, começar a produzir determinado produto e depois expandir a produção caso o investimento se revele lucrativo); e (iii) opção de abandono, ou seja, desistir do projeto⁷⁴.

⁷¹ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*. Capítulo 10.

⁷² BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*.

⁷³ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*.

⁷⁴ BERK, Jonathan; DEMARZO, Peter; HARFORD, Jarrad. *Fundamentos de finanças empresariais*, p. 287-288.

3. Análise crítica das opções realisticamente disponíveis e os desafios de adequação do Direito Tributário Brasileiro

3.1. A vedação à analogia no Direito Tributário Brasileiro (art. 108 do CTN)

No Direito, a analogia pode ser utilizada em distintos contextos, seja para a identificação de aspectos relevantes de precedentes passados para trazê-los como justificação de determinado argumento a ser apreciado por um julgador⁷⁵, seja no processo de interpretação dos enunciados normativos que resulta na norma a ser aplicada ao caso concreto.

No presente caso, cogitamos do emprego do raciocínio analógico no processo interpretativo. O art. 108, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN) prevê que “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada [...] a analogia”. O § 1º do art. 108, por sua vez, complementa o sentido do recurso à analogia na aplicação da legislação tributária ao dispor que “o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

Não é a ocasião, neste estudo, de adentrar nas diversas controvérsias causadas por este dispositivo. Proponho um objetivo mais modesto: verificar se a aplicação das opções realisticamente disponíveis pode ser considerada como exercício de raciocínio analógico.

Antecipando o meu posicionamento, entendo que a consideração das opções realisticamente disponíveis não denota o emprego da analogia.

De acordo com Luís Eduardo Schoueri⁷⁶, “o raciocínio analógico parte da ideia de que o legislador não teria como contemplar todas as situações que a complexidade da vida social pode oferecer, especialmente considerando o processo estático do processo legislativo, em face da dinâmica social”, contexto no qual “situações enfrentadas pelo intérprete que não haviam sido contempladas pelo legislador”. Neste contexto, “busca-se uma solução não contemplada pelo legislador, dentro do raciocínio de coerência: se uma situação recebe determinado tratamento, então situação análoga deve receber igual tratamento”.

Alberto Xavier⁷⁷ leciona que a analogia é processo “segundo o qual se deve dar idêntica disciplina a uma situação da vida não prevista pelo ordenamento jurídico, mas que apresenta em relação a outra situação da vida disciplinada pelo mesmo ordenamento um tal grau de características comuns que justifica a igualdade de tratamento”.

Um traço comum em ambas as definições apontadas é o fato de que o raciocínio analógico se faz presente, apenas, diante da existência de uma lacuna, ou seja, de um espaço não regulado pelo Direito. Assim, para evitar que o juiz deixe de decidir (*non liquet*), seria imprescindível a colmatação da lacuna mediante o emprego da analogia da situação objeto da lacuna e de outra situação que apresentasse elevado grau de semelhança e que foi objeto de regulação própria, de modo a aplicar à primeira o consequente jurídico da última.

⁷⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: an introduction to the legal reasoning*. Harvard University Press, 2012, p. 85-102 (Chapter 5).

⁷⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 835-836.

⁷⁷ XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 138-139.

Com efeito, não é isso que ocorre com a consideração das opções realisticamente disponíveis, pois, como demonstrado, o que se busca é compreender se terceiros independentes teriam praticado a mesma transação considerando os retornos associados às demais opções realisticamente disponíveis no caso concreto. A premissa é que todas as situações – transação declarada nos contratos, transação delineada e transação substituída – possuam um regime jurídico que lhes é aplicável, inexistindo qualquer lacuna a ser preenchida, o que afasta a necessidade de recurso à analogia.

As opções realisticamente disponíveis implicam a realização de ajustes na transação ou, no limite, a sua desconsideração e substituição por outra que terceiros independentes teriam praticado em condições equivalentes – frise-se: todas reguladas expressamente pelo ordenamento – e não tomar o regime jurídico de uma determinada situação “emprestado” para aplicar a uma outra situação que se situa em uma lacuna do ordenamento.

É dizer: o ajuste das transações ou, no limite, o seu não reconhecimento atuam em momento lógico anterior à interpretação do ordenamento jurídico que levará à construção da norma a ser aplicada ao caso concreto no qual seria possível identificar uma lacuna passível de colmatação por meio do raciocínio analógico.

Logo, não há que se falar em emprego de analogia nas etapas de delineamento e reconhecimento, e eventual complementação, desconsideração ou substituição a partir da consideração das opções realisticamente disponíveis.

3.2. O risco de requalificação de transações para além de preços de transferência

Embora as normas de preços de transferência alinhadas às *guidelines* da OCDE sejam uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o enunciado do art. 8º da Lei n. 14.596/2023, reproduzido no tópico introdutório, não é de todo estranho para os profissionais que atuam no Direito Tributário. Ao permitir a “desconsideração” ou a “substituição” de uma transação por outra, o dispositivo traz à memória a prática das autoridades fiscais no contexto do planejamento tributário de desconsiderar atos ou negócios praticados desprovidos de propósito negocial, com a finalidade exclusiva de se perseguir a economia tributária.

Não é a ocasião para adentrar neste complexo e intrincado tema. Neste tópico, cumpre apenas diferenciar a desconsideração ocorrida no âmbito das etapas de delineamento e reconhecimento de preços de transferência e a desconsideração de atos e negócios no âmbito de planejamentos tributários.

Embora em ambos os contextos, seja, em certa medida, esperada a consideração do “propósito negocial” da transação, o exercício que cada um deles exige do intérprete e as consequências jurídicas são totalmente distintos.

Por um lado, no contexto dos planejamentos tributários “abusivos”, busca-se afastar atos ou negócios jurídicos praticados com simulação ou abuso de direito, conquanto praticados com a finalidade exclusiva de se obter o tratamento fiscal mais brando do que seria alcançado caso se adotasse a estrutura ou o negócio jurídico que tipicamente leva às consequências jurídicas pretendidas.

Por outro lado, no contexto da requalificação, o exercício é bastante distinto. Em primeiro lugar, o propósito negocial não é utilizado no contexto de uma teoria de simu-

lação (no Direito Tributário) ou de abuso de direito, mas enquanto um dentre vários elementos a ser verificado para a confirmação da *racionalidade econômica* da transação praticada. Em segundo lugar, o parâmetro de racionalidade econômica é sempre em relação ao que terceiros independentes teriam feito em situação normal de mercado, o que não se faz presente no debate sobre planejamento tributário. Em terceiro lugar, especialmente em transações que demandam a aplicação de métodos do tipo *two-sided*, deve-se perquirir a respeito das opções realisticamente disponíveis de todas as partes da transação, o que não necessariamente se verifica no contexto da análise de propósito negocial para desconsiderar atos e negócios jurídicos para fins fiscais.

De todo modo, deve-se ter em vista que o *caput* do art. 8º da Lei n. 14.596/2023 é expresso ao determinar que o não reconhecimento da transação produz efeitos exclusivamente “para fins do disposto nesta lei”. Ou seja: a própria lei é clara ao dispor que a requalificação realizada não produz efeitos para além da aplicação das normas de preços de transferência.

