



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Flavio Mattos dos Santos

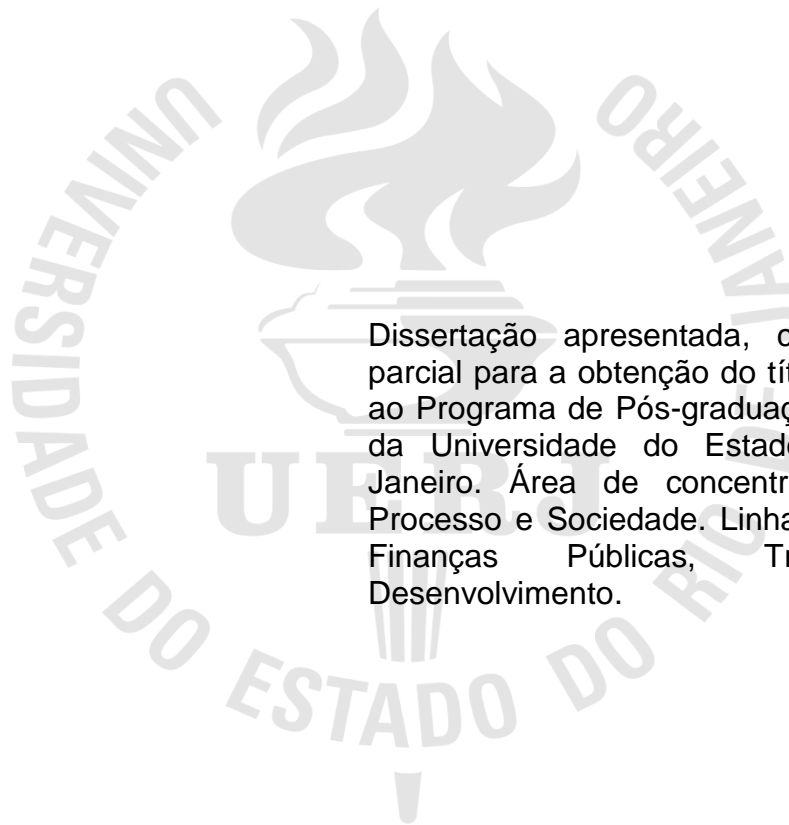
A dedução do ágio tributário sob a ótica constitucional

Rio de Janeiro

2014

Flavio Mattos dos Santos

A dedução do ágio tributário sob a ótica constitucional



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade. Linha de Pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo da Gama Vital Oliveira

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237 Santos, Flavio Mattos.
A dedução do ágio tributário sob a ótica constitucional / Flavio Mattos dos Santos . - 2014.
133 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro.
Coorientador: Prof. Dr. Gustavo da Gama Vital de Oliveira.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito tributário - Teses. 2. Teoria dos sistemas - Teses. 3. Planejamento tributário – Teses. 4. Ágio – Teses. I. Ribeiro, Ricardo Lodi. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.73

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Flavio Mattos dos Santos

A dedução do ágio tributário sob a ótica constitucional

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade. Linha de Pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Aprovada em 28 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo da Gama Vital Oliveira (Coorientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godói

Universidade Federal de Minas Gerais

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

À minha querida mulher, Maria Elisa Bravo Campos.

Aos meus filhos, Benício e Matheus.

À minha mãe, Cirleine Mattos dos Santos (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela misericórdia de me conceder saúde e disposição todos os dias.

À minha querida mulher, Maria Elisa Bravo Campos, maravilhosa companheira de jornada, que além de participardariamente do meu aprimoramento como ser humano, proporcionou-me a maior das experiências da vida: a de ser pai.

Aos meus queridos filhos, Benício e Matheus: amor incondicional.

À minha mãe, Cirleine Mattos dos Santos (*in memorian*), que me passou grandes lições de vida, sobretudo a de não desistir jamais.

Ao Professor Ricardo Lodi Ribeiro, por sua amizade, seus valiosos ensinamentos e especialmente pela honra de me aceitar como seu orientando.

Ao Professor Gustavo da Gama, exemplo de professor e dedicado co-orientador, cujas valiosas sugestões contribuíram para o aperfeiçoamento deste trabalho.

À Rita Oliveira, experiente companheira de trabalho, cuja liderança veminspirando sobremaneira o meu aprimoramento profissional.

Ao meu querido sogro, Ayrton Campos, pela paciente e inestimável ajuda com a revisão do texto.

Ao meu grande amigo George Magalhães, cujos ensinamentos vêm me mostrando o quão importante tem sido buscar a minha evolução como ser humano.

Às minhas queridas ajudantes, Flávia Mendonça, Daniella Ferrari e Karyn Chiesa, pela preciosa colaboração.

Chegou um Inverno muito rigoroso,
em que Jean Valjean não encontrou o que fazer.

Ficou sem trabalho e a família sem pão. Sete
criancinhas sem pão!

Num domingo à noite, preparava-se Maubert
Isabeau, padeiro com estabelecimento no largo
da igreja, em Taverolles, para se deitar, quando

ouviu uma violenta pancada na vidraça
gradeada da sua loja. Correu imediatamente
para ali e chegou a tempo de ver um braço
passando por uma abertura feita no vidro com
um murro, pegar num pão e levá-lo. Isabeau
saiu apressadamente e correu atrás do ladrão,
que fugia como lhe permitiam as pernas,
conseguindo alcançá-lo.

O ladrão largara o pão no caminho durante a
corrida, mas tinha ainda o braço
ensanguentado. Era Jean Valjean.

Passava-se isto em 1795.

Jean Valjean foi levado aos tribunais daquele
tempo «pelo crime de roubo noturno com
arrombamento, praticado numa casa habitada»
(...)

Jean Valjean foi considerado criminoso. Os
termos do código eram formais. Existem na
nossa civilização momentos terríveis: os
momentos em que a penalidade é descarregada
sobre um culpado. Que lúgubre momento
aquele em que a sociedade se desvia e consoma
o irreparável desamparo de uma criatura
racional! Jean Valjean foi condenado a cinco
anos de galés.

Os Miseráveis. Victor Hugo.

RESUMO

SANTOS, Flavio Mattos dos. **A dedução do ágio tributário sob a ótica constitucional**. 2014. 133 f. Dissertação (Mestrado em Finanças públicas, tributação e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O presente trabalho procura fazer uma análise a respeito do direito de aproveitamento do ágio sob a perspectiva constitucional. Para tanto, serão abordadas a relação entre direito e contabilidade segundo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, de forma a verificar como o ágio contábil e o ágio tributário são estruturados e o respectivo tratamento conferido pela lei 12.973/13. Por fim, em razão da teoria da justiça de Rawls, o princípio da capacidade contributiva, como o princípio adequado ao Direito Tributário segundo a teoria de Rawls, será correlacionado ao conceito de renda de sorte a verificar como o ágio deve ser aproveitado.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Direito e Contabilidade. Planejamento Tributário. Ágio. Método de Equivalência Patrimonial. Liberalismo. Capacidade Contributiva. Conceito Constitucional de Renda.

ABSTRACT

SANTOS, Flavio Mattos dos. **The goodwill deduction under the Brazilian Constitution**. 2014. 133 f. Dissertação (Mestrado em Finanças públicas, tributação e Desenvolvimento) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This work performs under the Brazilian constitution an analysis on the taxpayer right to take advantage of goodwill produced as part of mergers and acquisitions transactions. Therefore, the connections between accountancy and law will be discussed in accordance with the Systems Theory developed by Niklas Luhmann in order to evaluate how both tax and accountant goodwill are structured and how the federal law 12.973/13 has dealt with goodwill. Last, in light of John Rawls' Justice as Fairness, the ability to pay principle, adequate principle related to taxation according to Rawls' theory, will be connected to the concept of income in order to assess how goodwill must be recognized by tax law.

Keywords: Systems Theory. Law and Accountancy. Tax Planning. Goodwil. Equity equivalence Method. Liberalism. Ability to Pay Principle. Income Constitucional Concept.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	TEORIA DOS SISTEMAS. DIREITO E CONTABILIDADE COMO SUBSISTEMAS.NORMAS TRIBUTÁRIAS X NORMAS CONTÁBEIS. REGIME TRIBUTÁRIO DE TRANSIÇÃO. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL	13
1.1	Teoria dos Sistemas	13
1.2	Direito e Contabilidade como Subsistemas	18
1.3	Normas Tributárias x Normas Contábeis	23
1.4	Regime Tributário de Transição	25
1.5	O Método de Equivalência Patrimonial (MEP)	29
2	PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO E INTERPRETAÇÃO	36
2.1	Interpretação	36
2.2	Constitucionalismo, Pós-Positivismo e Interpretação Constitucional	39
2.3	Estado Fiscal - Dever de Pagar Tributos e o Direito ao Planejamento Tributário	42
2.4	Planejamento Fiscal, Elisão, Evasão e Abuso Fiscal	48
2.5	Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses e dos Valores	51
2.6	Colisão de Normas Constitucionais	55
2.7	Interpretação e Planejamento Tributário	57
2.8	O Parágrafo Único do Artigo 116 do Código Tributário Nacional-CTN	59
2.9	Uma decisão do Conselho Administrativo de Recursos Federais - CARF - envolvendo planejamento tributário (Operação Casa e Separa) – O Caso Klabin	65
3	ORIGENS DO ÁGIO. FUNDAMENTO DO ÁGIO CONTÁBIL. CPC 15. ÁGIO TRIBUTÁRIO. DECRETO-LEI 1.598/77, LEI 9.532/98 E LEI 12.973/14 (OBJETO DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 627/13)	69
3.1	Origens do Ágio	69
3.2	Fundamento Contábil do Ágio. Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura. CPC 15	72

3.3	Ágio Tributário. Decreto-Lei 1.598/77, Lei 9.532/98, e Lei 12.973/14 (objeto da conversão da Medida Provisória 627/13).....	87
4	LIBERALISMO E TRIBUTAÇÃO. A ESCOLHA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO ELEMENTO DECISÓRIO DO CÓDIGO OPERATIVO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NA TEORIA DOS SISTEMAS. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E A DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO	105
4.1	Liberalismo.....	105
4.2	Justificação Filosófica do Liberalismo	106
4.3	A visão dos libertários sobre a tributação, segundo Will Kymlicka e o contraponto de Rawls e Dworkin.	109
4.4	O Princípio Eleito para Realização da Justiça Fiscal	115
4.5	A Capacidade Contributiva e a Teoria dos Sistemas	116
4.6	A Capacidade Contributiva e o Conceito Constitucional de Renda	118
4.7	O Ágio como Elemento Integrante do Resultado Líquido de Renda.....	121
	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

Em razão do programa de privatizações iniciado no Governo de Fernando Henrique Cardoso, a transferência do controle de empresas estatais para a iniciativa privada, geralmente incentivada por benefícios fiscais, gerou algumas distorções no tratamento do ágio, o que levou as autoridades fiscais a criarem embaraços à apropriação pelas empresas do ágio verificado nessas operações, colimando numa postura bastante agressiva das autoridades fiscais que passaram a glosar operações legítimas sob o argumento de abuso na formação e aproveitamento de ágios nessas modalidades de transações.

Por outro lado, diante da necessidade de aproximação e resgate da contabilidade brasileira aos padrões globais, o ágio sofreu esse influxo a partir de sua regulação contábil, com um tratamento diferenciado do regime fiscal. Apesar das diferenças de tratamento, o regime tributário de transição, instituído pela lei 11.638/07, procurou manter a integridade dos regimes, até que uma legislação tributária viesse disciplinar o regime fiscal a partir dos novos padrões contábeis.

Nesse sentido e sob o argumento de modernização do tratamento do ágio, o governo editou a MP 673/12, convertida na lei 12.973/13, que apesar de regular o ágio, veio restringir sobremaneira seu tratamento tributário a ponto de praticamente igualá-lo ao padrão contábil.

Assim sendo, é objetivo precípua do presente trabalho analisar, sob a ótica constitucional, a legitimidade dessa aproximação que praticamente igualou ao padrão contábil o tratamento tributário dado ao ágio.

Contabilidade e Direito serão objeto de uma análise sob a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, de modo a verificar como esses sistemas (ou subsistemas) interagem entre si, não só porque se constituem como ambiente de um e outro, como podem vir a criar situações que alteram o funcionamento adequado do código de fechamento operacional do outro sistema, numa situação de acoplamento estrutural, segundo a visão de Luhmann.

O ágio, como elemento que integra os dois sistemas de comunicação, terá suas características jurídicas e contábeis avaliadas de maneira a verificar, inclusive, se o tratamento tributário conferido pela lei 12.973/13 foi o mais adequado sob a perspectiva constitucional.

Discussão que o trabalho também abordará é como o ágio se encontra relacionado com a visão de um planejamento tributário abusivo, trazendo alguns exemplos de julgamentos proferidos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fazendários sobre o tema.

Aqui também se fará uma reflexão sobre a teoria de Justiça como Equidade, de Rawls, e o papel da capacidade contributiva como o princípio adequado para realização da justiça, e como ela informa o conceito de renda, elemento integrante do aspecto material e formador do aspecto quantitativo do imposto de renda. Assim, será possível verificar como o ágio pode ser aproveitado segundo a ótica constitucional.

Dessa forma, o trabalho é dividido em cinco capítulos destinados a retratar os tópicos abordados acima, mediante uma sequência que procure correlacioná-los num encadeamento lógico.

O capítulo primeiro procura analisar a formação e o aproveitamento do ágio por meio da conexão entre Direito e Contabilidade pela ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

No segundo capítulo, o objetivo é demonstrar como o ágio está relacionado com o planejamento tributário, notadamente quanto ao fato de como um planejamento abusivo pode impactar o seu respectivo aproveitamento.

No terceiro capítulo, o foco está nas diferenças entre os ágios contábil e fiscal, mostrando suas respectivas consequências e, principalmente, em razão das regras trazidas pela lei 12.973/13.

No quarto capítulo, o enfoque é dado ao direito de aproveitamento do ágio sob a perspectiva constitucional, a partir da correlação entre a teoria da justiça de John Rawls e sua conexão com o princípio da capacidade contributiva, que opera a leitura do vocábulo renda como integrante do aspecto material do imposto de renda.

Por fim, o quinto e último capítulo apresentará conclusões quanto à forma de verificação de como deve ser o aproveitamento do ágio sob a ótica constitucional.

1 TEORIA DOS SISTEMAS. DIREITO E CONTABILIDADE COMO SUBSISTEMAS. NORMAS TRIBUTÁRIAS X NORMAS CONTÁBEIS. REGIME TRIBUTÁRIO DE TRANSIÇÃO. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

1.1 Teoria dos Sistemas

A partir das transformações ocorridas com a fundação do Estado Moderno, pode-se afirmar que a sociedade contemporânea trava suas relações num ambiente de maior complexidade, razão pela qual se exige um esforço maior, tanto filosófico quanto sociológico para explicar como resolver a complexidade oriunda do trato dessas mesmas relações sociais.

Niklas Luhmann formulou a Teoria dos Sistemas exatamente com a finalidade de demonstrar que a Modernidade^{1 2} não se coaduna com teorias estacionadas no passado, centralizadas nas ações humanas. Para Luhmann, essas “teorias da ação”³ seriam incapazes de responder às dificuldades sociais criadas pela Modernidade.

¹ Por isso, é preciso construir novos paradigmas para a época atual, que, pela proximidade, ainda não pode ser denominada, senão provisoriamente. São usadas expressões como *pós-modernidade*, *modernidade reflexiva*, *modernidade ambivalente*, *modernidade tardia*, *Estado de Risco*, *Estado Subsidiário*, *Estado Pós-Social*, entre tantas outras, para designar os tempos atuais, captando várias características dos nossos dias. No entanto, só o distanciamento histórico será capaz de identificar que facetas prevalecerão, a fim de caracterizar nosso tempo. Contudo, aos estudiosos do Direito não é dado procurar as soluções para os complexos fenômenos atuais, a partir de categorias jurídicas que foram forjadas no início da *Era Moderna*, vez que estas não são mais capazes de dar respostas aos problemas com que nos defrontamos hoje. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte**: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 25-26).

² Ao que se refere comumente a pós-modernidade? Afora o sentido geral de se estar vivendo um período de nítida disparidade do passado, o termo com frequência tem um ou mais dos seguintes significados: descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os ‘fundamentos’ preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a ‘história’ é destituída de teleologia e conseqüentemente nenhuma versão de ‘progresso’ pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral. Difícilmente alguém hoje em dia parece identificar a pós-modernidade com o que ela tão amplamente já chegou a significar – a substituição do capitalismo pelo socialismo. O deslocamento dessa transição para longe do centro do palco, na verdade, é um dos principais fatores que estimularam as discussões correntes sobre a possível dissolução da modernidade, dada a concepção totalizante da história de Marx. (GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. p. 56).

³ Em certo sentido, como se observou anteriormente, a ‘teoria da ação’ pode ser considerada uma espécie de representante de várias propostas teóricas no âmbito da sociologia que apenas ostentariam diferenças epidérmicas, uma vez que, articulando-se ao redor do conceito de ação, estariam fundadas sobre os mesmos pressupostos. Por outro lado, é justamente a

É que Luhmann não acata a solução fornecida pela linguagem, centrada na relação de intersubjetividade, linguisticamente mediada entre sujeitos que se reconhecem mutuamente. Ao contrário, Luhmann, embora não negue a importância da linguagem na constituição do mundo, defende que a linguagem por si só não é capaz de constituir o sentido, tendo em vista que a linguagem, em todo caso, dependeria de limitações adicionais que são fornecidas pelas operações seletivas do sistema (psíquico e social).

Nesse contexto, o sentido configura-se como uma categoria pré-linguística que não depende da interação linguisticamente mediada de sujeitos que se reconhecem mutuamente e que estabelecem consensualmente o entendimento sobre algo, como sugere Habermas⁴. Para Luhmann, o sentido é uma operação seletiva própria dos sistemas sociais e psíquicos que serve para regular suas relações em um ambiente ainda mais complexo e contingente. Assim, o sentido não

partir da crítica à 'teoria da ação' que Luhmann procura afirmar sua teoria dos sistemas, que implica a substituição do conceito de ação, enquanto elemento fundamental da sociedade, pelo conceito de comunicação. É nesse sentido que Luhmann ressalta que 'la teoría de los sistemas sociales, por ello, debe transformarse de teoría de la acción en teoría de la comunicación, si quiere aplicar el concepto de sistema. (...) Luhmann pass a discutir a temporalidade dos sistemas sociais, concluindo que sustentar que tais sistemas são compostos de ação implicaria admitir que seus elementos seriam essencialmente passageiros, isto é, que não teriam densidade temporal suficiente, uma vez que surgem e desaparecem a cada instante. Como decorrência, se os sistemas sociais são concebidos como baseados em eventos passageiros, como de fato o são as ações, isso lhes acarretaria problemas específicos em sua auto reprodução, uma vez que nada garantiria a continuidade de conexão entre as ações, de modo que o sistema poderia acabar a qualquer momento, assim que a última ação chegasse ao final, se não fosse capaz de encontrar conexões com outras ações imediatamente posteriores (BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-17).