Neste sentido, as autoridades fiscais federais não poderiam invocar as conclusões obtidas na etapa de reconhecimento para fins de determinação dos tributos a serem recolhidos fora deste contexto específico. Tampouco as autoridades fiscais estaduais e municipais poderiam partir de eventual requalificação realizada no âmbito do art. 8º da Lei n. 14.596/2023 para cobrar tributos de sua competência.

4. Conclusões

Neste estudo, buscamos demonstrar que o termo “opções realisticamente disponíveis” deve ser interpretado em seu sentido estrito. Desse modo, apenas devem ser desconsideradas ou substituídas as transações que sejam irracionais do ponto de vista econômico, pois, do contrário, a desconsideração e substituição de transações dotadas de racionalidade econômica podem conduzir à dupla tributação, insegurança jurídica e própria negação do princípio *arm's length*.

Diante de todo o exposto, as nossas conclusões podem ser sintetizadas do seguinte modo:

- i) A OCDE, nas suas *guidelines*, historicamente demonstrou resistência e receio quanto à aplicação do conceito de *alternatives available* da legislação norte-americana. Ainda que a OCDE tenha mudado o seu posicionamento na atualização das TPG de 1995, a organização adota até os dias de hoje a visão de que a requalificação da transação é medida excepcional, devendo as autoridades fiscais envidar todos os esforços para o correto delineamento da transação, sob pena de dupla tributação porquanto as demais autoridades fiscais envolvidas poderão não concordar com a requalificação realizada.
- ii) Na etapa de delineamento, as características economicamente relevantes (fatores de comparabilidade) e as opções realisticamente disponíveis exercem papel de mútua influência uma sobre a outra: por um lado, as opções realisticamente disponíveis compõem a análise de comparabilidade e o delineamento da transação realizada; por outro lado, as opções realisticamente disponíveis encontram, em cada um dos fatores de comparabilidade, um limite para a

- sua aplicação, porquanto não podem desconsiderar as características economicamente relevantes impostas pelo caso concreto em análise.
- iii) Na etapa de reconhecimento, a OCDE possui uma abordagem extremamente restrita no tocante à desconsideração ou substituição de transações a partir da consideração das opções realisticamente disponíveis limitando-se, apenas, às *transações comercialmente irracionais*. Ou seja: havendo racionalidade econômica na transação sob controle, sendo razoável pressupor que terceiros independentes teriam-na praticado, não compete às autoridades fiscais desconsiderarem-na ou substituí-la por outra.
 - iv) Na etapa de precificação das transações, especialmente para aquelas em que se aplicam os métodos *two-sided*, as opções realisticamente relevantes exercem maior influência para a determinação do preço *arm's length* para a transação, sendo necessário verificar as opções de todas as partes envolvidas na transação.
 - v) O principal problema relacionado ao conceito de opções realisticamente disponíveis está no fato de que a sua aplicação enseja um *duplo grau de indeterminação*. Em primeiro lugar, as opções realisticamente disponíveis são um conceito jurídico indeterminado, ou seja, a expressão não detém um significado claro, unívoco e objetivo. Em segundo lugar, as opções realisticamente disponíveis estão amparadas em um *standard jurídico* que corresponde à noção de racionalidade econômica o qual, por sua vez, somente pode ser aferido à luz das circunstâncias do caso concreto. A dupla indeterminação traz, como consequência, insegurança jurídica e o risco de desrespeito ao princípio *arm's length*, a depender do modo da sua aplicação.
 - vi) Interpretando o sentido da expressão “opções realisticamente disponíveis”, constata-se que uma opção é uma *faculdade* de se praticar determinada transação, realizar um investimento ou participar de um projeto. No entanto, para que a opção seja considerada “disponível”, é preciso que se atente para vários elementos que tornem possível a escolha por determinada opção, especialmente sob a perspectiva *jurídica e temporal*. Assim, não será considerada uma opção disponível aquela que seja ilegal ou, de qualquer modo, contrária à legislação de quaisquer um dos países envolvidos ou, ainda, que seja contrária a obrigação contratual assumida pelas partes. Tampouco será considerada possível a opção que não se revelava disponível à época da prática da transação, mas apenas posteriormente. O requisito de que a opção seja “realisticamente disponível” impõe, de modo expresso, um *exame de razoabilidade* na consideração das opções disponíveis. Neste contexto, deve-se levar em consideração a *pertinência da opção vislumbrada com o ramo de negócios do grupo econômico e das partes testadas*, bem como os *lucros incrementais* associados à escolha da opção.
 - vii) As teorias econômicas auxiliam na compreensão das opções realisticamente disponíveis, mas não são determinantes para a compreensão dos seus efeitos, haja vista as muitas das finalidades que orientam este último campo regrado pelo Direito não se fazerem presentes na análise puramente econômica do processo de tomada de decisões.

- viii) No âmbito do Direito Brasileiro, entendemos que a consideração das opções realisticamente disponíveis não consiste na aplicação da analogia, prevista no art. 108, inciso I, do CTN. Além disso, não se deve admitir que a desconsideração e substituição previstas no art. 8º da Lei n. 14.596/2023 produza efeitos para além da legislação de preços de transferência, sob pena de ofensa à própria lei.

Extensão e Limites do Princípio *Arm's Length*: Utilização de Outros Métodos de Preços de Transferência

Victor Polizelli

O homenageado, Professor Luís Eduardo Schoueri, tem muito a comemorar neste vintenário de seu ingresso como Professor Titular de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ver muitos de seus projetos realizados deve ser a melhor sensação trazida nesta iniciativa de olhar para trás. O Professor Schoueri sempre buscou expandir os horizontes do ensino na Faculdade de Direito e na sua entidade complementar, que é o Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Um marco histórico de consagração desses 20 anos de trabalho e dedicação à Academia foi o recente ranqueamento da Universidade de São Paulo entre as 100 melhores universidades do mundo. O Professor Schoueri pode se considerar um dos responsáveis por este resultado, sobretudo no que respeita à inserção da Faculdade de Direito no cenário mundial, à presença do Brasil em projetos e debates internacionais e também à produção e divulgação de trabalhos científicos brasileiros de altíssima qualidade, dele próprio e de seus discípulos, em livros, periódicos e obras coletivas internacionais.

Um espírito de juventude e uma inquietude intelectual são os principais fatores que movem o Professor Schoueri no convívio e no trato com os seus alunos, sempre solícito e aberto a discussões, abrindo portas e conduzindo com entusiasmo, franqueza e erudição o caminho de pessoas com projetos de estudos que engrandecem e multiplicam a sua obra.