⁴ Para Habermas, na teoria de Luhmann,

A sociedade passa a ser concebida como um tipo de sistema auto-referencial autopoiético, diferenciado do ambiente e operacionalmente fechado, que compreende internamente todas as comunicações, donde decorre sua fragmentação em distintos subsistemas (ou sistemas parciais) funcionais que produzem comunicações submetidas a condições mais restritivas, balizadas pelos códigos binários específicos de cada subsistema. O direito, tal como a política, a economia, o sistema educacional, a religião, a arte etc., representaria um desses subsistemas que, por razões lógicas, não podem pretender ter qualquer ingerência direta uns sobre os outros. Aliás, é justamente para esse aspecto que Habermas chama a atenção ao enfatizar que a teoria dos sistemas projetaria uma imagem das sociedades modernas como se estas fossem sociedades 'acêntricas', nas quais o 'mundo da vida' teria se desintegrado e, subsistemas funcionais, tais como a economia, o direito, a educação, a ciência etc. (BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.94-95).

pode estar vinculado a um sujeito, configurando uma operação seletiva destinada a reduzir a complexidade do mundo, sendo, portanto, totalmente desvinculado da linguagem.

Para Luhmann, o sentido é uma categoria básica da Sociologia, independente da linguagem, e que cumpre o papel de redutor da complexidade do mundo, articulando realidades, possibilidades, atualidades e potencialidades. O sentido funciona como uma operação seletiva dos sistemas psíquicos e sociais, os quais, embora possuam um eixo comum, ou reflexão basal (o sentido), não se confundem, tendo em vista que o sistema social faz sentido a partir da comunicação e o sistema psíquico a partir da consciência.

Assim é que, na visão de Luhmann, não é o homem que figura como elemento básico da sociedade, e sim a comunicação como núcleo essencial que operará sua autopoiese⁵ exclusivamente a partir da própria comunicação. Essa é a mudança de paradigma proposta por Luhmann que, separando a sua Teoria dos Sistemas das chamadas Teorias da Ação, inserem a ação humana como o elemento central da sociedade.

Isso não significa que o homem seja menosprezado na Teoria dos Sistemas, uma vez que, para Luhmann, o homem se insere no ambiente, que é um componente basilar da teoria, sendo exatamente essa diferenciação (e, sobretudo, a relação de interdependência) entre sistema e ambiente que fundamenta a Teoria dos Sistemas.

A proposta de Niklas Luhmann, por meio da Teoria dos Sistemas, procura demonstrar como a diferença entre sistema e ambiente⁶ influencia a comunicação,

⁵ O conceito de autopoiese tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela. Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autós* ('por si próprio') e *poiesis* ('criação', 'produção'). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 60).

⁶ I will now tackle what I consider the most important and most abstract part of my lecture series – namely, the introduction of the differential or difference theoretical approach. As we saw, the transition from the theory of closed systems to the theory of open systems drew increased attention to the environment. This change concerned not only the knowledge that there is an environment but also the insight that an open system is based on the relations between system and environment and that these relations are not static but dynamic; they are, as it were, channels that conduct causality. (LUHMANN, Niklas. **General systems theory**. USA: Polity Press, 2013. p. 43).

propiciando a formação de subsistemas sociais com codificações binárias próprias, por meio de um fechamento operacional que os torna capazes de se diferenciarem uns dos outros.

Na ótica de Luhmann, a Teoria dos Sistemas estaria mais capacitada para a descrição do Direito, que é um sistema auto-referencial que desempenha uma função determinada na sociedade moderna. E a característica determinante do Direito é a sua positividade. Isso porque somente o Direito da modernidade, estatuído e validado por meio de decisões, pode ser entendido como um subsistema auto-referencial e autopoietico, detentor de uma função específica e reproduzido a partir de um código próprio.

É que a sociedade moderna passa a ter que lidar com quantidade muito maior de contingência, o que exige uma importância muito grande do papel decisório. Nesse contexto, o Direito da modernidade sustenta-se num processo de decisão de estabelecimento e de validade do próprio Direito, ao contrário do Direito Natural⁷ que apoiava sua legitimidade numa instância superior de reconhecimento do Direito.

Para Luhmann quatro são os tipos de sistemas: os sistemas não-vivos, vivos, psíquicos e sociais. Os sistemas não-vivos não possuem a capacidade de produzirem a si mesmos, o que não ocorre com os demais sistemas, que, em razão da capacidade de autoprodução, seriam autopoieticos.

Um sistema não-vivo não dispõe de capacidade de automanutenção, na medida em que depende do ambiente para manter-se em operação⁸. Os demais

7

A história do direito natural revela dois pontos marcantes: a arbitrariedade dos postulados fundamentais a respeito da natureza da existência e do ser humano, e a arbitrariedade das ideias jurídico-morais desenvolvidas com base nesse fundamento. O direito natural busca o absoluto, o eterno, que fará do direito algo mais que a obra de seres humanos e livrará o legislador das penas e responsabilidade de uma decisão. A fonte de validade transcendente do direito foi buscada numa mágica lei do destino, na vontade de Deus, ou numa percepção racional absoluta. Porém, a experiência mostra que as doutrinas que os homens construíram com base nessas fontes, longe de ser eternas e imutáveis, se alteraram em conformidade com o tempo, o espaço e a pessoa. O nobre manto do direito natural foi utilizado no decorrer do tempo para defender todo tipo concebível exigências que surgem, evidentemente, de uma situação vital específica ou que são determinadas por interesses de classe econômico-políticos, pela tradição cultural da época, por seus preconceitos e aspirações – em síntese: para defender tudo aquilo que constitui o que se chama geralmente de uma ideologia. (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2007. p. 301).

⁸ “Por exemplo, uma máquina que estraga não é capaz de consertar-se sozinha, a partir de elementos internos. Precisa que uma pessoa queira consertá-la”. (KUNZLER, Caroline de Moraes. A

sistemas, ao contrário, não dependem do ambiente como condicionante de funcionamento, tendo em vista que selecionam e suprem suas necessidades através de seus respectivos códigos, o que lhes outorga a característica da autopoiese.

O sistema vivo é composto por bioelementos que permitem intercâmbio de matéria e energia (corpo humano, animais). Sistemas psíquicos são formados pela consciência e os sistemas sociais formam-se através da comunicação.

O elemento central dos sistemas sociais, portanto, é a comunicação.

Luhmann define a comunicação como a síntese entre três seleções: mensagem, informação e compreensão da diferença entre mensagem e informação. A unificação desses elementos definirá comunicação como o fato de que *Ego* compreende que *Alter* enviou uma informação, que pode ser atribuída a *Alter*.

Alter seleciona uma mensagem (por exemplo; faz calor) e diz a *Ego* que está calor (informação), que compreende a diferença entre a mensagem e a informação (que se está fazendo calor é porque não está fazendo frio). Atribui-se a *Alter* a função de seleção da mensagem porque ele poderia ter dito outra coisa ou mesmo não ter dito nada. A informação (o que é dito) também é uma seleção porque ela divide o que é dito (está fazendo calor) do que não é dito (faz frio) e tendo *Ego* compreendido essa diferença, a comunicação está concluída e tudo que vem na sequência é indiferente para a comunicação, devendo constituir novo ciclo do processo de comunicação.

Luhmann, então, passa a construir sua teoria por meio da distinção entre sistema e ambiente. O Sistema se auto-reproduz e se autodelimita do ambiente que configura seu entorno. Autopoiese do Direito significa, pois, a capacidade de o Direito se auto-organizar para determinar as regras que regem suas próprias operações, isto é, as normas que definem se as decisões do Direito são legais ou ilegais⁹.

Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004).

⁹

Para a pergunta 'como é que sabemos que um evento social é legal ou ilegal?' A resposta é 'porque o Direito assim o diz'. E, para a pergunta: 'Como é que nós sabemos se a decisão do Direito é legal ou ilegal?', a resposta tem de ser novamente 'porque o direito assim o diz'. É assim que se entra no hiperciclo de circularidade que Teubner descreve e que identifica os sistemas apoiéticos (KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85).

1.2 Direito e Contabilidade como Subsistemas

Assim, o Direito se apropria de comunicações dos diversos ambientes sociais e as transforma em comunicações jurídicas a partir do código binário legal/ilegal. Isso significa que o Direito é operativamente fechado, tendo em vista que somente o Direito é que possui a legitimidade decisória de definir o que é a comunicação jurídica, mas, em todo caso, isso é feito no entorno do ambiente (compostos de outros subsistemas sociais), o que o torna, portanto, cognitivamente aberto ao discurso de outros sistemas sociais.

Essa configuração do Direito como integrante de um sistema e a sua própria divisão em subsistemas, não é estranha ao pensamento de importantes doutrinadores do Direito Tributário, como Ricardo Lobo Torres e Humberto Ávila, que se dedicaram a estudar profundamente o *Sistema Tributário Brasileiro*¹⁰.

Ricardo Lobo Torres, embora não tenha seguido diretamente a teoria dos sistemas de Luhmann, organiza seu Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário sob o prisma sistemático, ao examinar a Constituição como um grande sistema jurídico, que reconhece e confere validade aos subsistemas político¹¹, econômico¹², social¹³ e jurídico¹⁴, os quais se desdobram em outros subsistemas internos.

Entretanto, como o próprio Ricardo Lobo Torres reconhece, a teoria do sistema tributário constitucional é muito pouco desenvolvida, embora encontre alguma guarida na doutrina nacional porque aqui, ao contrário dos demais países, o direito tributário encontra suporte e garantia na normatividade da Constituição.

Ricardo Lobo Torres justifica sua teoria sistêmica a partir da análise das características indicativas de uma principiologia que evidenciam o sistema, como a apresentação em estrutura aberta, configurado em pluralismo teórico e interdisciplinar. Além disso, Ricardo Lobo Torres apresenta os pontos de contato

¹⁰ No caso de Humberto Ávila, o Sistema Constitucional Tributário; Ricardo Lobo Torres, dedica o volume I de seu Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário ao Sistema Constitucional Tributário.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1. p. 280.

¹² Ibidem. p. 273.

¹³ Ibidem. p. 288.

¹⁴ Ibidem. p. 293.

entre o sistema do direito tributário e outras ciências, como a filosofia, a sociologia e a economia¹⁵.

Por outro lado, o subsistema contábil¹⁶ opera seu código binário próprio a partir da captura de fenômenos econômicos praticados por uma entidade, efetuando seu reconhecimento a partir da relevância desses fatos para a entidade. Nesse contexto, o subsistema contábil é operacionalmente fechado porque reconhece, a partir de suas regras e princípios técnicos (decisão de auto-organização), os fatos relevantes para a entidade, classificando-os de acordo com a sua relevância, o que é feito a partir do entorno ou ambiente econômico circundante, sendo, portanto, também cognitivamente aberto a outro subsistema social (a economia).

Nessa linha, como subsistemas sociais autopoieticos e operacionalmente fechados, o Direito e a Contabilidade¹⁷ são aptos a criar seus códigos binários próprios, o que, porém, não elimina a possibilidade de interconexão entre um subsistema e outro, pois, nos entornos de cada um, são encontrados elementos que podem ser capturados pelo outro, num processo de apropriação e criação de um código binário próprio destinado a reduzir as suas próprias complexidades.

Essa interconexão, em muitos casos, também pode levar a uma tentativa de que um subsistema subverta o código binário de outro, criando um distúrbio de

¹⁵ Ibidem. p. 350-351.

¹⁶ Hernández González considera que la llevanza de la contabilidad se configura como la de un deber analizando las características de las situaciones subjetivas de obligación y deber con carácter general y contrastándolas con la regulación de la llevanza de la contabilidad en el ámbito mercantil y tributario. De ello extrae las siguientes conclusiones: a) la regulación positiva de llevanza de la contabilidad no configura una situación jurídica de obligación, en cuanto que no confiere un auténtico derecho subjetivo. b) Tampoco conforma una situación de carga, en cuanto que la llevanza de la contabilidad excede del interés propio del sujeto obligado, incurriendo en responsabilidad si no la realiza. c) Configura, sin embargo, una situación de deber en tanto que, frente al sujeto afectado, se encuentra la potestad de la Administración dispuesta a sancionar su incumplimiento. (FERNÁNDEZ, María Jesús García-Torres. **El deber de contabilidad**. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 14).

¹⁷ La contabilidad está considerada como la fuente más importante de información económica, y esta facultad es reconocida por la legislación fiscal como instrumento para el cálculo de los impuestos sobre la renta. En Derecho Tributario, el deber de contabilidad hace referencia a la obligación de llevar contabilidad o libros registros. (FERNÁNDEZ, María Jesús García-Torres. **El deber de contabilidad**. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p. 15).

irritabilidade¹⁸, trazendo sérias consequências para a higidez do subsistema “atacado”.

Por outro lado, contabilidade e direito interconectam-se por um eixo comum: a atividade econômica. Esse fenômeno é muito bem captado por Ricardo Lobo Torres, ao lecionar que a característica mais importante do sistema tributário nacional baseia-se na racionalidade econômica, tendo em vista que a tributação deve se alicerçar em fatores econômicos muito bem demarcados a fim de que sejam inviabilizados mecanismos formais de tributação com viés meramente arrecadatório¹⁹.

Importante ressaltar que essa discussão acerca da teoria dos sistemas não fica restrita ao campo doutrinário, possuindo mesmo uma consequência e eficácia práticas, na medida em que o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Joaquim Barbosa, Relator de um caso emblemático²⁰, parece ter recorrido à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, ao afirmar que o conceito de renda deve ser obtido a partir dos influxos do sistema jurídico e de outros sistemas (por exemplo, econômico e contábil), com os quais o Direito possui acoplamentos.

¹⁸ A abertura cognitiva dos sistemas pode dar-se de forma a simplesmente selecionar fatos e regulá-los, com vistas à estabilização de expectativas normativas, podendo tais fatos representar fatos do ambiente, ou não. Queremos dizer, os fatos podem ser verificados unicamente no sistema, sem correspondência no ambiente. Pode acontecer de haver sistemas que se relacionam constantemente, de forma até interdependente, conforme se verifica entre os sistemas jurídico, político e econômico, mediante informações comuns, mas que cada sistema identifica como própria. Tais informações comuns são capazes de gerar irritações recíprocas nos sistemas, que podem dar lugar a mudanças nos programas correspondentes. A este relacionamento mediante informações comuns que geram irritações nos sistemas dá-se o nome de acoplamento estrutural. (NUNES, Renato. **Tributação e contabilidade**: alguns apontamentos sobre as relações entre sistemas jurídico e contábil. São Paulo: Almedina, 2013. p. 55).

¹⁹ A característica mais importante desse sistema é a racionalidade econômica. Os tributos devem recair em substratos econômicos perfeitamente diferenciados, de modo que se evitem as superposições de incidência sobre fatos econômicos idênticos e que se eliminem as imposições apegadas a critérios jurídico-formais ou à técnica de arrecadação (TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1. p. 326).

²⁰ Discussão acerca da integração da CSLL à base de cálculo do IRPJ. RE 582.525/SP, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. J. 09.05.2013. “Assim, nos quadrantes do sistema constitucional tributário, o conceito de renda somente pode ser estipulado a partir de uma série de influxos provenientes do sistema jurídico, como a proteção ao mínimo existencial, o direito ao amplo acesso à saúde, a capacidade contributiva, a proteção à livre iniciativa e à atividade econômica, e de outros sistemas com os quais o Direito mantém acoplamentos, como o sistema econômico e contábil”.

O processo contábil destina-se a registrar fatos, eventos e deveres estabelecidos por conta de relações jurídicas formadas em razão do exercício de uma atividade econômica²¹. Esse processo contábil é caracterizado por três elementos fundamentais: reconhecimento, mensuração e evidenciação.

A atividade de reconhecimento engloba o enquadramento do evento econômico em uma categoria contábil previamente estabelecida, como é a hipótese do enquadramento de determinado evento em uma categoria de ativo ou despesa, por exemplo²².

A mensuração envolve o processo de definição da base de reconhecimento e de avaliação do fenômeno econômico. Enquadra-se nessa etapa a forma como são calculadas a depreciação e como receitas e despesas são reconhecidas (regimes de caixa ou de competência).

A evidenciação, nas palavras de Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes, “envolve a ação de demonstrar para os usuários externos à organização o processo de reconhecimento e mensuração realizado”²³. Seria, por

²¹ Abrindo mão de um exemplo hipotético, o fluxo de decisões (econômicas, jurídicas e contábeis) obedece, resumidamente, às seguintes etapas: 1º Define-se a atividade econômica a ser desenvolvida: fornecimento de veículo a outrem. 2º Estabelecem-se os benefícios e os riscos (responsabilidades) entre os atores dessa atividade econômica, por meio de contrato formalizado ou não, se a lei assim permitir: fornecedor entrega a propriedade do bem ao adquirente, que, mediante pagamento de um valor único assume todos os benefícios (utilização e frutos) e todos os riscos (combustível, seguro, obsolescência, quebra, furto etc.) inerentes. 3º Caracteriza-se a relação jurídica, com base em modelos expressa e especificamente descritos na lei (positiva) ou não: considerada a atribuição de responsabilidades, há o enquadramento no artigo 481 do Código Civil, que disciplina a compra e venda. 4º Processa-se a escrituração contábil: reconhecimento de receita contra a entrada de caixa (à vista) ou de crédito (a prazo) e reconhecimento do custo contra a saída do bem desde o estoque (FERNANDES, Edison Carlos. **Direito contábil: fundamentos, conceito, fontes e relação com outros “ramos” jurídicos**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 13).

²² Uma empresa sacrifica recursos investindo-os em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Temos nesse caso um problema inicial de classificação. Trata-se de um ativo ou de uma despesa. (...) Podemos ver que para que essa etapa possa ser realizada é necessário que tenhamos um conjunto de definições acerca da natureza das transações econômicas representadas pela contabilidade (MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel. **O Direito Contábil: fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1. p. 58).

²³ MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel. **O Direito Contábil: fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga

exemplo, o processo de reconhecimento de uma contingência, atribuindo-lhe as respectivas chances de materialização ou perda.

A própria formação, reconhecimento e aproveitamento do ágio observasse processo. Basta imaginar-se uma operação de aquisição de uma sociedade. A compradora interessada em expandir suas atividades (atividade econômica), efetua a aquisição de outra sociedade, pagando para a sociedade vendedora um preço superior ao valor do negócio da sociedade-alvo. Esse sobre preço será classificado em alguma categoria contábil preexistente (despesa, patrimônio líquido) e passará, na sequência, pelas fases de mensuração e evidenciação, ocasião em que o ágio formado estará devidamente avaliado e documentado.

É importante ressaltar que, como subsistemas operacionalmente fechados, tanto a Contabilidade quanto o Direito criam suas esferas de decisão próprias, definindo seus respectivos objetos a partir de códigos binários próprios: a Contabilidade pelo reconhecimento/mensuração e o Direito pelo lícito/ilícito.

É comum, porém, que, por configurarem o entorno de um e de outro, exista uma interconexão próxima entre as Ciências em causa. Embora o Direito possa ser considerado, apenas de forma indireta, ambiente para a Contabilidade, pois esta basicamente opera mensuração de fatos econômicos no âmbito de uma entidade para reconhecê-los, enquanto o Direito capta o discurso contábil em seu ambiente e, a partir de seu próprio código binário, aplica sua esfera de decisão dando efeitos jurídicos a uma categoria contábil prévia. É assim, por exemplo, com a categoria do lucro²⁴. O lucro de uma entidade é um fato econômico mensurado e reconhecido pela Contabilidade, que, na sequência, é apropriado pelo Direito como um fato jurídico tributário, operando suas consequências nos aspectos da hipótese de incidência tributária.

(Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1. p. 58.

²⁴ Embora o lucro não seja um conceito jurídico *prima facie* e portanto não possa ser diretamente reconduzido a uma categoria do direito privado na dicção do artigo 110 do CTN, o fato é que, até mesmo por imposição da principiologia contida na Constituição da República, conceitos extrajurídicos também são apropriados pelo Direito Tributário, como é o caso do lucro, conceito extrajurídico extraído da Economia e da Contabilidade, muito embora dificilmente ocorra uma recepção no sentido integral dado pela categoria extrajurídica. “Alfredo Augusto Becker, que é conclusivo ao asseverar que a aceitação pelo Direito Tributário de conceitos de outro ramo do Direito não importa em sua deformação ou transfiguração tácita, sustenta, de forma igualmente categórica, que nunca haverá uma recepção integral, pelo Direito, de conceitos, categorias, ou institutos de ciências pré-jurídicas, mesmo que aparentemente se verifique essa recepção pelo emprego das mesmas palavras das ciências pré-jurídicas”. (VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005).

Esse fenômeno não passou despercebido por Ricardo Lodi Ribeiro, que reconhece o suporte que a teoria dos sistemas confere na demonstração da conexão que a tributação opera entre direito e economia²⁵.

1.3 Normas Tributárias x Normas Contábeis

Debate muito comum no campo doutrinário tem sido a conexão existente entre Direito e Contabilidade, especialmente diante da tendência das autoridades tributárias de encarar a Contabilidade como mero instrumento a serviço da arrecadação (numa clara situação de acoplamento estrutural indicativo de irritabilidade de subsistemas), fato esse que se tornou, no longo prazo, um dos grandes responsáveis pelo descompasso existente entre as informações financeiras brasileiras e os modelos apresentados em outros mercados, o que certamente veio dificultar o aporte de investimentos no mercado brasileiro, diante da falta de clareza, transparência e confiabilidade de suas demonstrações financeiras.

É importante ressaltar que, mesmo á época da edição da Lei nº 6.404/76, já se buscava um tratamento separado entre Contabilidade Societária e Contabilidade Fiscal, porque, diante das dificuldades de promoção de uma legislação tributária a toque de caixa, o mais prático seria optar-se por um modelo transitório de convergência que permitisse a incidência tributária, ainda que mitigando os excessos da legislação societária por meio de ajustes implementados em um registro próprio, daí surgindo o LALUR – Livro de Apuração do Lucro Real.

Esse modelo previsto no Decreto-lei nº 1.598/77, que deveria ser transitório e substituído por uma legislação societária fiscal, acabou se tornando um modelo permanente, substitutivo do sistema que se pretendia abolir, o que gerou enormes

²⁵

A teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann oferece grande subsídio para a compreensão da relação que a tributação estabelece entre o direito e a economia. De acordo com Luhmann, tanto o direito quanto a economia constituem sistemas autopoieticos e auto-referenciais, o que se revela pela autoprodução de seus próprios elementos. Assim, o sistema jurídico é capaz de criar as suas próprias regras, ainda que se abra cognitivamente para o entorno. Cada sistema atua de acordo com a aplicação de um código próprio e o código binário do direito é o que distingue o jurídico do antijurídico. Embora o sistema jurídico apresente um fechamento operativo, já que a compreensão do que é ou não jurídico só se dá no âmbito das fronteiras do direito, a partir de suas próprias regras, ele se abre cognitivamente para o seu entorno e se relaciona com outros sistemas por meio de um acoplamento estrutural que, ao mesmo tempo em que admite a comunicação entre os sistemas, estabelece os limites dos encargos que cada sistema é capaz de suportar sem sofrer corrupção. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de direito constitucional tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 320).

distorções em razão do fisco passar a adotar a postura de ditar as normas contábeis em função da arrecadação.

A Contabilidade tem por função precípua capturar fenômenos econômicos²⁶, guiada por princípios da realidade, sem servir de vetor para a legislação tributária. A edição da Lei nº 11.638/07 visa a recuperar essa função da Contabilidade, separando-a das amarras da legislação fiscal. Como observam Luís Eduardo Schoueri e Vinicius Feliciano Tersi (2011)

Cabe questionar se no novo cenário o Fisco se limitará ao papel que lhe sobrou (calcular base de cálculo sob uma perspectiva econômica), talvez por meio da criação de um caminho próprio (um sistema de controle semelhante à contabilidade, mas servindo unicamente à apuração da Base de cálculo)²⁷.

Com isso chega-se facilmente à distinção entre o Direito Contábil Societário e o Direito Contábil Fiscal²⁸. E esse fenômeno é bem capturado pela Lei das Sociedades Anônimas, quando, no Parágrafo 2º do seu Artigo 177, dispõe:

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência. (...) § 2º. A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou

²⁶

Accounting. 1. Umbrella term encompassing the multitude of disciplines including auditing, taxation, financial statement analysis, and managerial accounting. Accounting-related functions include financial accounting, cost accounting, not-for-profit accounting, and financial planning. 2. Process of recording, measuring, interpreting and communicating financial data. (SIEGEL, Joel G.; SHIM, Jae K. **Dictionary of accounting terms**. USA: Barron's. 2000).

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; TERSI, Vinicius Feliciano. As inter-relações entre a contabilidade e o direito: atender ao RTT significa obter neutralidade tributária? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 2. p. 114.

²⁸

O Direito Contábil Societário corresponde ao arcabouço das normas contábeis que está previsto na legislação comercial/societária, com vistas à sistematização e organização das informações econômico-financeiras relativas ao patrimônio de uma entidade e sua variação no tempo. Esse conjunto de normas tem por objetivo assegurar a confiabilidade e a previsão dos registros contábeis para os seus destinatários (mercado, acionistas, clientes etc.). (...) De outra parte, o Direito Contábil Fiscal corresponde às regras contábeis relativas à apuração de tributos, previstas na legislação tributária, que têm como finalidade a arrecadação tributária. Em razão de seu propósito diferenciado, poderão as normas de Direito Contábil Fiscal divergir dos princípios de Contabilidade geralmente aceitos. (BARRETO, Ana Paula S. Lui; SILVA, Natalie Matos. As novas regras contábeis para o reconhecimento e a mensuração do ágio e o Regime Tributário de Transição (RTT). In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3).

determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras.

A norma supra estipula que qualquer ajuste nos registros contábeis para fins tributários deve ser efetuado por meio de livros auxiliares, sendo esse livro, segundo a dicção do Artigo 8º do decreto-lei 1.598/77, o LALUR – Livro de Apuração do Lucro Real²⁹.

Verifica-se, nesse sentido, que o elemento trazido pelo assim chamado Direito Contábil Fiscal configura um dos aspectos da hipótese de incidência tributária, isto é, um dos componentes do aspecto quantitativo da hipótese de incidência, mais especificamente a base de cálculo, diante de sua razão de ser que é a apuração do lucro tributável.

1.4 Regime Tributário de Transição

Da mesma forma, o Regime Tributário de Transição – RTT surgiu da necessidade de se assegurar a observância do princípio da legalidade, na medida em que a alteração nas regras contábeis poderia, automaticamente, levar à majoração de tributos sem lei, o que decerto configuraria flagrante violação aos direitos dos contribuintes, muito embora o RTT não tenha conseguido solucionar todas as controvérsias surgidas da novel legislação³⁰.

²⁹ Em um primeiro momento, é relevante aprofundar a análise da diferenciação entre lucro contábil e lucro real, dada a particular confusão entre os dois conceitos. Deve-se notar que, embora a sistemática de apuração com base no lucro real adote critérios próprios da contabilidade, esses dois critérios representam grandezas diversas, que partem de exigências diferenciadas. Com efeito, o lucro contábil apura movimentação patrimonial da empresa. Assim, receitas e despesas são somadas, chegando-se a um lucro líquido do período. Também no lucro real somam-se as receitas e despesas. Não obstante, nem toda receita reconhecida pela contabilidade é igualmente reconhecida para efeitos tributários. Mencione-se, nesse sentido, o caso das receitas isentas, como os dividendos recebidos de outras pessoas jurídicas: embora sejam eles uma receita da empresa beneficiária (afinal, os dividendos são um acréscimo patrimonial), a legislação tributária expressamente os isenta. Tem-se, assim, um caso de disparidade entre o lucro contábil e o lucro tributário, já que o primeiro será composto por uma receita que não será incluída para fins de cálculo do segundo. (SCHOUERI, Luís Eduardo. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1).

³⁰ “Pelo exame dos problemas que serão dispostos nesta seção, considerou-se válido criar uma tipologia de conflitos interpretativos como guia de entendimento. Foram criadas para esse fim as seguintes categorias: *Contrastes de conceitos de mesma denominação*: o Direito Tributário contém um conceito cuja denominação também existe na Contabilidade. Com a Nova Contabilidade, questiona-se se o conceito tributário deve manter seu significado original (ou seja, os conceitos devem ser independentes, apesar de homólogos) ou adotar o novo significado contábil, o que romperia a ‘neutralidade tributária’ prometida pelas leis 11.638/2007 e 11.941/2009. Exemplos:

A Lei nº 11.638, editada em 27 de dezembro de 2007, promoveu significativas alterações em aspectos contábeis das sociedades por ações e das sociedades de grande porte, regras essas dispostas na Lei nº 6.404/76 sobre exercício social e demonstrações financeiras, lucro, reservas e dividendos; contabilização das operações de incorporação, fusão e cisão; e sobre a avaliação de investimentos em sociedades coligadas e controladas. Adicionalmente, a Lei nº 11.638/07 autorizou a CVM, o BACEN e os demais Órgãos e Agências Governamentais a emitirem pronunciamentos sobre matérias contábeis.

O objetivo dessa modificação legislativa foi padronizar a linguagem contábil brasileira perante a linguagem internacional, de modo a propiciar maior transparência e comparabilidade das demonstrações financeiras, gerando-se um ambiente mais favorável ao mundo empresarial e almejando-se, conseqüentemente, uma contabilidade mais homogênea e de melhor qualidade³¹.

Todavia, inobstante os enormes avanços trazidos por sua edição, a Lei nº 11.638/07 já nasceu com déficit legislativo, tendo em vista o longo período em que permaneceu sob discussão no Congresso Nacional, dificultando sobretudo o processo de homogeneização dos modelos³².

encargos de depreciação e conceito de receita para tributação pelo PIS/COFINS. *Alteração de base contábil*: o Direito Tributário 'importa' um conceito da Contabilidade, bem como métodos de controle contábeis, e lhes dá determinado tratamento tributário. Como a Nova Contabilidade mudou a base contábil desses cálculos, questiona-se como o Direito Tributário poderia permanecer neutro. Exemplos: dividendos, resultados de equivalência patrimonial, regras de subcapitalização, ágio. *Eliminação de alternativa contábil*: a Contabilidade previa originalmente determinada forma de contabilização, para qual era atribuído um tratamento tributário correspondente. Embora esse tratamento tributário permaneça vigente, a possibilidade de se fazer aquela contabilização não mais existe. Os mesmos fatos terão que ser contabilizados de outra maneira. Nesse contexto, no FCONT os fatos deveriam ser reclassificados para suas denominações antigas para terem o mesmo tratamento tributário ou não? Exemplos: reserva de reavaliação, ativo diferido e resultados de exercícios futuros." (MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. v.2. p. 115).

³¹ PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Manual de Contabilidade IFRS/CPC**. São Paulo: Saint Paul Editora. 2011. p. 15.

³² De fato, as normas internacionais avançaram, enquanto o projeto manteve-se fiel às regras vigentes alhures, à época de sua proposição, como bem advertem Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelbcke: 'um problema surgiu do longo tempo que o no então projeto de lei 3.741/2000 levou no congresso para se transformar na lei 11.638/2007: as normas internacionais evoluíram, e sofreram grandes modificações em função inclusive da adesão da União Europeia, mas o projeto de lei não capturou essas inovações. Assim, a lei 11.638/07 trouxe grande evolução nas práticas contábeis no sentido da convergência internacional, mas com algumas defasagens e alguns conceitos ultrapassados. (RABELO FILHO, Antonio Reinaldo; PAIXÃO, Thales Eduardo Silva Gracelacio da. O aproveitamento fiscal do ágio e as alterações da legislação societária. In:

Outro ponto de grande sensibilidade que envolve a Lei nº 11.638/07 reside no fato de que as autoridades tributárias sempre buscaram suporte nas regras contábeis (contabilidade como ambiente do direito), embora essa não tenha sido a intenção do legislador³³.

E mesmo estando inserida em seu texto uma disposição expressa na Lei nº 6.404/76³⁴ sobre a neutralidade das modificações³⁵, ainda assim houve sérias discrepâncias interpretativas da Lei nº 11.638/07, resolvidas momentaneamente, diga-se de passagem, pela edição da Lei nº 11.941/09, que instituiu o Regime Tributário de Transição – RTT³⁶.

Ao introduzir um 5º Parágrafo ao Artigo 177, da lei 6.404, a Lei nº 11.638/07 determinou que as normas expedidas pela CVM devam ser orientadas pelos padrões internacionais de contabilidade e, muito embora não tenha feito referência expressa ao fato, tudo leva a crer que o legislador tenha se inspirado no *International Financial Reporting Standards* (IFRS), emitido pelo *International Accounting Standards Board* (IASB).

ROCHA, Sergio André (Coord.). **Direito tributário, societário e reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2012).

33

A menção que neste trabalho se faz ao PL 3741 é apenas para evidenciar a clara intenção que sempre foi manifestada, ao longo de seu debate, de que a lei que se pretendia introduzir versava, apenas e tão somente, sobre padrões contábeis e que suas inovações, em matéria contábil-societária, se fariam sem quaisquer reflexos fiscais e regulatórios. De fato, quando da passagem do projeto pelas diversas comissões congressuais, ficou expresso que a lei tratava apenas das disposições afetas a normativos contábeis genéricos, aplicáveis a todas às sociedades anônimas, sem a criação de ônus para o poder público ou para os particulares'. (BIFANO, Elidie Palma. Aspectos contábeis da lei 11.638/07: reflexos legais. In: ROCHA, Sérgio André. **Direito tributário, societário e a reforma da lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2008).

³⁴ “Art. 177. § 7º. Aos lançamentos de ajuste efetuados exclusivamente para harmonização de normas contábeis, nos termos do § 2º deste artigo, e as demonstrações e apurações com eles elaboradas não poderão ser base de incidência de impostos e contribuições nem ter quaisquer outros efeitos tributários”.

³⁵ “Solução de Consulta 75, de 27 de maio de 2008. Assunto: Imposto Sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. Ementa: doações feitas pelo poder público. Computo no lucro real. A partir de 1º de janeiro de 2008, as doações feitas pelo Poder Público obrigatoriamente serão registradas pelas pessoas jurídicas donatárias como receitas do período a que competirem, não havendo previsão legal para sua exclusão do lucro líquido para efeito de apuração do lucro real. Dispositivos legais: Lei 6404/76, arts. 182, § 1º, e 195-A; lei 11.638/07, arts. 1º, 2º e 10; decreto-lei 1.598/77, arts. 38, § 2º, e 67, inciso XI. Decreto 3.000/99, arts. 443 e 274, § 1º”. Superintendência da Receita Federal da 10ª Região Fiscal em Porto Alegre.

³⁶ “Art. 15. Fica instituído o Regime Tributário de Transição – RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela lei 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos artigos 37 e 38 desta lei”.

Da mesma forma, a Lei nº 11.638/07 permitiu que a CVM, o BACEN e demais Órgãos e Agências Reguladoras do Governo celebrem convênios com entidades que tenham por objetivo o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, de maneira que tais organismos, órgãos e agências possam adotar, total ou parcialmente, os pronunciamentos emitidos pelas entidades conveniadas. Como consequência, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), criado pela Resolução CFC nº 1055/05, já editou alguns de seus pronunciamentos em conformidade com a lei.

E como os subsistemas contábil e jurídico estão cognitivamente abertos para um e outro, servindo assim de ambiente entre si para fornecimento de discursos próprios para operação de fechamento de cada um dos sistemas, é natural a tendência de um sistema causar irritações no outro, e, por tal razão, é que exatamente a lei 11.638/77 procurou evitar tais distúrbios a partir da tentativa de resgatar o papel da Ciência Contábil.

Nesse sentido, a edição da Medida Provisória nº 627, de 2013, convertida na Lei 12.973, de 2014, reforça essa tentativa de evitar a irritabilidade de um sistema no outro, procurando manter intacta a integridade operativa de ambos, tendo em vista que um dos objetivos da Lei 12.973/14, fruto da conversão da Medida Provisória nº 627, é parametrizar a legislação tributária com as regras societárias e contábeis, com a extinção do RTT e estabelecer novas formas de apuração do IRPJ e da CSLL a partir de ajustes no LALUR.

Isso não quer dizer que a própria Medida Provisória não vá sofrer alterações ou até mesmo venha a ser aprovada porque, a despeito de sua notável intenção de consolidar a integridade dos sistemas, evitando a contaminação por irritabilidade, isso não significa que não contenha impropriedades técnicas que por assim dizer precisem ser corrigidas.