Por muita sorte, fui um dos seus primeiros discípulos, tendo auxiliado em diversos projetos, desde a estruturação de casos práticos para suas primeiras aulas na graduação da FADUSP até a condução de grupos de pesquisas multilaterais e equipes brasileiras representando o IBDT e o Brasil em competições e atividades acadêmicas internacionais. Sempre seguindo os passos do Professor Schoueri, tive a felicidade de conhecer pessoas maravilhosas, no Brasil e no mundo, admiráveis por sua genialidade e generosidade (duas qualidades que parecem caminhar juntas). Tornei-me um dos seus alunos germanistas, unindo-me aos Professores Brandão Machado, Gerd Rothmann e Fernando Zilveti, na missão de contribuir para a divulgação de conhecimentos e pensamentos de autores alemães no Brasil e também de promover iniciativas na via inversa, propagando conhecimentos sobre o Brasil no exterior.

Nada seria capaz de retribuir essas oportunidades, mas numa singela homenagem apresento aqui algumas reflexões sobre o princípio *arm's length*, ressaltando a notável contribuição do Professor Schoueri ao estudo e desenvolvimento desta matéria no Brasil e aportando novos pensamentos à luz da recém-introduzida legislação de preços de transferência alinhada com os padrões internacionais.

Na perspectiva do Professor Schoueri, a primeira iniciativa de adoção de regras de preços de transferência no Brasil veio suprir uma frustração com um trabalho acadêmi-

co dele que perdeu importância no momento em que veio a lume. Um dos maiores pesadelos do pesquisador no Direito é ver o seu problema de pesquisa desaparecer ou perder importância; e o Professor Schoueri vivenciou esta experiência com o seu trabalho a respeito da distribuição disfarçada de lucros, pois exatamente no ano da defesa da sua livre-docência, em 1996, os lucros e dividendos foram tornados isentos de tributação, arrefecendo preocupações com a distribuição disfarçada de lucros.

Mas o ano de 1996 traria a intrigante novidade do marco regulatório dos preços de transferência, elevando a importância da distribuição disfarçada de lucros para o nível internacional e de forma independente com relação à questão da isenção dos lucros e dividendos. Nas suas práticas acadêmica e profissional, o professor e advogado Luís Eduardo Schoueri passa a liderar discussões e estudos em matéria de preços de transferência, culminando com a publicação de trabalho seminal sobre o tema no Brasil, com a primeira edição do seu livro de preços de transferência em 1999.

Unem os dois trabalhos o paradigma da comparação com terceiros, que na Alemanha orienta ambos os ramos do conhecimento, da distribuição disfarçada de lucros e dos preços de transferência. Com efeito, o princípio *arm's length* na Alemanha é até hoje identificado com o princípio da comparação com estranhos/terceiros (*Fremdvergleichsprinzip*)¹. Este princípio foi tomado como referência pelo Professor Schoueri para a discussão de problemas específicos na sua obra sobre distribuição disfarçada de lucros² e, depois, comentado novamente na sua obra sobre preços de transferência, revitalizando a sua dedicação ao tema dos deslocamentos artificiais de lucros³.

As contribuições do Professor Schoueri ao tema dos preços de transferência foram muitas, mas convém destacar aqui dois momentos marcantes de sua obra no passado mais recente e que consistem: (i) na sua apresentação num evento anual hospedado pela Universidade de Viena e que consiste em uma tradicional aula em homenagem ao Professor Klaus Vogel (*Klaus Vogel Lecture*) e que, no caso do Professor Schoueri, aconteceu em 2015 e resultou na publicação de um aprofundado artigo no volume 69 do periódico *Bulletin for International Taxation*⁴; e (ii) na sua condução e relatório de um dos principais painéis de discussões e apresentação de resultados de pesquisas do 71º encontro anual da *International Fiscal Association* (IFA), ocorrido no Rio de Janeiro em 2017⁵.

Sendo referência do assunto no Brasil, o Professor Schoueri também contribuiu sobremaneira no desenvolvimento de trabalhos de distintos pesquisadores que estudaram nos programas de pós-graduação da FADUSP ou do IBDT e que se dedicaram a

¹ A legislação alemã não menciona a expressão “arm’s length” e não faz referência a mensuração de distanciamento pela longitude do braço. A formulação do princípio *arm's length* se faz em termos de comparação com o que terceiros fariam. Vide particularmente o art. 1º da Lei de tributação das relações internacionais (*Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen – Außensteuergesetz*).

² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 21-27, 72-73.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999, item 3.7.2.3, p. 30.

⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm’s length: beyond the guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 690-716.

⁵ Nos *Cahiers* deste ano, o Professor Schoueri contribuiu com a produção do relatório relativo ao Brasil. Vide SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Brazil. *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. 102B: The future of transfer pricing, 2017, p. 191-215.

expandir a fronteira do conhecimento brasileiro sobre temas intrigantes nesta área. Destacam-se, especialmente, a tese de doutoramento de Ricardo Gregorio⁶ e as dissertações de mestrado de Claudia Pimentel⁷, Giana Hahn⁸ e Daniel Prates⁹, que contaram com sua orientação direta ou notáveis contribuições em bancas e reuniões de discussões.

No presente artigo, enfoca-se o princípio *arm's length*, muitas vezes abreviado simplesmente como ALP (*arm's length principle*), buscando-se, inicialmente, conhecer detalhes do seu conteúdo e seus limites para, num segundo momento, perquirir-se sobre a sua utilidade prática e também as situações em que o emprego deste princípio admite o uso de outros métodos ou cede espaço para métodos que se distanciam do ideal de comparação com terceiros.

1. Definição, extensão e limites do princípio *arm's length*

Introduzido oficialmente em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei n. 14.596/2023, o chamado princípio *arm's length*, pela formatação que lhe foi dada, não deverá servir apenas como norma abstrata, de caráter puramente finalístico, que retrate simplesmente um ideal a ser alcançado. O ALP já ganhou relevância prática em diversas situações indicadas expressamente pela própria Lei n. 14.596/2023. O modo de aplicação correta deste princípio é explicitado minuciosamente pela referida Lei e sua prevalência em casos concretos é reafirmada em diversas passagens, do que pode resultar o afastamento de métodos específicos (art. 11, § 2º), a combinação de métodos (art. 11, § 4º), a insuficiência de determinadas formas de evidenciações de preços (art. 13, § 6º), a utilização de medidas estatísticas distintas (art. 16, § 5º) e muito mais.

Para conhecer a sua definição, extensão e limites, é importante conhecer como surgiu tal princípio, quais outras opções foram cogitadas para o tratamento do problema de deslocamentos artificiais de lucros em grupos multinacionais, bem como quais alternativas se formula para sua aplicação em casos concretos, particularmente em casos não alcançados por este princípio, em vista dos seus limites e sua insuficiência para a resolução de determinados problemas concretos.

1.1. Origem histórica do princípio *arm's length*

Embora se possa afirmar que o princípio *arm's length* goza hoje de prestígio e consenso internacional como metodologia adequada à repartição dos lucros de empresas integrantes de grupos multinacionais nos países em que elas atuam, as controvérsias em

⁶ GREGORIO, Ricardo Marozzi. Preços de transferência: *arm's length* e praticabilidade. *Série Doutrina Tributária* vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

⁷ SILVA, Cláudia Lúcia Pimentel da. *Acordo de precificação antecipada* – mecanismo de prevenção de disputas: análise da legislação comparada e sua possível implementação no Brasil. Dissertação de mestrado, IBDT, orientador Luís Flávio Neto. São Paulo: IBDT, 2022.

⁸ HAHN, Giana Alves dos Santos. *Covid-19: a comparabilidade na legislação brasileira de preços de transferência e suas limitações em circunstâncias extraordinárias*. Dissertação de mestrado, IBDT, orientador Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: IBDT, 2022.

⁹ PRATES, Daniel Teixeira. *O "sexto método" brasileiro: análise de sua compatibilidade com o arm's length e proposta para alinhamento*. Dissertação de mestrado, IBDT, orientador Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: IBDT, 2022.

torno das suas metodologias de aplicação, seus limites e suas fraquezas no trato de questões complexas constantemente o colocam em dúvida e retomam propostas em torno de metodologias alternativas.

Em essência, o princípio *arm's length* consiste em tratar cada entidade integrante de um grupo multinacional como se eles fossem entidades separadas, ao invés de considerá-las como partes inseparáveis de um negócio único¹⁰. Dessa forma, o princípio *arm's length* abraça uma abordagem de entidades separadas (*separate entity approach*), também denominada de “ficção de independência” na obra do Professor Schoueri. Esta abordagem é completamente distinta do chamado “tratamento unitário”, que enxerga um grupo multinacional como uma unidade empresarial e busca metodologias de repartição e alocação deste lucro entre as suas diversas unidades empresariais.

Em sua formulação tradicional, o ALP tem por base de sustentação uma ficção de independência das empresas de grupos multinacionais. As chamadas “abordagem de entidades separadas” e a “teoria da contabilidade separada” (*separate accounting theory*) pressupõem que, num grupo de empresas ligadas por vínculos de caráter financeiro ou de capital, cada unidade do grupo seja considerada autonomamente para fins da determinação do lucro tributável. Como consequência desta perspectiva, os preços praticados entre empresas associadas são colocados em xeque por servirem de instrumento à redução dos lucros gerados nos seus mercados de atuação. Durante o processo de formulação das convenções-modelo de dupla tributação, passa-se a formular o princípio que permite aos Estados contratantes ajustarem os lucros das empresas por meio da imposição de um padrão de normalidade aos preços praticados entre empresas associadas¹¹.

Entretanto, como aponta o Professor Schoueri, as primeiras discussões sobre a repartição de lucros empresariais enfocavam tanto os casos de empresas independentes quanto os de estabelecimentos permanentes, o que explica a preferência inicial de determinados países por um tratamento unitário, segundo o qual o lucro do grupo multinacional era considerado uma grandeza única e a sua repartição entre as diversas unidades do grupo (sejam elas entidades dependentes ou independentes) seguiria metodologias específicas, previstas originalmente em cada acordo de dupla tributação específico¹².

Alguns marcos históricos retratam a evolução do tema e a existência de outras metodologias alternativas que, embora tenham sido abandonadas, frequentemente circulam nos debates e em iniciativas de aprimoramento da legislação de preços de transferência. Não se pretende aqui estender as análises históricas do ALP empreendidas pelo Professor Schoueri, que apresentou um aprofundado relato histórico na sua *Klaus Vogel Lecture* e correspondente artigo, e pelo Ricardo Gregorio, em sua tese de doutorado e livro sobre o ALP, aos quais se remete o leitor ávido por maior aprofundamento¹³.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, item 3.6.2, p. 37.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999, itens 3.2.2.2, 3.2.2.3, 3.4 e 3.5, p. 22-23.

¹² SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, itens 3.3.2 e 3.3.2.1, p. 30-31.

¹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 690-716; GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transfe-*

Um dos primeiros e mais famosos levantamentos feitos sobre práticas adotadas por diversos países em matéria de alocação de lucros empresariais internacionais foi o relatório elaborado por Mitchel B. Carrol em 1933, no qual se apresentavam três grandes grupos de alternativas para o endereçamento da questão, notadamente: (i) o método da separação contábil, (ii) métodos empíricos e (iii) métodos de partilha fracionada, geralmente feitos por meio de fórmulas predeterminadas¹⁴.

Tendo prevalecido historicamente o método da separação contábil na formatação do princípio *arm's length*, convém compreender quais são as demais metodologias adotadas pelos países em tempos de desarmonia. Segundo nos ensina Ricardo Gregorio, o método empírico consistia numa estimativa de lucro baseada em empresas similares localizadas no mesmo país, ao passo que o método por ele denominado de “método das fórmulas predeterminadas” (*fractional apportionment*)¹⁵ consistiria em uma alternativa à separação contábil e envolveria uma divisão do lucro total apurado pela empresa (ou grupo empresarial) numa razão proporcional em relação a critérios estabelecidos em fórmulas (utilizando, por exemplo, os ativos, receitas ou folha de pagamentos)¹⁶.

São bastante interessantes os métodos empíricos, pois sua proposta parece bastante similar a abordagens alternativas dos tempos recentes, como o uso de margens fixas no Brasil. Considerando que tais métodos geralmente se aplicavam quando a entidade local não tinha contabilidade ou a sua contabilidade suscitava dúvidas, pode-se até mesmo traçar um paralelo com o nosso sistema de arbitramento. Quando Mitchell escreveu o seu relatório, os métodos empíricos podiam consistir de:

- métodos de percentual da receita (que poderiam recair sobre a receita bruta ou líquida);
- métodos de retorno sobre o capital investido;
- método de retorno sobre as despesas locais;
- método de estipulação de um valor fixo de lucro (uma espécie de “pauta fiscal”); e até mesmo
- método de tributação conforme os sinais exteriores de riqueza¹⁷.

O método de divisão de lucros por fórmula predeterminadas é apontado pelo Professor Schoueri como um método indireto mais comum no caso de atribuição de lucros para filiais (ou outras formas de estabelecimentos permanentes), cabendo até mesmo

rência: *arm's length* e praticabilidade. *Série Doutrina Tributária* vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 51-64.

¹⁴ GREGORIO, Ricardo Marozzi. Preços de transferência: *arm's length* e praticabilidade. *Série Doutrina Tributária* vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 52-53.

¹⁵ Curiosamente, este terceiro grupo de metodologias alternativas ganhou impulsionamento nos tempos atuais, passando a ser referido também como *formulary apportionment*, o que pode explicar a escolha de traduzir o *fractional apportionment* com referência às fórmulas de alocação, ao invés de literalmente dizer método de partilha fracionada.

¹⁶ GREGORIO, Ricardo Marozzi. Preços de transferência: *arm's length* e praticabilidade. *Série Doutrina Tributária* vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 53.