No caso do ágio, houve clara tentativa da Medida Provisória em aproximá-lo dos padrões contábeis, como se observa pela exposição de motivos:

As novas regras contábeis trouxeram grandes alterações na contabilização das participações societárias avaliadas pelo valor do patrimônio líquido. Dentre as inovações introduzidas destacam-se a alteração quanto à avaliação e ao tratamento contábil do novo ágio por expectativa de rentabilidade futura, também conhecida como **goodwill**. O art. 21 estabelece prazos e condições para a dedução do novo ágio por rentabilidade futura (**goodwill**) na hipótese de a empresa absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detinha participação societária adquirida com **goodwill**, apurado segundo o disposto no inciso III do art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Esclarece

que a dedutibilidade do **goodwill** só é admitida nos casos em que a aquisição ocorrer entre empresas independentes.

Pela ótica da teoria dos sistemas, o que se vê é que a Lei 12.973/14, dentro do subsistema tributário, captou um fenômeno no entorno da contabilidade e a partir de sua operação de fechamento autopoiético efetivou um processo decisório sobre o tratamento do ágio. Nessa linha, o discurso comunicativo da teoria dos sistemas sociais funcionou bem, muito embora esse processo tenha sido falho, na medida em que ocorreu apenas uma mera encampação, como se o modelo operativo do fechamento tivesse funcionado inadequadamente, ou simplesmente falhado.

1.5 O Método de Equivalência Patrimonial (MEP)

Instituto bastante relacionado com o ágio é o Método da Equivalência Patrimonial, ou simplesmente MEP³⁷.

Equivalência patrimonial e ágio teriam o mesmo fundamento, a busca pela neutralidade. Como não são tributados os resultados obtidos pela investidora no regime da equivalência patrimonial, a indedutibilidade do ágio da base de cálculo do imposto de renda também não seria possível. Isso porque o ágio gerado seria a despesa correspondente ao resultado de equivalência patrimonial³⁸.

Com a criação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, este passou a editar seus procedimentos técnicos, inclusive no que tange aos critérios de classificação da realização de investimentos no capital de sociedades de modo a definir o modelo adequado de contabilização a partir da essência do relacionamento entre a sociedade investidora e a sociedade investida.

³⁷ "EQUITY METHOD means of accounting used by an investor who owns between 20% and 50% of the voting common stock of a company. It can also be used instead of the market value method when the investor owns less than 20% of the company but has significant influence over the investee. Further, it is employed instead of consolidation, even though more than 50% IS owned, when one of the negating factor for consolidation exists (e.g., parent and subsidiary are not economically compatible, parent is not in actual control of subsidiary, parent has sold or contracted to sell subsidiary shortly after year-end). Under the equity method, the investor recognizes the percentage interest in the profit of the company by debiting investment and investee and crediting equity in earnings of investee. Dividends received by the investor are debited to cash and credited to the investment in the investee account. Permanent declines in the market price of the investee are recognized by debiting loss and crediting investment in investee. However, temporary declines in market price are not reflected in the accounts. (SIEGEL, Joel G.; SHIM, Jae K. **Dictionary of accounting terms**. USA: Barron's. 2000).

³⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 53.

Nesse contexto, o relacionamento da investidora e da investida, segundo os pronunciamentos técnicos do CPC, na essência será classificado como (i) de pouca ou nenhuma influência; (ii) de influência significativa; (iii) de controle conjunto ou (iv) de controle.

Na primeira hipótese, não existe uma relação específica entre as sociedades, sendo o foco da investidora a busca pela valorização de um ativo, o que implica o reconhecimento de ativo financeiro regulado pelas regras do CPC 38.

Em se tratando de relações de controle compartilhado o CPC 19 determina a aplicação das regras da consolidação proporcional, fixando a avaliação pelo Método de Equivalência patrimonial nos balanços individuais. Já no controle sobre a investida, após a efetivação do reconhecimento e mensuração do controle pelas regras do CPC 15 (combinação de negócios), aplica-se o CPC 36 efetuando-se a consolidação integral das demonstrações financeiras, reservando-se da mesma forma a metodologia do MEP para os balanços individuais.

Por fim, tratando-se de influência significativa (sem exercício de controle), o CPC 18 reconhece que a investida é uma coligada da investidora, ocasião em que o investimento é avaliado segundo o método de equivalência patrimonial.

Segundo o CPC 18, MEP “é o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e posteriormente ajustado pelo reconhecimento da parte do investidor nas alterações dos ativos líquidos da investida”.

A peculiaridade do MEP é que a sua utilização acompanha o fato econômico da geração do resultado, não aguardando a formalidade de distribuição desse resultado, que é a essência do método de custo. É que o MEP faz com que a investidora reconheça o resultado no momento em que ele é gerado na investida³⁹.

O fundamento do Método da Equivalência Patrimonial é baseado no fato de que o resultado e quaisquer variações patrimoniais de uma controlada ou coligada devem ser reconhecidos (contabilizados) no momento de sua geração, independentemente de serem ou não distribuídos.

³⁹ Imagine-se uma investida que tenha lucros não distribuídos que faça com que seu patrimônio líquido dobre em 5 anos. Se avaliado pelo custo, metade de seu patrimônio líquido não estará sendo reconhecido pela investidora. Só reconhecerá essa parte relativa aos lucros não distribuídos se eles forem distribuídos um dia, ou então quando vender esse investimento (IUDÍCIBUS, Sérgio de et al. **Manual de contabilidade societária**. São Paulo: Atlas, 2010).

Com a edição da Lei nº 11.638/07, o critério da influência passou a definir as hipóteses em que o MEP deverá ser usado, ao contrário da redação original do Artigo 248, da Lei nº 6.404/76, que determinava a aplicação do MEP segundo o critério da relevância.

Pelo critério da influência a aplicação do MEP será exigida para os investimentos: (a) em coligadas sobre cuja administração tenha influencia significativa, ou de que participe com 20% ou mais do capital votante; (b) em controladas; e (c) em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum.

Essa influência na administração pode ser exercida de diversas formas, a exemplo da disposição na Instrução CVM 247/96:

1. A investidora participa nas deliberações sociais da coligada, inclusive existindo administradores comuns;
2. A investidora tem poder de eleger ou destituir um ou mais administradores da coligada;
3. A coligada possui significativa dependência econômico-financeira da investidora;
4. A investidora recebe permanentemente informações contábeis detalhadas, bem como planos de investimento da coligada;
5. A coligada possui uso comum de recursos materiais, tecnológicos ou humanos da investidora.

Outro aspecto interessante diz respeito ao conflito surgido entre esse novo padrão contábil e a regra tributária contida no Artigo 384, do Regulamento do Imposto de Renda - RIR. O Artigo em causa é consoante com a redação original da Lei nº 6.404/76, de sorte que o MEP não se aplica a investimentos em sociedades pertencentes a um mesmo grupo, ou se estiverem sob controle comum, que tais sociedades não sejam em controladas ou coligadas com influência administrativa ou societária. Essa situação pode levar, em tese, à obrigatoriedade da reavaliação espontânea⁴⁰.

⁴⁰

Por força do art. 438 do RIR/99, deverá ser computado na determinação do lucro real o valor resultante de reavaliação de participação societária avaliada pelo valor de patrimônio líquido, ainda que a contrapartida seja contabilizada como reserva no patrimônio líquido. Aqui há, mais uma vez, tributação incidente sobre ganho apenas potencial, em afronta ao CTN (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. São Paulo: Atlas, 2010).

Pelas regras do MEP qualquer alteração patrimonial na controlada (ou investida) deverá ter reflexo na controladora (ou investidora). Assim, se houver aumento no patrimônio líquido da investida, esse aumento deverá ser espelhado no balanço patrimonial da investidora⁴¹.

Assim, se uma sociedade B detiver um investimento de R\$250.000,00 em uma Sociedade C, equivalentes a 15% do capital C capaz de garantir a B uma influencia significativa nas decisões de C, o método da equivalência patrimonial será aplicado.

Sociedade Controlada	Lucro Líquido Apurado	Participação no Capital Social	Equivalência Patrimonial	Valor Contábil Inicial	Valor Contábil Final
C	R\$100.000,00	15%	R\$15.000,00	R\$250.000,00	R\$265.000,00

Esse aumento no patrimônio da investidora deveria ser objeto de tributação em ambas as empresas, mas por se tratar de uma mesma realidade econômica, a legislação do Imposto de Renda⁴² reconhece que não deve haver incidência de

⁴¹ “Urge preliminarmente destacar, que inobstante o procedimento contábil adotado, destaque-se que para a Contabilidade, os registros contábeis em conjunto devem refletir a essência e a realidade econômica, tal como se destaca da análise da estrutura conceitual da contabilidade que enfatiza a primazia da essência sobre a forma. A equivalência patrimonial não é mais do que uma forma de atualização contínua do valor do investimento, que consiste na avaliação na empresa investidora, dos investimentos pelas variações do patrimônio líquido da empresa investida, mediante reconhecimento direto das variações apuradas, lucros, perdas ou prejuízos, para os fins de determinação do aumento ou da redução do valor investido. Entrementes, a equivalência patrimonial presta-se para a determinação do capital aplicado que pertence ao seu titular e suas variações patrimoniais no período, pois há de levar em conta: (i) o patrimônio líquido atual da controlada ou coligada; (ii) o custo de aquisição da participação societária e (iii) o valor do investimento, com os reflexos do resultado da controlada ou coligada. (...) De modo resumido, a equivalência patrimonial tem a função de atualizar os investimentos relevantes em empresas controladas ou coligadas conforme os resultados forem sendo apurados nestas entidades, independentemente da distribuição dos lucros apurados. E para investimentos que não se qualificarem como relevantes, emprega-se o método de custo de aquisição (art. 183, III, da Lei 6.404/76). O método de equivalência patrimonial deve refletir sempre a essência econômica, o verdadeiro valor do investimento da controladora, com os ajustes inerentes ao lucro ou prejuízo obtido e seus efeitos fiscais, o que se depreende da interpretação sistemática da legislação fiscal, compreendida à luz dos conceitos contábeis”. Trecho do voto proferido pelo Conselheiro Antonio Lopes Martinez, nos autos do processo 12448.736150/2011, 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara do CARF. Julgado em 16.04.2013.

⁴² “Art. 389. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 388 por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro. Art. 428. Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda de capital por variação na percentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada”.

tributação no resultado de equivalência patrimonial, se o resultado que deu origem ao reconhecimento pela investidora já tiver sido tributado na investida. Segundo Schoueri⁴³, essa não tributação é amparada no princípio da capacidade contributiva.

Importante deixar evidenciado, entretanto, que o princípio da capacidade contributiva fundamenta a absoluta intributabilidade do resultado de equivalência patrimonial, o que equivale a dizer que a previsão legislativa não possui o condão de conceder uma isenção, pois, na realidade, o princípio da capacidade contributiva irradia-se no método de equivalência patrimonial para impedir a própria incidência tributária, equivalendo na prática a uma não-incidência tributária.

Isso significa dizer que o resultado contábil gerado pela aplicação do método não possui, por força do princípio da capacidade contributiva, condições de alterar o fato jurídico tributário⁴⁴.

Além do mais, segundo as lições de Schoueri⁴⁵, não há que se falar em soma dos patrimônios da controladora e da controlada, pois na realidade o patrimônio é único, pertencente ao grupo.

A equivalência patrimonial foi introduzida no Brasil pelo artigo 248 da Lei 6.404/76, inspirado pela prática e aplicação em outros países, como Estados Unidos e Inglaterra.

⁴³ “A intributabilidade dos ganhos de equivalência patrimonial sustenta-se no princípio da capacidade contributiva” (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 53).

⁴⁴ Existe alguma confusão na doutrina sobre a natureza jurídica do resultado de equivalência patrimonial, que deve ser reconhecido na contabilidade pelas pessoas jurídicas que detêm investimentos relevantes em sociedades coligadas ou controladas. Esse resultado afeta a apuração do lucro contábil do exercício, mas é neutro de efeitos fiscais – especificamente para o cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica – em função de norma específica sobre o assunto, qual seja, o artigo 389 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999. Ocorre que a existência de norma legal nesse sentido tem encoberto a verdadeira natureza jurídica do resultado de avaliação de investimentos relevantes, como se essa norma estivesse concedendo uma isenção tributária, que pudesse ser revogada a qualquer tempo por legislação ordinária superveniente. Sustento que o resultado de equivalência patrimonial não pode ser objeto de incidência do imposto de renda da pessoa jurídica, caracterizando da verdade hipótese de não-incidência e não de isenção. A norma que determina a sua não-tributação tem, portanto, natureza meramente didática, não criando direito mas simplesmente reconhecendo a sua existência (BIANCO, João Francisco. Natureza jurídica do resultado de avaliação do investimento relevante por equivalência patrimonial. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 20, 2006. p. 92).

⁴⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 50.

Naqueles países, a equivalência patrimonial foi um conceito desenvolvido a partir da consolidação de balanços. Por meio dessa técnica, duas entidades (controladora e controlada) com personalidades jurídicas distintas formam uma entidade única pelo prisma econômico ⁴⁶, pois a despeito de emitir suas demonstrações individualizadas a sociedade controladora efetua um demonstrativo unindo seus ativos e passivos com os ativos e passivos da sociedade controlada.

Entretanto, como esse mecanismo aplicava-se somente a sociedades controladas, ficavam de fora sociedades em que ocorresse investimento significativo, fonte de influência significativa. Nesse sentido, como ensina Modesto Carvalhosa (2009),

surgiu daí a ideia de se trazer para as demonstrações consolidadas, não os ativos e passivos dessas coligadas sobre as quais se tem influência, nem suas receitas e despesas, já que sobre eles a investidora não possui controle, mas a parte proporcional que a investidora tem sobre seus resultados líquidos (lucros e perdas)⁴⁷.

Nesse caso, mediante ajuste no ativo da investidora e contrapartida no resultado, passou-se a incorporar ao patrimônio e resultado dessa investidora a proporção de sua parcela no resultado financeiro da investida.

Antes da introdução da equivalência patrimonial qualquer investimento era registrado pelo custo original. A consequência desse fato é que os lucros decorrentes de investimentos eram registrados somente a partir do efetivo recebimento das quantias distribuídas pelas sociedades investidas. Resultados não distribuídos não eram registrados pela investidora. Os prejuízos, por outro lado, eram registrados como provisões para perdas, que somente eram constituídas quando a investidora efetivamente reconhecesse que os investimentos não poderiam ser recuperados.

Sob a ótica tributária, a grande característica do método da equivalência patrimonial é a sua neutralidade fiscal, diante da ausência de tributação, do

⁴⁶

Assim, quando a controladora A possui investimento na controlada B e produzir, além de suas próprias financeiras, as demonstrações consolidadas de A e B, dará lugar a peças contábeis de uma entidade que juridicamente não existe, mas que, economicamente, representa um conjunto patrimonial (e suas mutações) sob controle comum (CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. t. 2. p. 48).

⁴⁷ Ibidem. p. 50.

reconhecimento pela investidora das variações positivas no patrimônio líquido da investida.

E essa intributabilidade possui fundamento no princípio da capacidade contributiva, que veda esquemas de tributação baseados em mera captação de riqueza. Isso porque tendo sido o lucro da investida gravado pela tributação a partir da apuração de seu resultado e tendo em vista que o patrimônio da investidora e investida é único, a tributação do reflexo da equivalência patrimonial na investidora configuraria *bis in idem*.

2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO E INTERPRETAÇÃO

2.1 Interpretação

Tendo o ágio íntima e profunda conexão com o planejamento tributário, podendo-se até mesmo afirmar que muitas transações são levadas adiante por conta da possibilidade de obtenção de ganhos tributários (incluindo-se, aí, o ágio), é pertinente uma abordagem sobre o tema do planejamento tributário, seus fundamentos, limites, além da análise de alguns julgados do CARF envolvendo a temática do ágio gerado em hipóteses de planejamento tributário.

Hermenêutica, dizem os dicionários, é a arte de interpretar o sentido das palavras e o termo está intimamente associado à figura mitológica de Hermes⁴⁸, o mensageiro dos deuses, a quem os gregos atribuíram o título de criador da linguagem e da escrita, sendo por isso considerado patrono da comunicação, do entendimento humano e da própria hermenêutica.

Até o início do século XIX, não havia princípios básicos que norteassem a aplicação da hermenêutica. Em um sentido mais técnico, a hermenêutica somente ingressou no círculo filosófico a partir da proposta de Friedrich Schleiermacher (1768-1834)⁴⁹, que defendeu uma hermenêutica geral como teoria da compreensão:

⁴⁸ “Hermes: O mensageiro dos deuses, filho de Zeus e Maia, mais nova das Plêiades. Ao nascer, de forma precoce, rouba o rebanho de Apolo. No entanto, Hermes inventa a lira, com o casco de uma tartaruga e suas tripas. Quando Apolo descobre o roubo, acaba se encantando pela lira e a troca pelos bois. Hermes também inventa a flauta e a troca com Apolo pelo caduceu e pelos dons da adivinhação. Hermes torna-se, assim, o intermediário dos deuses com Hades e Perséfone, já que ele conduz, com o caduceu, as almas para o Hades”. (HOMERO. *Ilíada*. Rio de Janeiro: Ediouro. 2001). “A grande tarefa de Hermes, no entanto, consistia em ser o intérprete da vontade dos deuses. Após dilúvio, foi o portador da palavra divina a Deucalião, para anunciar que Zeus estava pronto a conceder-lhe a satisfação de um desejo. (...) Levou ao Monte Ida, na Frígia, as três deusas, Hera, Atená e Afrodite, para que o pastor Páris fosse o árbitro na magna querela provocada por Éris, acerca da mais bela das imortais. Por ordem expressa de Zeus cumpriu a ingrata missão de levar a Prometeu, aguilhoa-o a uma penedia, o ultimatum, para que revelasse o grande segredo que tanto preocupava o pai dos deuses e dos homens” (BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. Rio de Janeiro: Vozes. 1998. v. 2). “Hermes es, simplemente, el intérprete de la voluntad divina”. (GRIMAL, Pierre. **Diccionario de mitología griega y romana**. Barcelona: Paidós, 1982).

⁴⁹

Através da recusa aos exageros figurais e da insistência no significado literal e histórico dos textos, assim como através da polêmica racionalista, a doutrina da interpretação estava pronta para passar do campo restrito da exegese bíblica para qualquer tipo de texto: é esse o sentido do desenvolvimento que a hermenêutica sofre no século XVIII, graças primeiramente a J. M. Chladenius (*Einleitung zur richtigen Auslegung vernünftiger Reden und Schriftne*, 1742) e, sobretudo, a F. D. Schleiermacher (*Ermeneutica*). Interpretação vem assim a significar a

onde houvesse linguagem existiriam princípios hermenêuticos destinados à compreensão e à interpretação de manifestações das ciências humanas.