¹⁷ CARROLL, Mitchell B. Methods of allocating taxable income. *Taxation of Foreign and National Enterprises* vol. IV. League of Nations: Genebra, 1933. Disponível em: <https://www.taxtreatieshistory.org/>, itens 155 a 159, p. 54-55.

cogitar, neste caso, de uma versão ampliada deste método, em que se aplica também a “teoria da força de atração”, buscando alocar a determinada entidade uma parcela dos lucros do grupo multinacional gerados naquele país independentemente de quais atividades foram aí efetivamente realizadas¹⁸. Esta abordagem se afasta do método ALP na sua versão tradicional e, conquanto tenha sua origem no início do século passado, passou a ganhar relevância com o projeto BEPS e as medidas atuais de imposição de uma tributação mínima de imposto de renda em níveis globais com as medidas denominadas de “Pilares”.

O desenvolvimento do princípio *arm's length* ao longo dos anos contou com grandes impulsionamentos dos EUA, que foi o primeiro país a adotar determinados marcos legislativos importantes e que influenciaram o desenho de legislações similares ao redor do mundo. Conforme noticia o Professor Schoueri, a primeira definição expressa do ALP adveio com a *US Treasury Regulation* de 1935¹⁹, que preserva a mesma redação até hoje: “O padrão a ser aplicado em todos os casos é o de um contribuinte não controlado negociando em condições normais de mercado com outro contribuinte não controlado.”²⁰

Esta primeira definição do “padrão” *arm's length* não veio, porém, acompanhada dos métodos para a sua aplicação, do que resultaram incertezas a serem preenchidas pela jurisprudência, mas sem muita segurança e certeza para o contribuinte. Diante deste cenário, conforme expõe o Professor Schoueri, a legislação dos EUA inovou e, em 1968, propôs quatro métodos específicos para a implementação do ALP, no que foi também seguida por outros países ao longo dos anos²¹. As *US Regulations* de 1968 introduzem os métodos de preços independentes comparáveis (PIC), custo mais lucro (MCL), preço de revenda menos lucro (PRL) e também uma abertura para uso de outro método, caso fosse considerado mais apropriado. Nascia, com isso, o chamado quarto método, que acabou sendo associado ao método de divisão do lucro (MDL)²².

Mais adiante, em 1986, coube também aos EUA a introdução de uma outra inovação em matéria de preços de transferência, desta feita para fins de avaliações envolvendo intangíveis. Para casos de transferências envolvendo intangíveis, a regra de compatibilização com a renda atribuída ao intangível (*commensurate with income*) não enfoca apenas o momento da venda/transferência, mas se projeta para anos futuros, exigindo um reajustamento anual do preço de transferência a fim de torná-lo compatível com o volume de renda gerado pelo intangível transacionado²³.

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, itens 4.2.5 a 4.2.10, p. 62-64.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 693.

²⁰ Tradução livre de “The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer.” Este mesmo texto continua presente no Regulamento dos EUA, no art. 1.482-1^a(b)(1), parte final.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 693.

²² Todas as siglas usadas no presente artigo seguem a terminologia da legislação brasileira mais atual.

²³ GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência: arm's length e praticabilidade*. *Série Doutrina Tributária* vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 101-102.

A utilização de metodologias como essa da compatibilização com a renda futura se afasta do padrão *arm's length*, cabendo questionar, como fez o Professor Schoueri na *Klaus Vogel Lecture*: o quanto de ficção pode o ALP tolerar? Quando se fala, nos tempos atuais, em alocação de ganhos de sinergia de grupo, quais métricas serão utilizadas para tanto? Como a própria OCDE reconhece na versão atual das Diretrizes, o ALP pode ser visto como um princípio falho, tendo em vista a incapacidade da teoria da contabilidade separada de capturar economias de escala e outras vantagens de negócios integrados²⁴.

1.2. Adoção do princípio *arm's length* na legislação brasileira (anterior e atual)

Saber se a legislação brasileira anterior a 2023 continha o princípio *arm's length* é questão bastante controversa. A nosso ver, não se pode afirmar com segurança que o princípio *arm's length* havia sido adotado pela Lei n. 9.430 em 1996 quando a legislação de preços de transferência foi inicialmente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

O fato de a exposição de motivos mencionar que os arts. 18 a 24 do correspondente projeto de lei estavam “em conformidade com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE” não serve de evidência para a adoção do ALP pela Lei n. 9.430/1996²⁵. Reconhece-se a intenção do legislador nacional de seguir os parâmetros da OCDE, mas o texto legal proposto contradiz este propósito.

Ainda que algumas das metodologias de apuração de preços de transferência previstas nesta Lei consistissem em realizar “comparação entre os preços constantes dos documentos de importação ou de exportação, com médias de preços praticados em operações idênticas realizadas entre pessoas não vinculadas, para determinar os valores que devam ser computados, como custos de importação ou como receitas de exportação”²⁶, tais procedimentos podiam ser facilmente afastados e substituídos pelas metodologias de simplificação de margens fixas que guardavam pouca relação com a realidade empresarial.

No entanto, esta não é a visão de muitos pensadores brasileiros. O Professor Schoueri, por exemplo, que num primeiro momento não endereçava esta questão em seus trabalhos – preferindo reconhecer a presença do ALP apenas em situações envolvendo países com tratados de dupla tributação com o Brasil – passou a ser um grande defensor da metodologia brasileira de margens fixas. A sua *Klaus Vogel Lecture* desenvolve, com riqueza de argumentos, uma proposta de metodologia baseada em margens fixas que, se adotada com os critérios aí descritos, atenderia ao ALP²⁷. Dada esta perspectiva, de

²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 695; OECD (2022). *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>, item 1.10.

²⁵ Vide item 12 da Exposição de Motivos n. 470, de 15 de outubro de 1996, Mensagem n. 990/1996, integrante do Projeto de Lei n. 2.448/1996, que se tornou na Lei n. 9.430/1996.

²⁶ Vide item do Relatório ao Projeto de Lei, elaborado pelo Deputado Roberto Brant, Relator do Projeto de Lei n. 2.448/1996.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 695.

que os métodos de margens fixas da legislação brasileira não necessariamente afrontavam o ALP, o Professor Schoueri afirma que tal princípio poderia ser inferido da legislação anteriormente vigente²⁸.

No caso dos tratados de dupla tributação, pode-se considerar que o princípio *arm's length* já vem embutido no correspondente art. 9º, do que resultava um inevitável conflito com a legislação brasileira. O Professor Schoueri foi o primeiro a levantar a bandeira desta discussão, apregoando a possibilidade de utilização de outros métodos de preços de transferência, para além daqueles previstos na legislação brasileira e também com variações na sua formulação, a fim de afastar eventuais restrições destoantes.

Como consequência desta abordagem, passa-se a questionar a rigidez da legislação brasileira em temas tais como a análise isolada produto a produto (em vez de uma abordagem por “pacotes” de produtos), a média anual de preços (em vez de admitir comparações contemporâneas) e a impossibilidade de se aportarem considerações de estratégias de negócios (que justificariam vendas de determinados produtos com prejuízos)²⁹. Mesmo na aplicação do método PIC, a legislação brasileira se limitava a considerar a identidade ou similaridade dos bens, serviços ou direitos e as condições de pagamento semelhante, não aportando considerações sobre o mercado consumidor ou os riscos envolvidos na transação³⁰.

Nos tempos atuais, com a publicação da Lei n. 14.596, em 2023, o princípio *arm's length* indubitavelmente ingressou no ordenamento jurídico brasileiro e passou a exercer um papel importante no balizamento de variadas condutas envolvidas na análise, testagem e validação dos termos e condições das transações praticadas entre empresas e entidades relacionadas.

Com efeito, o art. 2º da Lei n. 14.596 define o “princípio *arm's length*”, ao determinar um exercício de comparação entre os “termos e as condições de uma transação controlada” como os termos e condições “que seriam estabelecidos entre partes não relacionadas em transações comparáveis”. Esta comparação das transações intragrupo com as transações efetuadas por terceiros não relacionados entre si consiste na essência do princípio *arm's length*, retratada pela observação de fenômenos à distância de um braço.

Curiosamente, optou o legislador brasileiro pela expressão deste princípio na sua versão em língua inglesa, referindo-se ao princípio *arm's length* para estabelecer uma obrigação de comparação dos fatos praticados intragrupo com fatos similares praticados entre terceiros independentes. Assim, diferentemente de outras línguas latinas, o ALP não foi versado em português com as expressões “princípio da livre concorrência” ou “princípio da plena concorrência”³¹.

²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Brazil. *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. 102B: The future of transfer pricing, 2017, p. 197.

²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Regras brasileiras de “transfer pricing”: principais reflexos para as empresas de capital alemão. *Brasil Alemanha em Revista* vol. 7, n. 7. São Paulo, 1999, p. 59-60.

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Preços de transferência e acordos de bitributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 70.

³¹ Na França, fala-se de um princípio de plena concorrência (*principe de pleine concurrence*). Na Itália, é comum a referência também ao princípio do preço de livre concorrência (*principio del prezzo di libera concor-*

Pode-se imaginar que os formuladores do projeto de lei tenham evitado usar essas expressões para não criar uma confusão com o princípio da livre concorrência previsto no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, o qual, compondo o conjunto dos princípios gerais da ordem econômica, surpreendentemente não tinha até hoje sido cogitado como fonte para o ALP³². Ademais, pode ter sido por questões práticas e de estilo que se tenha evitado falar de um “princípio da longitude/comprimento do braço”. A regulação da matéria de preços de transferência no Brasil incorpora, dessa forma, uma expressão em inglês para regular uma prática que inevitavelmente será implementada com a produção de muitos documentos em língua estrangeira e com a incorporação de muitas outras expressões e jargões forasteiros.

Em vista de variações verificadas na adoção das regras de preços de transferência e, mais particularmente, em razão dos crescentes incrementos de metodologias e critérios adicionais a serem considerados (como se comentou acima no caso de intangíveis e sinergias), cabe questionar qual é precisamente o conteúdo do princípio *arm's length* adotado pelo Brasil.

1.3. Conteúdo do princípio *arm's length* e seus limites

O princípio *arm's length* consiste em uma ideia muito bem formulada, mas cuja implementação prática pode frustrar os seus objetivos. Na busca do melhor atendimento ao ideal de comparação com terceiros, muitos países vieram desenvolvendo metodologias diferenciadas que podem ter se distanciado do ideal *arm's length* original. Fala-se, assim, de uma nova versão do princípio *arm's length*, um ALP revisado, expandido, renovado etc.³³

O Brasil mesmo sempre andou experimentando abordagens novas. Nos períodos iniciais de implementação da legislação de preços de transferência no Brasil, houve momentos em que o fisco brasileiro adotou uma conduta reprovável que consistia no uso de bancos de dados sigilosos, contendo preços de importação cujo acesso era franqueado apenas à Receita Federal. Porém, os preços praticados por partes independentes e tomados como referência para comparação devem ser preços de conhecimento público. Nesse sentido, o uso de dados confidenciais pelo fisco foi bastante combatido pelo Professor Schoueri, que denunciou a incompatibilidade desta prática com o princípio *arm's length*, reverberando sua opinião para a influência de casos concretos³⁴.

A adoção do princípio *arm's length* pelo Brasil, por meio da Lei n. 14.596/2023, coloca a questão de saber qual exatamente é o princípio incorporado em nossa legislação.

renzia). Na Espanha e nos países falantes de Espanhol da América Latina, a denominação adotada é de princípio de plena competência (*principio de plena competencia*).

³² Não seria exagerado pensar que o ALP consiste na implementação do princípio da livre concorrência no âmbito do direito tributário, pois o ALP permite a trazer as empresas de grupos multinacionais a um nível equitativo de condições de concorrência com empresas puramente nacionais e com empresas que somente realizam importações/exportação com partes não relacionadas.

³³ ROCHA, Sergio André. General. *Cahiers de Droit Fiscal International* vol. 102B: The future of transfer pricing, 2017, p. 20-23.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Transfer pricing: breves considerações*. In: SILVA, Paulo Roberto Coimbra (org.). *Diretrizes jurídicas dos negócios e principais mercados no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. vol. 1, p. 62.

Como visto acima, resolvemos incorporar o princípio *arm's length* na legislação brasileira no exato momento em que ele passa por uma recauchutagem no cenário internacional.

Na prática internacional, fala-se que o ALP nasceu muito baseado em transações (*transaction-based ALP*); tendo posteriormente se voltado bastante à aplicação de métodos previstos expressamente em legislação dos países, tornando-se, nesta segunda fase, um ALP baseado em regras (*rule-based ALP*); para, nos tempos mais recentes, ganhar um escopo mais ampliado e abstrato, permitindo que se fale de um padrão *arm's length*, ou um ALP como padrão idealizado (*Standard-based ALP*)³⁵.

Conforme aponta o Professor Schoueri, os exemplos de intangíveis e sinergias de grupo são pontos que extrapolam os limites do ALP em sua versão tradicional. Numa comparação com terceiros, os ganhos de escala e sinergias de grupo não são capturados, no que merece o ALP críticas e uma eventual correção. A seu turno, no tema dos intangíveis, os métodos de avaliação passíveis de serem implementados geralmente apresentam metodologias que não tomam como referência o ideal de comparação com terceiros.

A nova legislação brasileira de preços de transferência incorpora esses dois pontos, assim como outras inovações, e, com isso, demonstra que o princípio *arm's length* adotado no Brasil é a sua versão ampliada/renovada.

Na formulação da Lei n. 14.596/2023, já se notava uma inclinação pela adoção de recomendações do Manual Prático da ONU em diversas passagens. Ao listar os elementos fundamentais para o delineamento da transação controlada, o art. 7º da Lei claramente se inspirou nos cinco passos indicados nas Diretrizes da OCDE, reproduzindo quase que fielmente todas as etapas³⁶, exceto pela etapa 5, na qual se inseriu uma inovação ao demandar a consideração de “outras características consideradas economicamente relevantes”.

Esta abertura do delineamento para outros pontos de análise remete aos temas das vantagens locais e sinergias de grupo. Até o presente momento, a Instrução Normativa n. 2.161/2023 fez referência apenas às sinergias de grupo³⁷, mas se espera que este tema ganhe novos aprimoramentos ao longo dos primeiros anos de adoção do novo marco de preços de transferência.