Com Wilhem Dilthey (1833-1911)⁵⁰, o processo hermenêutico tornou-se a metodologia das ciências humanas, tendo sido ele o primeiro filósofo a formular a dualidade das ciências do espírito e da natureza ao afirmar que estas são explicadas e aquelas compreendidas.

No campo jurídico, Karl Larenz (1903-1993) decompôs, em sua Metodologia da Ciência do Direito, as três Escolas Clássicas do pensamento jurídico e os seus respectivos impactos na interpretação do Direito: a Jurisprudência dos Conceitos, a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores.

Essas escolas surgiram para explicar a forma como o Direito é estruturado, pensado e como deve ser aplicado, com seus consequentes métodos de interpretação destinados a eliminar as antinomias e os aparentes conflitos da ordem jurídica. Surgiram todas em decorrência da nova concepção do Direito formada com a ruptura causada pela Revolução Francesa, que promoveu uma profunda modificação na forma de pensar e interpretar as leis.

Superada a Segunda Grande Guerra, e com a imperiosa necessidade de se evitar a devastação por ela produzida, as Nações Europeias viram-se obrigadas a fortalecer os mecanismos de proteção dos direitos das minorias, por meio da introdução, nos textos constitucionais, de normas de caráter ético e moral, além da

compreensão de qualquer texto cujo sentido não seja imediatamente claro, do qual estejamos separados por alguma distancia linguística, histórica, psicológica (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

⁵⁰ “Na linha inaugurada por Schleiermacher e Dilthey situa-se grande parte das teorias da interpretação elaboradas no século XX: elas ressaltam um ou outro dos elementos que se acumularam na noção ao longo da história (essencialmente: as referências à linguagem, à historicidade, ao desvendamento de sentidos obscuros e misteriosos, ‘o saber mais que próprio autor’ etc.). (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

The emancipation of the individual sciences began at the end of the Middle Ages, even though for a long time – indeed, far into the last century – the study of society and history remained in the old bondage to metaphysics. But the growing power of science led to a new bondage which was no less oppressive than the old. It was the historical school – using the term in its broadest sense – which brought about the emancipation of historical consciousness and historical scholarship. At the time when, in France the system of social ideal (which in the seventeenth and eighteenth centuries had produced natural law, natural religion, abstract, political theory and abstract economics) produced the Revolution and when the armies of this revolution occupied and destroyed the ramshackle, 1,000-year-old, edifice of the German Empire a new view developed in our country (DILTHEY, Wilhem. An Introduction to the Human Studies. In: RICKMAN, H.P. (Ed.). **Dilthey’s selected writings**. Cambridge. London, 1976).

estruturação e fortalecimento de um órgão de cúpula com missão de proteger esses direitos. Nesse contexto, a hermenêutica constitucional foi largamente aplicada.

A influência das três citadas escolas de pensamento, assim como a da nova hermenêutica constitucional, estendeu-se também ao campo tributário, considerando que o Estado necessita levantar recursos para poder entregar as prestações sociais que lhe são atribuídas pelos modernos catálogos constitucionais.

Nesse sentido, é comum que os Estados procurem maximizar as arrecadações tributárias, pois o financiamento dos Estados Modernos ocorre basicamente pela captura de uma parcela da riqueza produzida por seus cidadãos.

Por outro lado, considerando que ninguém é obrigado a pagar maior tributo do que o devido, o contribuinte possui, assim, liberdade para programar seus negócios e atividades de modo a ser impactado por menor carga fiscal.

Todavia, o exercício desse direito encontra limites, tendo em vista que o contribuinte deve pautar seu comportamento de forma a não abusar da forma como planeja suas atividades destinadas a gerar menor impacto fiscal. Isso porque, num Estado Democrático de Direito, o Estado necessita de recursos para entregar as prestações sociais que lhe são atribuídas, o que pressupõe uma distribuição justa dos encargos e prestações pecuniárias a cargo dos contribuintes.

Uma característica marcante da chamada sociedade pós-moderna, ou sociedade de risco, é que a desoneração tributária de determinado grupo necessariamente terá o efeito de transferir o ônus para outro grupo, às vezes com menor capacidade contributiva, que acaba sendo injustamente impactado pelo encargo fiscal. É o fenômeno da ambivalência da lei fiscal, muito bem captado por Ricardo Lodi Ribeiro⁵¹, pela qual uma medida positiva para determinados contribuintes pode gerar efeitos colaterais que afetam o direito de outros.

⁵¹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte**: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54:

Por outro lado, como o peso dos tributos tem uma imensa significação no preço dos bens e serviços oferecidos na economia, o afastamento do pagamento de uma exação em relação a um integrante de determinado setor econômico, seja por meio de planejamento fiscal, de decisão judicial, ou da simples sonegação, terá como consequência a redução significativa do seu preço em detrimento dos seus concorrentes, que certamente perderão parcelas significativas de mercado ou até mesmo desaparecerão. Essas situações bastante corriqueiras em nossa realidade mostram que o interesse de um contribuinte passa a ser distinto do interesse do outro, cabendo ao Estado arrecadar de todos eles, pela forma definida em lei, o que pressupõe uma representação de consenso entre os mais variados

Assim, num Estado Democrático de Direito, tais efeitos da lei podem gerar abusos no planejamento tributário, uma vez que tendem a fomentar desequilíbrios à distribuição dos encargos de financiamento do Estado, criando situações de injustiça para o contribuinte.

Diante de tais perspectivas, portanto, o objetivo deste capítulo será o de demonstrar que a correta interpretação das leis é uma das principais formas de se combater o planejamento tributário abusivo.

2.2 Constitucionalismo, Pós-Positivismo e Interpretação Constitucional

Constitucionalismo é o movimento social, político e jurídico a partir do qual emergem as constituições nacionais. É fruto dos poderes revolucionários da França e dos Estados Unidos da América e se caracteriza pela limitação do poder e pela soberania da lei. Embora o termo remeta à existência de uma constituição escrita, isso não é necessariamente verdadeiro, como adverte Luís Roberto Barroso, citando o exemplo da Grã-Bretanha⁵².

O racional do constitucionalismo é conter os abusos do poder pela criação de mecanismos de limitação desse mesmo poder⁵³. Assim é que, inicialmente, as maiores preocupações do movimento foram marcadas pela necessidade de repartição e limitação do poder e, principalmente, pela proteção dos direitos individuais.

segmentos sociais e econômicos. (...) Na verdade, a lei fiscal apresenta uma natural ambivalência encontrada nos efeitos colaterais que uma medida positiva para determinados contribuintes representará ao direito de outros. (Grifado).

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

⁵³ Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que não sempre de ser preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (*checks and balances*). Por fim, há as limitações processuais: os órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, intelegibilidade). N maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público". (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009).

A passagem do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo marca o surgimento do Constitucionalismo Contemporâneo em que a busca pela sedimentação da democracia se intensifica, como fundamento e razão para a existência dos valores do Estado Democrático de Direito, nas precisas palavras de Luís Roberto Barroso.

Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado Democrático de Direito: quem decide (fonte do poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos do poder)⁵⁴.

Uma das características do Estado Democrático de Direito é o pós-positivismo, marcado pela reaproximação entre a moral e o direito no imperativo categórico⁵⁵, por meio do reconhecimento de valor aos princípios jurídicos incorporados à arquitetura constitucional, dos quais são exemplos os princípios da dignidade humana e da razoabilidade, estes como parâmetros ou testes de validade de leis e atos dos poderes públicos⁵⁶.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

⁵⁵ “Em contraposição a isso, o argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral. Isso condiz com a afirmação do Tribunal Constitucional Federal na decisão sobre a formação do direito mencionada no início: ‘O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto aos estatutos positivos do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excelência de direito (BVerfGE, 34, 269 (287))’. A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são ‘mandamentos de otimização’. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. O caminho que conduz dessa distinção teórico-normativa a uma conexão necessária entre direito e moral passa por três teses, que devem ser designadas como ‘tese da incorporação’, ‘tese da moral’ e ‘tese da correção’. (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito (begriff und geltung des rechts)**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 85).

⁵⁶

A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (...) O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. (...) A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir

Diante dessa concepção trazida pelo Estado Democrático de Direito, marcada por nova forma de pensar e de aplicar o Direito, sobretudo pelo reflexo do pós-positivismo nas normas constitucionais, com forte presença dos princípios constitucionais, é natural que a própria forma de aplicação desses princípios aos casos concretos exija maior esforço hermenêutico por parte do intérprete, que precisa justificar os critérios de suas opções.

Nesse cenário, a interpretação passa a desempenhar importante papel, tendo em vista que, em muitos casos, a solução dada a um caso específico pode ser alcançada pela aplicação de dois princípios de idêntica envergadura, o que envolve a busca, na hipótese específica, pelo princípio capaz de dar a maior concretude possível ao direito em debate (geralmente um direito fundamental), o que se faz pelo uso das técnicas interpretativas.

A interpretação de normas constitucionais não se distancia da interpretação das normas jurídicas em geral, não sendo, portanto, o caso de se abrir mão das técnicas tradicionais de aplicação do direito, mas apenas uma forma complementar de se aplicar o direito nos casos difíceis, pois as técnicas tradicionais não são capazes de solucionar os casos difíceis surgidos em razão da maior complexidade da sociedade contemporânea⁵⁷.

além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. (...) O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o plano jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247-250).

57

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão. (...) Outro conceito relevante, especialmente, no âmbito de interpretação constitucional, é o de construção. Por sua natureza, uma constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar

2.3 Estado Fiscal - Dever de Pagar Tributos e o Direito ao Planejamento Tributário

José Casalta Nabais (1998) defende a ideia de que o tributo representa um dever fundamental, pois integra a constituição do indivíduo. É que

o imposto não pode ser encarado, nem como mero poder para o Estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado⁵⁸

O Estado, para cumprir suas tarefas de promoção dos interesses públicos, necessita naturalmente de recursos e esse recursos são extraídos da cobrança de tributos. É certo que a tributação não representa um fim em si mesmo, vale dizer, não é objetivo primário do Estado, mas um meio para que este cumpra suas funções de Estado de Direito e Estado de Direito Social pautado no equilíbrio entre seu suporte financeiro (Estado Fiscal) e suas tarefas de promoção das necessidades coletivas dos cidadãos.

Esse direito fundamental de pagar tributos é destinado, porém, àqueles fiscalmente capazes, que devem contribuir na medida de suas respectivas capacidades contributivas, pois os impostos constituem o preço da manutenção da liberdade, ou melhor, o preço inerente a uma sociedade civilizada.

situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas. (...) Nada obstante isso, a interpretação constitucional compreende um conjunto amplo de particularidades, que a singularizam no universo da interpretação jurídica. Assinale-se, logo de início, que o direito constitucional envolve um empreendimento complexo: o de levar o Direito às relações políticas, disciplinando a partilha e o exercício do poder, bem como impondo o respeito aos direitos da cidadania. Não é banal a missão de levar legalidade, justiça e segurança jurídica para um ambiente marcado pelo uso potencial da força, pelo exercício de competências discricionárias e por vínculos diretos com soberania popular (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269-271).

⁵⁸ CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 185.

Assim é que boa parte dos Estados modernos civilizados se organizam em regime de Estado Fiscal, no sentido de que suas necessidades sejam satisfeitas por meio de impostos incidentes sobre a captura de parcela da riqueza econômica produzida pela sociedade civil.

Em contraposição ao Estado Fiscal, encontram-se: de um lado, o Estado Não-Fiscal, marcado pela geração de receitas oriundas (i) da exploração do seu próprio patrimônio (Estados Absolutistas); (ii) da exploração de atividades econômicas (Estados Socialistas); ou (iii) da exploração de matérias-primas (petróleo, ouro etc.); e de outro lado, o Estado Tributário, marcado não pelo assentamento em tributos unilaterais, mas sim nos tributos bilaterais (taxas e contribuições especiais).

O certo, porém, é que o Estado Fiscal é tanto o Estado Fiscal Liberal quanto o Estado Fiscal Social e o desafio é justamente buscar uma tributação que seja estritamente necessária para manter o funcionamento global da sociedade.

Importante, nesse ponto, como diz Casalta Nabais (1998), é que o Estado deve confiar na regra de autorresponsabilidade dos cidadãos quanto à satisfação de suas necessidades (autossatisfação), de sorte que o Estado tenha uma configuração subsidiária, evitando o paternalismo desmedido.

Permitir o alargamento do Estado pode levar à metamorfose de um Estado Fiscal em um Estado Patrimonial, e conseqüentemente a uma “socialização a frio”. O antídoto é a constitucionalização do Estado Fiscal de maneira a evitar que a tributação

se converta no ‘cavalo de Tróia’ do socialismo no estado de direito burguês, ou seja, que através do aumento quantitativo dos impostos se dê uma mutação qualitativa, que ponha termo ao Estado Fiscal e instaure um estado de caráter patrimonial ou proprietário⁵⁹.

O Estado Fiscal pressupõe a separação entre Estado e Sociedade, embora não seja uma separação total e absoluta (i.e. não é uma oposição total como ocorria no Estado Liberal clássico), mas que o Estado se preocupe precipuamente com a política e a Sociedade, fundamentalmente, com a economia.

Não se trata de uma separação estanque, mas que exista uma zona de interseção minoritária entre Estado e Sociedade, caracterizada por intervenções e

⁵⁹ CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 194-195.

ações pontuais na economia, absolutamente normais e necessárias para manter o equilíbrio e a autopreservação global da economia.

A pressuposta separação do Estado Fiscal entre Estado e Economia objetiva a que esta transfira parcelas de sua produção para a sustentação daquele. Essa separação vai permitir que ambos se pautem por critérios próprios ou autônomos. Orientando-se o Estado por critérios de promoção e satisfação de interesses da Sociedade e realização de justiça, há uma atuação inerentemente mais generalizada; ao contrário da Economia, que, orientada para a geração de lucros, acaba por se pautar e se organizar em sistema mais objetivo e em constante busca por produtividade.

Entretanto, a própria racionalidade (ou eficiência) do sistema econômico é limitada, já que não considera outros objetivos que não a própria geração de dinheiro. É fundamental, pois, a atuação do Estado para que outros interesses sejam tutelados, inclusive o controle e a correção do sistema econômico, de maneira que este não ponha em risco outros interesses (meio ambiente, direitos dos trabalhadores etc.).

Todavia, é de se ressaltar que o financiamento dos Estados contemporâneos ainda é fortemente marcado pelo regime de Estado Fiscal, na medida em que é muito difícil adjudicar a indivíduos certos bens e serviços entregues pelo Estado à sociedade (política externa, defesa etc.), sem falar em atividades que, embora adjudicáveis a indivíduos, acabam por determinação constitucional sendo financiadas por impostos e, portanto, apropriadas coletivamente (educação, saúde).

Sob a ótica do contribuinte, o Estado Fiscal significa a livre disponibilidade econômica dos indivíduos, o que implica que esse Estado tenha seu suporte: primeiro, no princípio da autorresponsabilidade ou primazia da satisfação privada das necessidades econômicas, ancoradas no respeito pelo Estado Fiscal dos direitos e liberdades de natureza econômica (propriedade, liberdade profissional e de trabalho etc.); e segundo, em uma base democrática mínima sobre a determinação do poder do Estado.

O princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos, ao dar sustentabilidade ao Estado Fiscal, apoia-se, por sua vez, em dois subprincípios, quais sejam: o de livre planejamento pelos contribuintes e o da participação democrática na formação da vontade da comunidade política do Estado.

No primeiro, reconhece-se ao contribuinte o direito de planejar a sua vida econômica de maneira a obter economia com o pagamento de impostos, desde que não cometa fraude à lei impositiva ou abusos na configuração jurídica do fato tributário da qual resultem situações de evasão fiscal.

Relativamente ao segundo, cujo objetivo é o de evitar abusos na conformação e atuação estatal, é preciso que se assegure (e se estimule) a participação dos indivíduos na formação política da comunidade estatal, sendo necessário para tanto a configuração e o funcionamento de um sistema democrático (delineado, inclusive, com mecanismos de plebiscito e referendo), e que se destine a oxigenar a definição da vontade da comunidade demarcando-se os papéis dos indivíduos na promoção dos projetos privados e da atuação estatal na satisfação das necessidades coletivas.

A ideia de Estado Fiscal, consoante Ricardo Lobo Torres, coincide com a de liberdade, pois só o Estado que cultiva a igualdade e a legalidade - no qual o poder tributário já nasce limitado pela liberdade, e que, ao mesmo tempo, necessita de recursos provenientes da economia privada, mais abundantes que os da polis e das comunidades medievais - é que se pode classificar como Estado Fiscal. A fiscalidade, por conseguinte, é fenômeno que historicamente coincide com a formação dos Estados Nacionais, do Estado Federal, da Democracia Liberal ou do Estado Constitucional⁶⁰.

O que caracteriza o Estado Fiscal é a sua sustentação em empréstimos autorizados e garantidos pelo Legislativo e especialmente nos impostos derivados das riquezas geradas pelo trabalho e patrimônio dos indivíduos, cindindo-se assim, completamente, do patrimônio das monarquias absolutistas.

O Estado Fiscal contribuiu para o desenvolvimento das iniciativas privadas, importando no crescimento do comércio, da indústria e dos serviços; todavia, por ser o preço a ser pago pela liberdade, foi preciso que fosse limitado para que não ameaçasse a própria liberdade, o que foi feito pelo constitucionalismo e pelas declarações de direitos.

O Estado Fiscal não se exaure no modelo clássico liberal, tendo se encaminhado para o modelo de Estado Social Fiscal e, posteriormente, para o Estado Democrático Fiscal.

⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2

O Estado Social Fiscal se caracteriza por ser o próprio estado de direito do liberalismo com contorno social. É o Estado que não se limita a proteger as liberdades individuais, mas que também entrega prestações positivas na área social segundo critérios de justiça.

O Estado Democrático Fiscal surge com a crise do Estado Social Fiscal que era indiferente ao aspecto financeiro. O traço do Estado Democrático Fiscal é a abertura para a proteção dos direitos fundamentais, mas efetivamente sensível ao critério financeiro, que passa então a ter um vetor constitucional.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, o liberalismo firmou-se no século XIX, na mesma ocasião em que ocorria a independência e a constituição do Estado Fiscal, por meio da incorporação de diversos ideais do Iluminismo⁶¹.

Segundo o mesmo autor, o Estado Fiscal abrange tanto o sistema tributário quanto os braços financeiro e orçamentário da denominada Constituição Financeira, tendo sido inaugurado com o Estado de Direito, sendo impossível procurá-lo antes da Modernidade.