A consideração das chamadas vantagens ou desvantagens locais (*location savings*) consiste em tema que extrapola uma versão tradicional do ALP. Na visão do *arm's length* como um padrão idealizado, retratada nas versões atuais tanto das Diretrizes da OCDE³⁸ quanto no Manual Prático da ONU³⁹, a análise de preços de transferência deve

³⁵ BAISTROCCHI, Eduardo. Article 9: Associated Enterprises – Global Tax Treaty Commentaries. Global Topics IBFD, 2022, item 1.2.1.

³⁶ OECD (2022). *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>, item 1.36.

³⁷ Vide art. 18 da IN RFB n. 2.161/2023.

³⁸ OECD (2022). *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2022*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/0e655865-en>, itens 1.160 a 1.163.

³⁹ *United Nations practical manual on transfer pricing for developing countries*. ONU: Nova Iorque, 2021, itens 3.4.5.6 a 3.4.5.13.

levar em consideração outras circunstâncias econômicas, como é o caso das vantagens ou desvantagens locacionais ou regionais.

Este tema surgiu em 2015, impulsionado por legislação específica da China a este respeito e também em razão de litígios na Índia em torno de métricas de alocação de lucros que capturassem vantajosas economias regulatórias locais⁴⁰, tendo influenciado a redação do Manual Prático da ONU, reverberando também no projeto BEPS e nas novas Diretrizes da OCDE sobre preços de transferência⁴¹.

Na implementação prática dos métodos de preços de transferência, a consideração de tais fatores vem carregada de controvérsias e dificuldades de determinação precisa. Pode-se cogitar que o uso de dados comparáveis de um mesmo país (comparáveis domésticos) já traria embutidos eventuais ganhos ou perdas associados com particularidades daquele mesmo país. Isto é, as chamadas vantagens ou desvantagens locacionais já estariam embutidas nos lucros realizados por empresas independentes operando naquele país. Do mesmo modo, pode-se considerar que o ajuste por risco país engloba as eventuais vantagens ou desvantagens locacionais quando se utilizam comparáveis não domésticos.

2. Aplicação prática do princípio *arm's length*

O cenário brasileiro modificou-se radicalmente com a aprovação da Lei n. 14.596, em 2023, a qual introduziu oficialmente no Brasil o princípio *arm's length* e um conjunto de disposições legais que retrata os principais componentes de todos os capítulos das Diretrizes da OCDE, incluindo elementos adicionais nitidamente oriundos de posições adotadas por determinados países retratados no Manual Prático das Nações Unidas sobre preços de transferência para países em desenvolvimento.

Nesta parte final do presente artigo, discutem-se brevemente a metodologia de margens fixas, buscando compreender qual pode ser o seu espaço na legislação atual, bem como a possibilidade de uso de outros métodos de preços de transferência, apresentando-se alguns exemplos colhidos na experiência internacional.

2.1. O emprego de margens fixas como expressão do método *arm's length*

Se por um lado podiam-se reunir críticas à postura brasileira, em vista das particularidades que a diferenciavam da prática internacional, a iniciativa da adoção das margens fixas foi também, por outro lado, muito enaltecida, pois consistiu de solução prática genial que viabilizou, na década de 1990, a adoção da complexa legislação de preços de transferência num país em desenvolvimento, cujos instrumentos de fiscalização não podiam ser equiparados àqueles dos países desenvolvidos. Além disso, o expediente das margens fixas, ou outros instrumentos práticos, eram vistos como abordagens utilitárias

⁴⁰ Fala-se aqui dos casos envolvendo a aplicação de preços de transferência para empresas farmacêuticas que conduzem estudos clínicos na Índia. Os casos envolvem a Parexel International Clinical Research Pvt, a Watson Pharma Pvt Ltd e a Syngenta India Limited.

⁴¹ BAISTROCCHI, Eduardo. Article 9: Associated Enterprises – Global Tax Treaty Commentaries. Global Topics IBFD, 2022, itens 1.2.1.3 e 1.2.1.5.

que poderiam servir de inspiração para a solução de problemas intrincados, como é o caso da avaliação de intangíveis⁴².

Os problemas do uso de margens fixas envolvem o seu evidente descompasso com a realidade individual de cada empresa e a dupla tributação econômica causada pelo descompasso com a metodologia de preços de transferência adotada nos outros países com os quais empresas brasileiras transacionam.

Concebido em 1996, desde os primórdios da adoção da legislação de preços de transferência no Brasil, a metodologia de uso de margens fixas para métodos de preço de revenda menos margem (PRL, PVA e PVV) e métodos de custo mais margem (CPL e CAP) nunca teve revelado o seu embasamento.

Mesmo nas modificações posteriores, em que a margem fixa do método PRL (20%) foi duplicada para revenda (20%) e produção (60%)⁴³, reunificada em 35%⁴⁴ e novamente alterada para as atuais três margens setoriais (20%, 30% e 40%)⁴⁵, não se discutiam dados concretos de margens efetivamente verificadas na prática de empresas independentes.

Seria razoável supor que o governo brasileiro teria feito uma pesquisa de margens efetivamente praticadas no mercado brasileiro quando se idealizou esta medida de simplificação em 1996. Todavia, as fontes para os percentuais de margens fixas nunca foram apresentadas, remanescendo um dos mistérios matemáticos do sistema tributário brasileiro, ao lado de muitos outros, como as margens do lucro presumido e critérios de arbitramento.

Pode ser que a fonte mais direta tenham sido estudos de fontes estrangeiras. Na falta de bases de dados comparáveis externos (e na falta até mesmo de computadores e internet), era muito comum naquela época que os fiscos se voltassem para estudos de preços e margens publicados por institutos de pesquisa, como é o caso dos estudos anuais de demonstrações financeiras, publicados pela Robert Morris Associates (RMA, atualmente redesignada para Risk Management Associates) e também o famoso relatório *MANA Survey of Sales Commissions*, que enfocava os casos de revendedores⁴⁶.

O método de margens fixas ganhou na pessoa do Professor Schoueri um de seus mais eloquentes defensores, ao lado do Professor Marcos Aurélio Pereira Valadão, que elaborou o capítulo brasileiro de “práticas nacionais”, integrante do Manual Prático da ONU.

Entretanto, a proposta por eles idealizada descrevia uma realidade bastante distante daquela observada na legislação brasileira. Os detalhes da proposta de um método de

⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo. Aspectos gerais das regras de preços de transferência para as indústrias. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal (org.). *Tributação do setor industrial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482.

⁴³ Alteração promovida pela Lei n. 9.959/2000.

⁴⁴ Alteração de vida curta promovida pela Medida Provisória n. 478/2009.

⁴⁵ Alteração promovida pela Lei n. 12.715/2012.

⁴⁶ Vide testemunho do Dr. Ednaldo Silva sobre prática do IRS na década de 1990 em relação a uso de bases de dados comparáveis para fins de preços de transferência, nos seus comentários ao relatório *Transfer pricing comparability data and developing countries*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/royaltystatllc-comparability-and-developing-countries.pdf>.

margens fixas refutáveis (*rebuttable fixed margin method*) envolvem dois aspectos fundamentais que não se encontravam regulamentados ou não eram devidamente praticados na experiência brasileira.