O Estado Fiscal permitiu o grande progresso da humanidade a partir da abertura do comércio internacional e das indústrias nacionais, dando espaço ao crescimento da liberdade humana. Para garantir a liberdade, tornou-se necessário cobrar tributos a partir da captação das parcelas geradas pela propriedade privada; mas ao mesmo tempo, em nome da própria liberdade, tornou-se também necessário limitar o poder tributário de imposição como forma de garantir a sobrevivência da liberdade e da propriedade privada, o que se fez por meio das primeiras constituições modernas.

O Estado Fiscal enfrentou a sua primeira crise no início do Século XX, em razão de forte concorrência comercial entre os países europeus, principalmente na disputa pelos mercados consumidores. Essa concorrência gerou inúmeros conflitos de interesses, dando origem a uma corrida armamentista de proteção ou ataque que iria desencadear a Primeira Grande Guerra.

Como forma de superação da primeira crise do Estado Fiscal, surgiu o Estado Social Fiscal, de matriz keynesiana, preconizando maior intervenção na economia conjugada com uma crescente concessão de benefícios sociais.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2009),

⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

o Estado Social se caracteriza por ser o mesmo Estado de Direito do liberalismo voltado para o social. É o Estado que não se limita a proteger as liberdades individuais, mas que as protege e, simultaneamente, entrega prestações positivas orientadas pela ideia de justiça ou pela utilidade⁶².

A diferença entre Estado Fiscal e Estado Social Fiscal é uma diferença que apresenta contornos de agregação: o Estado Social Fiscal é o mesmo Estado Fiscal acrescido de aberturas para o social e para maior intervenção política e econômica do governo na vida privada. O Estado Social Fiscal tinha por objetivo, originalmente, tornar-se um Estado de Justiça Fiscal ou provedor material.

O Estado Fiscal enfrentou sua segunda crise com o advento das crises do petróleo, na década de 1970, que colocaram em xeque o Estado do bem-estar social (e conseqüentemente o Estado Social Fiscal), em virtude do insuportável endividamento público, da recessão econômica e dos orçamentos públicos deficitários.

A alternativa para a solução dessa segunda crise do Estado Fiscal é o modelo do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da formulação do Estado Democrático Fiscal, caracterizado por uma sensibilidade delimitada pelo social, porém, pela garantia de proteção aos direitos fundamentais, sem perder de vista a perspectiva das possibilidades financeiras.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2009), o

Princípio do Estado Democrático Fiscal aperfeiçoa e simplifica o Princípio do Estado Social Fiscal”, pois é o “próprio Estado Social Fiscal podado em seus excessos, que agora convive como princípio de subsidiariedade e substitui a simbiose entre Estado e Sociedade presente no Estado Intervencionista⁶³.

O Estado Democrático Fiscal não se caracteriza por ser unicamente um Estado de Impostos. É, antes, um Estado de Taxas e Contribuições sensivelmente aberto à tributação ambiental.

O Estado Fiscal é um Estado de Impostos por excelência, mas o Estado Democrático Fiscal é nitidamente aberto ao Estado de Taxas por questões de justiça. É que, em razão de as taxas serem cobradas pelo sistema de custo-benefício, fica mais fácil atribuir o pagamento da despesa pública àquele que

⁶² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1. p. 532.

⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1. p. 547.

provocou a atuação estatal. Da mesma forma, o Estado Democrático Fiscal também é um Estado de Contribuições porque o Estado Democrático de Direito exerce atividades nos campos da “extrafiscalidade” e da “parafiscalidade”. E do ponto de vista da justiça, prevalece a ideia de que o grupo beneficiário (ou provocador) da atuação estatal deve arcar com o financiamento da atividade estatal.

2.4 Planejamento Fiscal, Elisão, Evasão e Abuso Fiscal

Considerando que a imposição tributária representa diminuição no patrimônio do contribuinte, a natural tendência deste é buscar alternativas para escapar do ônus fiscal ou, ao menos, tentar reduzir esse impacto em seus negócios e atividades.

É certo, porém, que essa busca pela alternativa menos onerosa tenha limites. Todavia, não é tarefa fácil encontrar os limites dessa redução do ônus fiscal.

De um lado encontra-se a evasão, caracterizada pela total ilicitude do comportamento manifestado pelo contribuinte e que constitui, geralmente, comportamentos tipificados pela legislação penal. De outro lado, a elisão, que corresponde a um comportamento plenamente lícito de economia fiscal. Em uma área cinzenta entre os dois extremos encontra-se a elisão ilícita ou abusiva.

Na evasão, o contribuinte procura esconder ou retardar a ocorrência do fato gerador, geralmente confundindo-se esta situação com outras situações de sonegação, simulação e fraude contra a lei. Na elisão, o comportamento do contribuinte é orientado pela ausência da prática do fato gerador, por meio da prática de expedientes legítimos. A elisão abusiva surge exatamente na distorção do uso desses elementos lícitos por parte do contribuinte.

A doutrina clássica procura diferenciar evasão de elisão, pelo momento de ocorrência do fato gerador. Nessa linha, o expediente será lícito se praticado antes da ocorrência do fato gerador e ilícito se praticado após esse marco, sendo expoente desse pensamento Roberto Sampaio Doria, como observa Ricardo Lodi Ribeiro⁶⁴.

Entretanto, tal critério de diferenciação pelo aspecto temporal do fato gerador não é suficiente para identificar as situações limites; a zona cinzenta como acima

⁶⁴ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento fiscal: panorama sete anos depois da LC nº 104/01. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 159, p. 89-106, dez. 2008. p. 89.

apontado, é que geralmente configura as hipóteses de abuso no uso das ferramentas de um planejamento lícito.

Pois, é fato que a questão da elisão fiscal pode ser analisada, não apenas pelo critério de diferenciação acima mencionado, mas também pelas visões teóricas em torno da interpretação do direito tributário.

Nesse sentido, sob o prisma formalista, consectário de um positivismo conceptualista, fundado numa ampla autonomia da vontade, o planejamento tributário encontra poucos limites, sendo suficiente estar ancorado em instrumentos jurídicos válidos.

Ao revés, sob o ângulo do positivismo sociológico, amparado pela interpretação econômica, defende-se a ilicitude de qualquer modalidade de planejamento, sob o argumento de que qualquer planejamento tributário representaria um abuso da forma jurídica escolhida pelo contribuinte, diante da tentativa de mascarar a verdadeira essência econômica do ato praticado.

Já sob o prisma do pós-positivismo, o planejamento é aceito como forma legítima de economia do imposto, desde que não exista abuso de direito, pois somente a elisão abusiva é que torna o planejamento ilegal.

Assim é que a partir dos últimos anos surgiu, no exterior e no Brasil, a necessidade de buscar instrumentos destinados a combater o uso do planejamento fiscal abusivo, por meio da criação de mecanismos propícios à interpretação aberta a valores, à adoção de cláusulas antielisivas e pela flexibilização do sigilo bancário⁶⁵.

Nesse contexto, a elisão fiscal abusiva é combatida pelo uso da interpretação jurídica, com os influxos da abertura de valores da justiça e da igualdade - denotados pelos princípios da capacidade contributiva e da isonomia - e também por meio da instituição, pelo legislador, de presunções e ficções, além de cláusulas antielisivas, gerais e específicas, na legislação tributária.

Há autores⁶⁶ que preferem se referir à elisão abusiva pelo termo elusão, do italiano *ellusione*, diante da necessidade de demarcar a existência de uma figura entre a elisão e a evasão. Embora a distinção tenha o mérito de criar uma separação clara entre as hipóteses, o fato é que o uso do termo elusão não encontra muita

⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.

⁶⁶ Heleno Taveira Torres. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo. 2003. Revista dos Tribunais. Pág. 173.

receptividade entre os autores nacionais⁶⁷ e, também, pela jurisprudência do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais).

Uma importante forma de combate à elisão abusiva é a instituição, pelo legislador, das denominadas cláusulas gerais antielisivas, que constituem regras destinadas a reprimir o abuso de direito em todas as suas variações, como o abuso de formas jurídicas, fraude à lei, o vício na intenção negocial, o abuso da personalidade jurídica, etc.

O abuso de direito caracteriza-se pelo exercício de um direito subjetivo previsto na norma, que, a partir de uma ruptura intencional do agente, acaba por extrapolar os fins éticos, sociais e legais dispostos pelo legislador, violando, por conseguinte, direitos de terceiros.

No campo tributário, o abuso de direito se caracteriza pelo uso de negócios jurídicos formalmente lícitos, com a neutralização, porém, de seus respectivos efeitos naturais, com o único propósito de geração de economia tributária.

Segundo Ricardo Lodi Ribeiro, para caracterizar a elisão abusiva, alguns requisitos devem necessariamente estar presentes de forma cumulativa, isto é, sem que estejam presentes os elementos a seguir discriminados a economia implementada pelo contribuinte será plenamente legítima, quais sejam: (i) a prática de um ato jurídico; (ii) uma clara intenção de eliminar ou reduzir o montante do tributo apurado; (iii) uma identidade ou semelhança de efeitos econômicos entre o ato praticado e o fato gerador; (iv) a cobertura legislativa sob o aspecto formal do modelo escolhido pelo contribuinte; e (v) uma forma representativa de econômica fiscal⁶⁸:

Há uma corrente significativa que não aceita a aplicação da teoria do abuso de direito civil ao direito tributário, pois “o abuso de direito depende sempre de uma específica relação jurídica, na qual o sujeito detenha direito e dele abuse, e não dever de realizar uma dada prestação, como no caso do direito tributário”⁶⁹.

Embora tecnicamente não seja possível abusar do dever de cumprir uma relação tributária, o fato é que as teorias modernas do abuso de direito o encaram

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012. p. 8.

⁶⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento fiscal: panorama sete anos depois da LC nº 104/01. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 159, p. 89-106, dez. 2008. p. 92.

⁶⁹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 361.

como ilícito atípico, inclusive defendendo que a ruptura do código deôntico configura-se pelo desrespeito a princípios jurídicos, como seria a hipótese de abuso de direito por violação ao princípio da capacidade contributiva.

2.5 Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses e dos Valores

As concepções ideológicas sobre a licitude e a ilicitude do planejamento fiscal são intimamente relacionadas com as escolas de interpretação do direito: Jurisprudência dos Conceitos, Jurisprudência dos Interesses e Jurisprudência dos Valores.

A Jurisprudência dos Conceitos parte da premissa de uma concepção lógico-racionalista, aprisionando o direito pelo culto a conceitos jurídicos superiores. A consequência é que, segundo essa escola de pensamento, qualquer valoração para compreensão das regras jurídicas é descabida, bastando a aplicação de uma moldura a um conceito superior.

Essa escola de pensamento defende, no campo tributário, as teses de prevalência: (i) do Direito Civil sobre o Tributário, (ii) de autonomia da vontade e caráter absoluto da propriedade, (iii) da legalidade estrita, (iv) da superioridade do legislador e (v) da ausência de força valorativa do princípio da capacidade contributiva.

Nesse sentido, a Jurisprudência dos Conceitos pode ser apreendida como uma doutrina formalista, de modo que a interpretação/aplicação do direito seria mera subsunção de conceitos inferiores a conceitos superiores.

A Jurisprudência dos Conceitos foi o ambiente propício para o florescimento da teoria da tipicidade fechada da tributação, focada em defender a interpretação do Direito Tributário, segundo conceitos do Direito Civil, culminando em licitude ampla de planejamentos tributários, que seriam inválidos somente se praticados em afronta aos institutos do Direito Civil, tal como seria no caso das hipóteses de simulação.

Há que se considerar que até mesmo a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) é presa a essas amarras de submissão do Direito Tributário ao Direito Civil, quando ainda julga planejamentos sob a ótica de conceitos do Direito Civil procurando, porém, distorcer seus respectivos efeitos.

Exemplo dessa posição pode ser visto, claramente, no julgamento do recurso nº 19515.001895/2007-11, pelo CARF⁷⁰, no qual o Conselho negou eficácia ao planejamento tributário sob o argumento de uso de mecanismo simulatório para, na sequência, deixar de aplicar a multa qualificada.

Entendeu, assim, o CARF que, uma vez constatada a convicção do contribuinte, de estar agindo de acordo com a norma, sem ocultação da prática e da intenção do negócio, não é possível reconhecer o dolo necessário à qualificação da multa, em clara contradição entre o reconhecimento da simulação e seus respectivos efeitos.

Observa-se, na realidade, que o Conselho aplicou a teoria do abuso de direito utilizando-se de um instituto de direito civil como argumento, tendo de fazer enorme esforço de justificação, para negar a aplicação de seus consequentes efeitos normativos⁷¹.

Assim pensando, Marco Aurélio Greco (2008) critica esse culto aos conceitos de Direito Civil como se estes pudessem capturar toda a essência da realidade a que eles pretendem disciplinar, o que é de fato impossível⁷².

⁷⁰ “Planejamento tributário. Negócio jurídico indireto. A simulação existe quando a vontade declarada no negócio jurídico não se coaduna com a realidade do negócio firmado. Para se identificar a natureza do negócio praticado pelo contribuinte, deve ser identificada qual é a sua causalidade, ainda que esta causalidade seja verificada na sucessão de vários negócios intermediários sem causa, na estruturação das chamadas *step transactions*. Assim, negócio jurídico sem causa não pode ser caracterizado como negócio jurídico indireto. O fato gerador decorre da identificação da realidade e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, e não de vontades formalmente declaradas pelas partes contratantes ou pelos contribuintes. Simulação. A subscrição de novas ações de uma sociedade anônima, com sua integralização em dinheiro e registro de ágio, para subsequente retirada da sócia originária, com resgate das ações para guarda e posterior cancelamento caracteriza simulação de venda de participação societária. Planejamento tributário. Multa. No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da lei 4.502/64”.

⁷¹ Código Civil, Art. 167. “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

⁷² GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2008:

Como ‘representação’, o conceito assemelha-se a um mapa cartográfico e, por isso, não apresenta todas as qualidades e elementos que o objeto possui. Assim como não se exige que o mapa indique todas as características tal como existem, também não se pode pretender que o conceito indique a realidade em sua plenitude. Aliás, um mapa geográfico que retratasse com exatidão a realidade só poderia ser do tamanho da própria realidade com todos os seus pormenores; e para ter um mapa desse tamanho e com essa exatidão ninguém precisaria do mapa, bastaria olhar a realidade! (GRACO, 2008, p. 69)

A Jurisprudência dos Interesses parte de premissa totalmente diversa daquela preconizada pela Jurisprudência dos Conceitos. Segundo seus adeptos, a interpretação jurídica deve romper com o direito positivo, amparando-se única e tão somente na noção do interesse em jogo, já que a norma jurídica não consegue captar toda a essência da realidade social.

A Jurisprudência dos Interesses defende (i) a autonomia do Direito Tributário em relação ao Direito Civil; (ii) a possibilidade de analogia; (iii) a juridicidade do princípio da capacidade contributiva buscada diretamente dos fatos sociais; (iv) a intervenção sobre a propriedade e (v) a função criadora do direito pelo juiz.

Consequente dessa escola é a premissa de que todo planejamento tributário é ilegal, em razão do prevaletimento da realidade econômica em detrimento dos conceitos previstos na legislação.

A Jurisprudência dos Valores, como reflexo do pós-positivismo surgido após a Segunda Guerra Mundial, e caracterizada pela reaproximação entre moral e direito, traduz-se por uma interpretação que não se limita ao direito positivo, mas que nele também não se exaure, na medida em que impõe a ponderação de valores extrajurídicos.

A Jurisprudência dos Valores pode ser considerada fruto do neoconstitucionalismo, que, segundo Miguel Carbonell (2009), é fenômeno que

pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del Siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que continen altos niveles de normas 'materiales' o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a soponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 e la colombiana de 1991⁷³.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, identifica o fenômeno por três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico⁷⁴. A Jurisprudência dos Valores

⁷³ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 4.: O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália.

decorreria do marco filosófico, tendo em vista que a aproximação entre Direito e Filosofia gerou uma nova hermenêutica de aplicação do direito constitucional, qual seja o reconhecimento de força normativa aos princípios jurídicos.

Essa escola de pensamento procura conciliar as premissas das duas escolas, na medida em que não chega a romper com os padrões da escola formalista, buscando suporte no texto da lei, mas que também leva em consideração a proposta axiológica formulada pela jurisprudência dos interesses e seu embasamento em elementos extrajurídicos.

A Jurisprudência dos Valores preconiza o equilíbrio entre princípios de Direito Civil e Tributário, além de buscar a ponderação entre os princípios da capacidade contributiva e da legalidade, sempre levando em conta o equilíbrio e a pluralidade dos intérpretes.

O mérito da Jurisprudência dos Valores e seu modelo conciliatório de legalidade, segurança e justiça, funda-se no combate à elisão abusiva, por meio da interpretação do uso de cláusulas antielisivas destinadas a reprimir o abuso de direito.

No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (...) A reconstituição da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

(...) O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. (...) No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre Direito e Filosofia.

(...) No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. (BARROSO, 2009)

2.6 Colisão de Normas Constitucionais

O legislador Constituinte de 1988 optou por abrigar no texto normativo da Constituição ideologias contraditórias, num claro compromisso de respeitar os inúmeros direitos de uma sociedade pluralista.

Essa opção, no entanto, acaba gerando conflitos entre os diversos grupos integrantes dessa sociedade plural. Na maioria das vezes, os interesses em contraposição encontram respaldo em princípios consagrados pelo texto constitucional, o que dificulta a resolução do conflito pelas técnicas tradicionais de solução de conflitos normativos.

A moderna dogmática constitucional procura criar técnicas para resolver conflitos de princípios constitucionais entre si ou entre estes e direitos fundamentais⁷⁵.

Uma dessas técnicas é o recurso ao critério de ponderação dos princípios em rota de colisão, buscando-se, no caso concreto, diante dos valores e interesses em disputa, uma solução que prestigie, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

No campo do Direito Tributário, é possível que os princípios constitucionais da capacidade contributiva (condutor do valor de justiça) e da legalidade (elemento configurador da segurança legítima do contribuinte) entrem em colisão e, no caso concreto, necessitem ser ponderados de forma a se verificar qual deles deverá prevalecer, sem que isso importe anulação ou desprestígio do princípio afastado na hipótese concreta.

75

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação, uma vez que tais antinomias não se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das proposições normativas. O entrechoque de normas constitucionais é de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais; c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais. A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011).

De fato, conceitualmente não existe antinomia entre tais princípios, pois, diante da circunstancia concreta, é possível constatar que o princípio escolhido para reger a hipótese era o mais apropriado, ainda que o princípio afastado também pudesse compor a situação⁷⁶.

Essas colisões de princípios e normas constitucionais na realidade são reflexo do fenômeno da ocorrência dos chamados casos difíceis, que surgem diante da complexidade da nova sociedade plural e dos novos valores constitucionais, como leciona o Professor Luís Roberto Barroso (2012):

Portanto, casos difíceis são aqueles que, devido a razões diversas, não têm uma solução abstratamente prevista e pronta no ordenamento, que possa ser retirada de uma prateleira de produtos jurídicos. Eles exigem a construção artesanal da decisão, mediante uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese⁷⁷.

Numa sociedade pluralista, tolera-se e prestigia-se o direito de o contribuinte planejar suas atividades de maneira a reduzir o impacto fiscal em suas operações,

76

Nesse contexto, a oposição entre a segurança e a justiça só ocorre quando a segunda é tomada como valor absoluto, pois a antinomia entre elas, fora do mundo das ideias, é falsa. É que a prevalência da primeira sobre a segunda decorre de uma situação fática em que, de acordo com as circunstâncias de momento e lugar, a prevalência da solução já consolidada pelo tempo, ainda que originariamente injusta, é a que melhor atende a justiça material. É muito comum que, nesses casos, a própria lei dê preferência à segurança jurídica em detrimento da justiça, decisão valorativa que vincula o aplicador. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte**: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 51).

77 BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Há muitas situações em que não existe uma situação pré-pronta no Direito. A solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito. São os casos difíceis. Há três grandes situações geradoras de casos difíceis: a) Ambiguidade da linguagem. Quando se vale de princípios ou de conceitos jurídicos indeterminados, o Direito utiliza termos e expressões que têm múltiplos significados possíveis e cujo sentido somente poderá ser estabelecido à luz dos elementos do caso concreto. (...) b) Desacordos morais razoáveis. No mundo contemporâneo, nas sociedades plurais e complexas em que nós vivemos, pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam de maneira diferente acerca de temas normalmente controvertidos. Não é difícil comprovar e ilustrar o argumento com situações envolvendo a) eutanásia e suicídio assistido. (...) c) colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. Não é difícil oferecer exemplos emblemáticos. O cantor Roberto Carlos foi a juízo para impedir a divulgação de uma biografia não autorizada, invocando os seus direitos constitucionais de imagem e privacidade (BARROSO, 2012).

pois ninguém é obrigado a pagar mais tributos por amor ao Estado. O que não é possível, porém, é que o contribuinte lance mão de expedientes abusivos para contornar a norma de incidência tributária, porque, em um Estado Democrático de Direito, espera-se que todos contribuam para as despesas públicas na medida de suas capacidades contributivas. Assim como o Estado deve, por seu lado, observar o princípio da legalidade, não podendo lançar mão de expedientes confiscatórios somente porque necessita entregar as prestações e serviços públicos que lhe são inerentes.

2.7 Interpretação e Planejamento Tributário

A interpretação, no Direito Tributário, não difere da interpretação aplicada à teoria geral do Direito. Boa parte da doutrina tem defendido a aplicação da pluralidade metodológica ao Direito Tributário, como é o caso de Ricardo Lodi Ribeiro (2003), citando Ricardo Lobo Torres:

O que se observa é a pluralidade e a equivalência, sendo os métodos aplicados de acordo com o caso e com os valores ínsitos na norma: ora se recorre ao método sistemático, ora ao teleológico, ora ao histórico, até porque não são contraditórios, mas se complementam e intercomunicam⁷⁸.

A partir do método teleológico de interpretação, calcado na busca pelos fins e objetivos da norma, é possível valorar e interpretar a ciência tributária segundo o aspecto econômico de sua orientação, o que passa a orientar tanto as disposições tributárias propriamente ditas, quanto os conceitos de direito privado no campo tributário.

Da consideração econômica do fato tributário, é possível, portanto, buscar a finalidade da norma tributária, sem que isso provoque rompimento do sentido técnico do conceito empregado pelo legislador. Assim é que, sem ruptura do sentido literal e linguístico do conceito, essa busca pela finalidade da norma visará ao sentido que mais se adapte à capacidade contributiva do contribuinte⁷⁹.

É importante ressaltar que uma interpretação econômica radical, além de promover o rompimento do sentido técnico do conceito empregado pelo legislador,

⁷⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 116.

⁷⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 118.

viola a própria integridade do sistema jurídico, uma vez que danifica os códigos jurídicos selecionados pelo subsistema jurídico, em clara situação de sabotagem do processo de decisão do direito.

Assim, tendo como ponto de partida o sentido literal possível, deverá o intérprete escolher a interpretação que mais se ajuste aos princípios de isonomia e de capacidade contributiva, salvo se a própria norma não permitir que esses princípios prevaleçam diante da opção do legislador de prestigiar, naquela hipótese específica, a prevalência do princípio da segurança jurídica⁸⁰.

E, nas palavras Ricardo Lodi Ribeiro (2003),

justamente dos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da generalidade, utilizados como parâmetros da interpretação da lei fiscal, vai derivar, segundo Perez Ayala, o princípio da luta contra a evasão fiscal. Em consequência, o aplicador, dentro do sentido literal possível, irá optar pelo resultado hermenêutico que não permita ao contribuinte evadir-se da obrigação de pagar o tributo previsto em lei⁸¹.

Dessa maneira, se ao legislador não é possível modificar a essência dos atos praticados pelo contribuinte, este, por seu lado, não pode distorcer os efeitos tributários oriundos da prática do ato, por meio da escolha de formatos jurídicos descasados de seu propósito negocial, configurando, portanto, a centralidade da elisão fiscal.

Importante, pois, é demarcar a diferença entre critérios de consideração econômica do fato gerador e de interpretação econômica do fato gerador. Nesta, despreza-se completamente o marco legislativo para buscar a solução interpretativa em fatos econômicos extrajurídicos, enquanto que naquela, o critério teleológico extraído do sentido literal da norma permite a busca de conteúdo econômico que satisfaça a valoração exigida pelo princípio da capacidade contributiva⁸².

⁸⁰ Ibidem. p. 119.

⁸¹ Ibidem. p. 119.

⁸² Ricardo Lodi Ribeiro, citando solução proposta por Beisse, a partir da metodologia de Larenz, sugere como os três princípios de interpretação dos Conceitos de Direito Tributário podem ser aplicados:

a) Conceitos de Direito Tributário criados pelo legislador tributário, ou por ele convertidos para os seus objetivos, devem ser interpretados segundo o critério econômico. É exemplo dessa modalidade, em nossa legislação pátria, a expressão renda e proventos de qualquer natureza, que não é encontrada no Direito Civil, sendo inteiramente delineada pelo legislador tributário, na Constituição Federal, no CTN e na legislação ordinária. b) Conceitos Direito Civil devem ser interpretados, dentro do sentido literal possível, economicamente, quando o objetivo da lei tributária impõe, de forma objetivamente justificada, um desvio do conteúdo do conceito de

Em um Estado Democrático de Direito, prestigiador de uma ordem “principlológica”, não existe justificativa para defender planejamentos tributários voltados para teses formalistas de submissão do Direito Tributário ao Direito Civil, já que a interpretação teleológica recomenda que os fatos tributários sejam interpretados segundo o sentido econômico contido nas normas tributárias, sempre em consonância com os valores do princípio da capacidade contributiva.

2.8 O Parágrafo Único do Artigo 116 do Código Tributário Nacional - CTN

A lei tributária não deve ser dirigida para negar efeitos ou criar obstáculos às soluções preconizadas nos negócios jurídicos celebrados pelas partes, como escolhas aptas e eficientes para os respectivos propósitos negociais. Por outro lado, o Fisco também deve estar aparelhado para impedir que negócios jurídicos montados unicamente por razões de economia fiscal frustrem a legítima arrecadação.

É que, num Estado Democrático de Direito, como visto, certas prestações materiais precisam ser levadas a cabo pelo Estado e, para isso, as contribuições tributárias precisam ser levadas aos cofres públicos de acordo com os princípios da isonomia e da capacidade contributiva. A inobservância da verdadeira capacidade contributiva pode levar a situações de grave injustiça.

De modo a evitar que isso ocorra, o uso de uma cláusula geral antielisiva busca legitimar o Estado com aparatos necessários para combater comportamentos tendentes a desvirtuar os fins da lei tributária por meio do abuso no manuseio de instrumentos jurídicos.

direito privado, em nome do princípio da igualdade, que poderia ser violado por meio de uma interpretação civilística da expressão legal. Serve mais uma vez como exemplo a expressão empregadores, contida no artigo 195 da Constituição Federal, para definir os contribuintes das contribuições da seguridade social, que não tem a concepção do direito do trabalho, abarcando empresas que não mantêm empregados próprios.c) Conceitos Direito Civil devem ser interpretados de acordo com a definição contida na legislação civil quando, conforme o sentido e objetivo da lei tributária, tem-se certeza de que o legislador cogitou exatamente do conceito de direito privado. Da mesma forma, quando o sentido literal possível da norma tributária não confere outra possibilidade senão aquela oferecida pela lei civil. A definição do fato gerador do ITR constitui exemplo bem ilustrativo dessa categoria jurídica. De fato, do próprio texto da lei, extrai-se que será tributada a propriedade imóvel por natureza, conforme definida na lei civil. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 121).

Assim é que o legislador brasileiro, seguindo a trilha de alguns países, implementou a norma geral antielisiva por meio de edição da Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu o parágrafo único ao artigo 116, do Código Tributário Nacional, com o seguinte teor:

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 se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do 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 na lei tributária.

A propósito, considerando que o combate ao abuso de direito se faz por meio da interpretação jurídica, a rigor a cláusula antielisiva genérica seria desnecessária, na medida em que os valores inerentes à aplicação do princípio da capacidade contributiva já seriam por si sós suficientes para permitir a desconsideração de atos e negócios jurídicos promovidos por contribuintes com fim único de burla da lei tributária.

Não se nega, ademais, que o uso de uma cláusula antielisiva genérica tenha o mérito de corroer a tese de aplicação irrestrita do princípio da tipicidade tributária, ante o fato de que autoriza, expressamente, a administração fazendária a desconsiderar negócios jurídicos que estejam em flagrante distorção com os fins legais.

Outra vantagem da Lei Complementar nº 104/2001 é a abertura permitida para procedimentos consoantes com o devido processo legal, em que a Fazenda, não concordando com o planejamento promovido pelo contribuinte, abre-lhe a oportunidade de adequar seu comportamento às normas sem qualquer penalização, em claro reconhecimento de que não se trata de hipótese de evasão.

A Lei Complementar nº 104/2001, inspirada na legislação francesa, combate o abuso de direito em todas as suas variações, tais como a fraude à lei, o abuso de forma, o abuso na intenção negocial e o abuso de personalidade jurídica.

A fraude à lei se configura pelo contorno da lei proibitiva ou imperativa por meio do uso de um mecanismo ou interpretação tendente a enquadrar o comportamento do contribuinte numa norma de cobertura. Segundo Ricardo Lodi Ribeiro (2003), os requisitos para caracterização da fraude à lei são:

os atos devem ser realizados ao amparo do texto de uma norma; os atos realizados ao amparo do texto de uma norma devem perseguir um resultado proibido pelo ordenamento ou contrário a ele (no caso do direito tributário, não há contrariedade ao ordenamento, mas a consequência de pagar o tributo); os atos executados em fraude à lei não devem impedir a devida aplicação da norma que se tentou ocultar⁸³.

Famoso caso julgado pelo antigo TFR, objeto da apelação cível 115.478-RS, pode ser ilustrado como exemplo de fraude à lei. O contribuinte reduziu seu encargo fiscal procurando desviar-se da apuração do imposto de renda com base no lucro real por meio da criação de oito sociedades destinadas a enquadramento no lucro presumido, em clara afronta ao espírito da legislação tributária⁸⁴.

O abuso de forma é figura bem próxima à figura da fraude à lei e consiste basicamente na escolha abusiva de uma forma de direito privado com único objetivo de geração de uma economia fiscal. Ainda segundo as lições de Ricardo Lodi Ribeiro (2003),

a realização do arrendamento mercantil antes da Lei nº 6.099/74 e da inclusão do item nº 52 da lista de serviços do ISS, fixada pela LC nº 56/87, constituía um exemplo de utilização de um contrato atípico que poderia mascarar a realização de uma compra e venda a prazo, quando o preço do bem fosse quase que inteiramente diluído nas prestações, restando uma parcela insignificante para que o arrendatário exercesse sua opção de compra, ao final do contrato⁸⁵.

No Brasil tem-se observado que muitas vezes a sociedade é usada como escudo para práticas de atos destinados a prejudicar terceiros e a Fazenda, no caso da legislação tributária. O uso inadequado e abusivo dos tipos societários,

⁸³ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 150.

⁸⁴ "EMENTA: Ação anulatória de débito fiscal. Imposto de Renda. Lucro presumido. Omissão de receita. Legitimidade da atuação do fisco, em face dos elementos constantes dos autos. Constituídas foram, no mesmo dia, de uma só vez, pelas mesmas pessoas físicas, sócias da autora, 8 sociedades com o objetivo de explorar comercialmente, no atacado e no varejo, calçados e outros produtos manufaturados em plástico, no mercado interno e internacional. Tais sociedades, em decorrência de suas características e pequeno porte, estavam enquadradas no regime tributário de apuração e resultados com base no lucro presumido, quando sua fornecedora única, a autora, pagava o tributo de conformidade com o lucro real". AC 115.478, Tel. Min. Américo Luz, j. 18.02.1987.

⁸⁵ RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 152.

especialmente das sociedades limitadas, tem agravado esse quadro. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o antídoto que o legislador vislumbrou para combater o abuso exacerbado da personalidade jurídica, embora ainda exista certa resistência da jurisprudência em aplicar o instituto em sua plenitude, quando amparada numa interpretação restrita dos direitos dos contribuintes.

Da mesma forma, a própria legislação procura corrigir excessos potencialmente praticados pelas autoridades tributárias, por meio da introdução de dispositivo autorizador de condutas pelos contribuintes, capazes de gerar economia tributária, indutoras de um planejamento tributário legítimo.

Exemplo claro disso foi a introdução do artigo 129 no texto da lei 11.196/05, numa clara correção das distorções provocadas pela interpretação que as autoridades tributárias vinham emprestando às normas de organização societária, como foram os casos julgados pelo CARF envolvendo prestação de serviços personalíssimos por celebridades, através de sociedades limitadas das quais possuíam participação societária praticamente unanime.

No caso de um famoso treinador de futebol, que detinha 99 cotas de uma sociedade limitada, cujo capital social era composto de 100 cotas, o CARF entendeu que para fins tributários somente seriam consideradas sociedades civis, tributadas como pessoas jurídicas, aquelas cujos sócios tivessem a mesma profissão regulamentada além do exercício de atividades por conta e em nome da sociedade civil. Como a atividade de treinamento esportivo não constituía profissão regulamentada, a sociedade não poderia ser considerada como sociedade civil sujeita ao imposto de renda das pessoas jurídicas⁸⁶.

⁸⁶ CARF: Acórdão 106-14.244, 20.10.04, Sexta Câmara: "Imposto de renda das pessoas físicas – são rendimentos da pessoa física para fins de tributação do imposto de renda aqueles provenientes dos trabalhos assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos, funções e quaisquer proventos ou vantagens percebidos tais como salários, ordenados, vantagens, gratificações, honorários, entre outras denominações". Caso similar envolveu famoso apresentador de televisão, como pode ser conferido pela ementa de julgado proferido pelo CARF: "Acórdão 104-18.641, 19.03.2002, Quarta Câmara: IRPF – Rendimentos de prestação individual de serviços – apresentador/animador de programas de rádio e televisão – sujeito passivo da obrigação tributária. São tributáveis os rendimentos do trabalho ou de prestação individual de serviços, com ou sem vínculo empregatício, independentemente a tributação da denominação dos rendimentos, da condição jurídica da fonte e da forma de percepção das rendas, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título (art. 3º, § 4º, da lei 7.713/88). Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Desta forma, os apresentadores e animadores de programas de rádio e televisão, cujos serviços são prestados de forma pessoal, terão seus rendimentos tributados na pessoa física, sendo irrelevante a existência de registro de pessoa jurídica para tratar dos seus interesses".

O vício na intenção negocial, de inspiração na jurisprudência dos países da *common law*, visa a atestar a legitimidade do comportamento do contribuinte por meio do teste do propósito negocial. Caso o único objetivo do contribuinte tenha sido a economia fiscal, o abuso de direito fica caracterizado.

No julgamento do já apontado processo 19515.001895/2007-11, o CARF reconheceu a validade do método como ferramenta de combate à elisão fiscal abusiva⁸⁷.

A palavra “dissimulação” usada no texto normativo abarca todas essas modalidades, não assistindo razão, nesse ponto, àqueles que vêm, na norma em questão, a regulamentação da simulação relativa⁸⁸.

Uma enorme crítica que se faz ao texto da Lei Complementar nº 104/2001 é que ele violaria o princípio da tipicidade tributária, mas tal argumento não encontra respaldo no texto da Constituição, pois na realidade, como anota Ricardo Lodi Ribeiro⁸⁹, a proposta da cláusula antielisiva geral é de exatamente permitir ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, ambos reconhecidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn nº 2.446/99 com o propósito de ver afastada do ordenamento o Parágrafo Único, do artigo 116, do Código Tributário Nacional, por violação ao princípio da tipicidade tributária.

O único mérito da propositura dessa ADIn, e das teses que apregoam a violação da Constituição, é o clima de incerteza gerado na vacilante jurisprudência

⁸⁷ É o que se extrai de trecho do voto do Conselheiro Antonio Bezerra Neto: “Elemento importante de interpretação do fato para a formação da convicção do julgador no sentido de desconsiderar o negócio jurídico com fins meramente de economia fiscal. A esse respeito, faço minhas as palavras do nobre relator que soube muito bem ilustrar a falta do propósito negocial, trilhando caminho mais complexo”. CARF, Processo 19515.001895/2007-11.

⁸⁸ Uma parte da doutrina (*) tem entendido que esse parágrafo único consubstancia norma apenas anti-simulação. Esclarece que dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos seus elementos constitutivos significa celebrar dois atos jurídicos distintos: um aparente, geralmente não tributável ou menos tributado, e outro real, geralmente tributável ou mais tributado. O ato jurídico meramente aparente, declarado, porém não querido, visa dissimular, ocultar do fisco o real ato jurídico desejado, porém não declarado. (*) Xavier, Alberto. Tipicidade e tributação; Oliveira, Ricardo Mariz de. Elisão Fiscal ante a Lei Complementar 104. In: Rocha, Valdir de Oliveira (YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos**: planejamento tributário: limites à luz do abuso de direito e da fraude à lei. São Paulo: Lex Ed., 2005. p. 143).