Primeiro, o método proposto deveria ser implementado com a previsão de numerosas e variadas margens de lucro, as quais deveriam diferenciar setores da economia, considerando variações conforme o ponto na cadeia e os produtos envolvidos⁴⁷. Segundo, o método deveria ser implementado sob a forma de uma presunção relativa, devendo conceber um procedimento facilitado de discussão e ajuste das margens para casos concretos de contribuintes que apresentem evidências do distanciamento de seu caso concreto em relação às margens fixadas pela legislação.

Agora com a implementação da nova legislação de preços de transferência alinhada com os padrões OCDE, cabe questionar se haverá e qual será o espaço para a utilização de métodos de margens fixas refutáveis. Os seus aspectos de praticidade e simplicidade foram devidamente enaltecidos no relatório RFB-OCDE sobre as medidas de implementação da nova legislação de preços de transferência, tendo sido feita recomendação para uma adaptação desta prática para transformá-la em uma medida de simplificação (*safe harbour*)⁴⁸.

Depois de realizar um processo de consulta ao mercado e aos interessados quanto a eventuais formatos de medidas de simplificação, a Receita Federal brasileira não apresentou ainda, até este momento, nenhuma proposta concreta que recupere e revitalize o método de margens fixas. Espera-se ainda que algo seja construído, por exemplo, para endereçar o caso dos distribuidores de risco limitado, havendo, neste particular, uma forte aderência do método de margens fixas com o montante B do Pilar 1 da OCDE.

2.2. Utilização de outros métodos para fins de preços de transferência

Um ponto que bem ilustra os limites do princípio *arm's length* é a possibilidade de utilização de outros métodos para justificação dos preços praticados ou lucros/perdas auferidos por empresas relacionadas. Apresentam-se aqui as situações já previstas na legislação brasileira, envolvendo a avaliação de intangíveis e participações societárias, e também um caso específico da legislação alemã, que permite o uso de orçamentos e projeções de lucros com metodologias de correções de rumo.

Ao lado dos métodos tradicionais e também de métodos transacionais, que já representam uma grande novidade para o público brasileiro, a Lei n. 14.596/2023 também previu em seu art. 11, inciso VI, a utilização de “outros métodos”, estipulando como condição para tanto o respeito ao princípio *arm's length*, pois se exige que a metodologia alternativa adotada produza resultado consistente com aquele que seria alcançado em transações comparáveis realizadas entre partes não relacionadas.

⁴⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD. Bulletin for International Taxation* vol. 69. Amsterdã: IBFD, dez. 2015, p. 707-708; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Brazil – country practices. *United Nations practical manual on transfer pricing for developing countries*. ONU: Nova Iorque, 2021, Apêndice D, item 1.9.

⁴⁸ OECD/Receita Federal do Brasil (2019). *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD Standard*. Paris: OECD. Disponível em: www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm, itens 226 e 1.039.

Uma outra condição consiste em apresentar evidências da impossibilidade do uso dos demais métodos, ou a demonstração de que os resultados por eles produzidos não são confiáveis (art. 11, § 3º, da Lei n. 14.596/2023). Essas duas condições foram também reproduzidas no art. 45 da IN RFB n. 2.161/2023.

Embora esta alternativa de uso de outros métodos possa, à primeira vista, parecer bastante exótica e improvável, observa-se na prática internacional uma crescente presença de tais expedientes.

Particularmente no caso de intangíveis de difícil valoração, o uso de outros métodos já vem subentendido na própria Lei n. 14.596/2023, pois se faz referência a projeções e demonstrações de riscos e incertezas nos cálculos de determinação de preço (art. 22). Não é por menos que a IN RFB n. 2.161/2023 menciona a metodologia do fluxo de caixa descontado e também afirma que, em geral, tal metodologia será considerada a mais apropriada na hipótese de transações que tenham por objeto intangíveis de difícil valoração para as quais não seja possível identificar comparáveis confiáveis no momento de sua transferência entre partes relacionadas (art. 45, § 1º).

A IN RFB n. 2.161/2023 também esclarece que esta metodologia alternativa tem grande aptidão para situações envolvendo participações societárias. Entretanto, ao tempo de escrita do presente trabalho, não há indicações claras na legislação sobre quais transações envolvendo participações societárias estarão cobertas no escopo da legislação de preços e quais restarão albergadas pela regra de carregamento do custo original (previstas, por exemplo, nos arts. 21 e 22 da Lei n. 9.249/1995). Por esta razão, considera-se que a previsão feita na IN em relação a participações societárias consiste de norma programática, que depende ainda de definições futuras a serem dadas na parte adicional da Instrução Normativa, destinada a regular a parte especial da Lei n. 14.596/2023.

Este tipo de metodologia de preços de transferência, baseada em estudos econômico-financeiros, também pode frequentar outros tipos de situações, especialmente quando o contribuinte é capaz de comprovar a sua boa-fé na fixação prospectiva da sua política de preços de transferência, acompanhada de políticas de correção.

Na Alemanha, por exemplo, a legislação desde muito tempo reconhece a possibilidade de os contribuintes comprovarem a sua adequação com a legislação de preços de transferência valendo-se de estudos econômicos internos, tais como orçamentos e projeções de lucros. Geralmente esta metodologia está também embasada, em termos lógicos, em algum método de preço de transferência que não determina diretamente os preços de transferência e que enfoque indicadores de lucratividade (por exemplo, margem de lucro bruto, taxa de margem de custo, margem operacional, retorno sobre capital ou ativos)⁴⁹.

Para a utilização desta metodologia é fundamental que os cálculos planejados sejam justificáveis com base na experiência de períodos passados e em previsões comerciais, economicamente sólidas e cautelosas. A legislação alemã determina ainda que o orçamento/planejamento seja acompanhado durante o ano, devendo-se observar o desenvolvimento real dos dados subjacentes e dos indicadores de retorno (comparação

⁴⁹ *Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise, BMF-Schreiben v. 06.06.2023, item 3.40.*

objetivo/real), a fim de poder reagir em tempo útil às mudanças no desenvolvimento do negócio. Se não for realizada nenhuma comparação meta/real durante o ano, uma comparação do orçamento com o resultado real deve ser realizada pelo menos no final do exercício.

Esta metodologia une duas importantes abordagens de preços de transferência, que são a abordagem *ex ante* (*price setting approach*) e a abordagem *ex post* (*outcome testing approach*). Admite-se que o contribuinte utilize estudos econômicos internos para a demonstração de sua adequação à legislação de preços de transferência, ao mesmo tempo em que se exige dele o monitoramento constante dos pressupostos a fim de efetuar correções de preços e margens. No caso alemão, quando se observa que o resultado real está fora da faixa de resultados *arm's length*, um ajuste subsequente do resultado deverá ser feito⁵⁰.

⁵⁰ *Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise, BMF-Schreiben v. 06.06.2023, item 3.42.*