⁸⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento fiscal: panorama sete anos depois da LC nº 104/01. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 159, p. 89-106, dez. 2008. p. 92.

do CARF, que acaba equiparando claras situações de limites de planejamentos lícitos com hipóteses de evasão, mediante a aplicação de institutos de Direito Civil e até mesmo efetuando representações para fins penais.

Diferentemente do que defende Marco Aurélio Greco (2008)⁹⁰, não entendemos que a norma do Parágrafo Único, do artigo 116, do CTN, configurando-se como norma de eficácia limitada, dependa de regulação para ter validade. Na realidade, o que a leitura da norma faz parecer, pela *intentio* do legislador, é que a consequência da desconsideração dos atos levados a cabo pelo contribuinte deva ser objeto de escrutínio definido em procedimento administrativo, em clara sintonia com o processo legal. Entretanto, deve-se ter em mente que o reconhecimento do ato em si é tema de materialidade da ocorrência do fato gerador e, portanto, seu reconhecimento depende da ponderação dos valores constitucionais e da aplicação das regras de interpretação da legislação.

Assim, caberia ao STF, no julgamento da ADIn 2.446, a salutar postura de não só julgar a legitimidade do dispositivo, como até mesmo fixar parâmetros de aplicação dessa norma pelas autoridades fazendárias, numa clara opção de prestígio ao princípio da segurança jurídica⁹¹.

É importante frisar que o Estado Democrático de Direito concilia direito e planejamento dos contribuintes com as necessidades de arrecadação do Estado, numa verdadeira ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da capacidade contributiva.

Como forma de evitar abusos na interpretação das normas e evitar distorções na aplicação de princípios legais, o legislador, seguindo a tradição de outros países, procurou combater a elisão abusiva por meio da introdução da cláusula antielisão genérica.

⁹⁰

Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal (GRECO, 2008, p. 479).

⁹¹ Note-se que ao invalidar a indexação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, por contrariedade à sumula vinculante n. 4, o STF permitiu que o cálculo do adicional tomasse a remuneração do empregado como base de cálculo até o advento de nova lei fixadora da base de cálculo desse adicional. Da mesma forma, diante de incerteza e déficit legislativo é que o Congresso Nacional, para evitar que o STF viesse a criar parâmetros legislativos sobre o aviso prévio, apressou-se e editou a lei 12.506/11.

Tal procedimento, no entanto, encontrou forte resistência por parte de uma doutrina formalista que insiste em negar validade a esse comando normativo em questão, sob o argumento de violação de um pretense princípio da tipicidade fechada.

Essa resistência apenas contribuiu para um cenário de insegurança e incerteza, tendo em vista que as autoridades acabam desconsiderando atos praticados por contribuintes (muitas vezes legítimos) com base em institutos cujas consequências podem levar a gigantescas multas e até mesmo a perseguições criminais.

Além do mais, como a tentativa de regulação do parágrafo único do artigo 116 fracassou e diante do fato de a Adin 2.446/99. tendente a eliminar do sistema jurídico essa norma geral antielisiva ainda se encontrar pendente de julgamento, não houve interesse do governo em disciplinar um procedimento administrativo destinado a desqualificar planejamentos abusivos.

Assim é que seria de todo recomendável que o STF - por meio de uma declaração de validade da introdução da cláusula geral antielisiva no Direito Brasileiro - eliminasse de vez esse quadro de incerteza que uma doutrina extremamente positivista gerou em nosso Direito e que vem sendo sustentado por uma jurisprudência altamente cautelosa do CARF.

A partir dessa medida do STF, seria competência do legislador criar o procedimento previsto no Parágrafo Único, do artigo 116, do CTN, prestigiando assim, de tal forma, os valores constitucionais da segurança do contribuinte e da sua capacidade contributiva.

2.9 Uma decisão do Conselho Administrativo de Recursos Federais – CARF - envolvendo planejamento tributário (Operação Casa e Separa) – O Caso Klabin

O caso Klabin, julgado pelo CARF em 2010⁹², foi tratado como uma legítima operação casa e separa, tendo em vista a montagem de um planejamento tributário

⁹² Processo n. 19515.001895/2007-11. Ementa: “Planejamento tributário. Simulação. Negócio jurídico indireto. A simulação existe quando a vontade declarada no negócio jurídico não se coaduna com a realidade do negócio firmado. Para se identificar a natureza do negócio praticado pelo contribuinte, deve ser identificada qual é a sua causalidade, ainda que esta causalidade seja verificada na sucessão de vários negócios intermediários sem causa, na estruturação das chamadas *step*

voltado exclusivamente para simular uma sociedade inexistente no plano real voltada unicamente para esconder uma operação de compra e venda de participação societária por meio da formação de um ágio artificial, e com isso evitar a tributação do respectivo ganho de capital.

Os dados fáticos do caso são extraídos do relatório do Acórdão 1401-00.155:

22 de outubro de 2002: A Klabin S/A (Klabin) S/A e a Klabin do Paraná Produtos Florestais S/A (K2), ambas pertencentes ao mesmo grupo econômico, adquirem a totalidade das ações de Kurguelen Holdings S/A (K3), cujo capital social era de R\$100,00. O capital de K3 ficou igualmente dividido entre Klabin e K3, sendo a denominação social de K3 modificada na mesma oportunidade para Riocell S/A (Riocell).

Em AGE realizada em 1º de dezembro de 2002, deliberou-se:

(i) o aumento do capital social da Riocell, no montante de R\$70.105.520,00, inteiramente subscrito e integralizado por Klabin, por meio de conferência de imóveis (terras e acessões) de uma unidade industrial localizada em Guaíba, interior do Rio Grande do Sul, pertencente à Klabin;

(ii) A emissão de 61.905 debêntures, no valor unitário de R\$10.000,00, totalizando R\$619.050.000,00, que são integralmente adquiridas por Klabin e pagas por meio de entrega de bens móveis que guarneciam a unidade industrial (Unidade Industrial), além de pequena quantia em dinheiro (R\$3.848,69).

Em AGE realizada em 1º de maio de 2003, deliberou-se o aumento do capital social de Riocell, no montante de R\$91.755.380,00, inteiramente subscrito e integralizado por Klabin, por meio de conferência de “bens, direitos e obrigações” relativos à Unidade Industrial. Nesse momento, toda a Unidade Industrial, responsável pela atividade de processamento de celulose do Grupo Klabin, havia sido transferida para a Riocell. Com esses aumentos de capital a Riocell passou a ter um capital social de R\$161.861.000,00, distribuídos entre Klabin (99,99%) e K2 (0,01%).

30 de maio de 2003: Klabin e K2 celebram um “contrato de investimento e outra avenças” com as empresas Aracruz Celulose S/A (A1) e Aracruz Trading S/A (A2), em que Klabin e K2 cedem à A1 e à A2 o direito de subscrição e integralização do capital da Riocell.

30 de junho de 2003: A1 e A2 subscrevem e integralizam em Riocell os seguintes valores: R\$108.000.000,00, a título de capital e R\$1.650.728.400,00 a título de ágio, creditado à conta de reserva de capital.

02 de julho de 2003: Riocell adquire de Klabin as ações que esta detinha no capital da própria Riocell, mantendo-as em tesouraria para posterior cancelamento, além de resgatar as debêntures emitidas, operação efetuada pelo valor de R\$1.126.098.838,07.

A autoridade Fazendária lavrou auto de infração, sob os seguintes argumentos:

transactions. Assim, negócio jurídico sem causa não pode ser caracterizado como negócio jurídico indireto. O fato gerador decorre da identificação da realidade e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, e não de vontades formalmente declaradas pelas partes contratantes ou pelos contribuintes”.

- 1) Os envolvidos praticaram uma série de atos jurídicos objetivando a transferência da Unidade Industrial, pertencente ao Grupo Klabin para o Grupo Aracruz, sendo que tal objetivo poderia ter sido alcançado com a mera alienação da referida unidade;
- 2) que, em resumo da operação, o Grupo Klabin integralizou em uma empresa recém criada, Riocell, a unidade do insumo de celulose, que pretendia alienar. Por sua vez, o Grupo Aracruz integralizou, nessa mesma empresa, o montante de R\$1.758.728.400,00. Passados apenas 2 dias, o Grupo Klabin retira-se da sociedade recebendo por suas ações o valor de R\$1.126.098.838,07.
- 3) Que, pela vida efêmera, da associação Aracruz e Klabin em Riocell, torna-se evidente que jamais houve qualquer intenção nessa associação. A única motivação de sua existência foi o de evadir a tributação, num claro esforço simulatório;
- 4) Que a operação pretendeu simular que Klabin teria obtido um ganho não-operacional de R\$865.511.754,17 (elisão ilegítima) através de uma variação no percentual na empresa Riocell.
- 5) Que o Código Civil já vigente à época dos fatos, trata da simulação, a qual “pressupõe que se procure fingir, disfarçar, mostrar o irreal como verdadeiro, dissimular a verdade”, sendo que a Recorrente estaria “simulando a operação na tentativa de abrigar-se ao art. 428 do RIR (decreto 3.000/99), com o fito de não tributar o mencionado resultado.
- 6) Que “o ato simulado não produzirá efeitos tributários (elisão ilegítima), de acordo com o que dispõe o Código Tributário Nacional”(…), sendo que “não resta a menor dúvida, portanto, que não é o caso de elisão ou planejamento tributário, mas sim de evasão fiscal”.
- 7) Que ante todo o identificado no procedimento de fiscalização, a prática da Contribuinte pode ser caracterizada como sonegação, e que “a forma dada ao negócio teve ainda o objetivo de “modificar as suas características essenciais (do fato gerador) de modo a reduzir (a zero) o montante do imposto devido”, caracterizando a fraude definida no art. 72 da lei 4.502/64, existente, ainda, o conluio entre empresas, diretores e representantes, pelo que o tributo deve ser cobrado com a multa qualificada.

O CARF, por maioria, entendeu que a operação foi simulada por criar uma rede de mentiras societárias, pois o regime societário não é compatível com várias práticas pouco ortodoxas utilizadas pela Klabin na formação da Riocell.

Exemplo disso, como mencionado no voto vencedor, é que não é possível efetuar conferência de capital com direitos e obrigações, por violação ao artigo 7º da LSA, escondendo tal comportamento, na realidade, uma operação de cisão parcial⁹³.

Da mesma forma, não é efeito necessário da emissão de uma debênture que seu resgate seja efetivado por meio de integralização em bens, e sim pagamento em dinheiro⁹⁴.

⁹³ “Verifica-se, assim que, na verdade, foi transferido para a Riocell S/A o chamado ‘acervo líquido’, composto por ativos e passivos de parte da Klabin S/A, relacionados à Unidade Industrial de Guaíba. Ou seja, em verdade, a Klabin S/A foi cindida, contrariando os objetivos gerais traçados pela companhia em 2002, qual seja, o de concentrar as operações em uma só empresa”. Trecho do voto proferido pelo Conselheiro Alexandre Antonio Alkmim Teixeira, vencido na questão da aplicação da multa qualificada.

⁹⁴ “Assim, é da essência da emissão de debênture o seu pagamento em dinheiro, tendo, de tal modo, natureza de mútuo. Ocorre que, no caso, as debêntures emitidas foram integralizadas com ‘bens

Também usada, em desfavor da Klabin, a declaração inserida em nota explicativa constante de suas demonstrações financeiras de 2002, referindo-se a um contexto de concentração dos negócios sociais em uma única sociedade, no caso a própria Klabin, quando o próprio negócio de celuloso era transferido para uma sociedade do grupo num processo de cisão, fato indicativo de preparação para alienação posterior.

Embora o CARF não tenha sido técnico na configuração dos elementos integrantes do caso, e por isso teve de fazer um esforço gigantesco para não aplicar a multa qualificada, inclusive com posterior representação criminal, pois tratou simulação e abuso de propósito negocial como sinônimos, o fato é que o caso deixou evidente que uma sociedade efêmera, de apenas dois dias, não pode se traduzir em vínculo legítimo de *affectio societatis*, capaz de permitir planejamento tributário destinado a gerar uma economia tributária, por meio de interpretação sobremaneira extensiva e, portanto, abusiva dos dispositivos legais tributários.

3 ORIGENS DO ÁGIO. FUNDAMENTO DO ÁGIO CONTÁBIL. CPC 15. ÁGIO TRIBUTÁRIO. DECRETO-LEI 1.598/77, LEI 9.532/98 E LEI 12.973/14 (OBJETO DA CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 627/13)

3.1 Origens do Ágio

Ágio, na linguagem corrente, significa o pagamento de um prêmio sobre o valor original de algo, uma espécie de valor adicional ou mais valia. Segundo a Wikipédia, seu uso no Brasil intensificou-se a partir da segunda metade dos anos 80 com o lançamento do Plano Cruzado pelo Governo Sarney, cujo objetivo era controlar a exorbitante inflação por meio de tabelamento de preços, que, por gerar a insatisfação de fornecedores e comerciantes, conduziu ao desaparecimento de produtos do mercado, que passaram a ser vendidos em mercados paralelos mediante o pagamento de ágio ou sobre valor.

O vocábulo tem suas origens na língua italiana (*àgio*), mas seu significado naquele idioma equivale a sentir-se à vontade ou confortável, sentido bastante diferente do uso que se faz do vocábulo em língua portuguesa.

Eliseu Martins e Sérgio de Iudícibus lecionam que, diante de sua proximidade com o vocábulo juro (pois ágio seria um dos sinônimos de juro), possivelmente o termo tenha sido incorporado na prática de outros países pela evolução histórica da letra de câmbio, que inclusive foi criada na Itália⁹⁵.

⁹⁵

Possivelmente, historicamente tem algo a ver com os juro (aliás, juro é um dos termos equivalentes de ágio) a serem pagos (mais o valor patrimonial) pelo devedor, numa letra de câmbio. Nesse sentido, não deixaria de haver influência sobre os significados comerciais em vários países, visto que a letra de câmbio surgiu na Itália. Segundo Fábio Uihôa Coelho, em Manual de Direito Comercial, Saraiva, 2010, a origem histórica da letra de câmbio situa-se na Península Itálica: 'Os comerciantes necessitavam de um instrumento que possibilitasse a troca de diferentes moedas quando, a fim de realizar negócios, deslocavam-se de um lugar para outro. Um banqueiro recebia em depósito as moedas com circulação no Burgo de seu estabelecimento e escrevia uma carta (*lettera* em italiano) ao banqueiro estabelecido no local de destino do mercador depositante. Nessa carta dizia ao colega que pagasse ao comerciante ou a quem ele indicasse, em moeda local, o equivalente ao montante depositado. Posteriormente, os banqueiros faziam o encontro de contas das cartas emitidas e recebidas; dessa carta que viabilizava o cambio de moedas originou-se a letra de câmbio. (MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Ágio Interno: e um Mito?** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 84).

Num conceito mais restrito, nos campos contábil, societário e tributário, o termo está vinculado ao sobre preço que se paga pela aquisição de um investimento, ou mais exatamente à diferença entre o valor pago e o seu valor patrimonial, estando assim intimamente associado ao *goodwill*, que tem sua origem e desenvolvimento, por sua vez, marcados pela própria evolução do comércio. Em sua forma mais rudimentar representava a reputação de um indivíduo baseada em sua honestidade e trabalho eficiente; atualmente, o conceito teve seu significado amplificado para abarcar o sentido de propriedade, cobrindo ativos tangíveis e intangíveis.

Aparentemente, a primeira passagem doutrinária que faz alusão ao termo *goodwill* ocorreu em um testamento inglês de 1571: “I give to John Stephen my whole interest and good will of Quarrel”; e a primeira decisão a respeito ocorreu em *Crutwell v. Lye*, em 1810, quando o Lord Eldon determinou: “The Goodwill which has been the subject of sale is nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place”⁹⁶.

Alexsandro Broedel Lopes e Eliseu Martins⁹⁷ relatam um caso de 1620 e outro de 1810, em que fica bem demarcada a ideia de que inicialmente o *goodwill* equivalia a uma espécie de vantagem de localização do estabelecimento e de fidelidade da clientela, traduzida na garantia de retorno dos antigos clientes ao estabelecimento do vendedor.

Essa identificação inicial evoluiu para um conceito abrangente de todos os intangíveis relacionados à localização, nome, reputação (qualidade gerencial e do corpo de empregados), tecnologia e conhecimento empregados, estratégias eficazes

⁹⁶ LEAKE, Percy Dewe. **Commercial goodwill**: its history, value, and tretment in accounts. London.

⁹⁷ Yang menciona um caso em 1620 no qual o comerciante vendedor do estoque de um empreendimento contratou não continuar a manter suas operações na mesma região. Ao contrário do prometido, o comerciante manteve suas operações e abasteceu o estabelecimento como novas mercadorias. O comprador buscou a tutela judicial, obtendo-a por violação do contrato que nesse caso referia-se à manutenção dos clientes existentes do empreendimento. Em 1810, no caso *Crutwell vs. Lye*, o magistrado Lord Eldon afirmou o seguinte sobre o *goodwill*: “The *goodwill* that has been the subject of sale is nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place. (LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura: algumas considerações contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3. p. 34).

de publicidade e especialmente os efeitos positivos da combinação sinérgica e inseparável de todos esses elementos.

Em *Chuston vs. Douglas* (1859), definiu-se que a decisão de Lord Eldon sobre *goodwill* era muito restrita, pois a alienação do estabelecimento do vendedor deveria englobar todos os benefícios relacionados com o negócio objeto da alienação: “*every advantage... that has been acquired by the old firm in carrying on its business, everything connected with the premises and the name of the firm, and everything connected with or carrying with it the benefit of the business*”⁹⁸.

Contabilmente, o *goodwill* começou a ser objeto de tratamento nos Estados Unidos⁹⁹, que já captava o conceito de mensuração conjunta, na medida em que somente haveria *goodwill* se essa mensuração conjunta fosse capaz de gerar lucro distinto do lucro normal produzido a partir da alocação do capital aplicado:

Goodwill no sentido mais amplo do termo indica o valor estimado da renda futura excedente. Essa interpretação do *goodwill* representa um ponto de partida conveniente; e o primeiro passo para lidar com esse conceito envolve uma consideração da frase renda excedente¹⁰⁰.

Uma questão interessante é que desde os primórdios a tendência foi pelo não reconhecimento do *goodwill* gerado internamente (*goodwill* subjetivo), diante da dificuldade de estimativa caracterizada pela quase impossibilidade de segregação entre o custo histórico e a identificação dos custos que geraram esse excesso.

É por essa razão que a maioria dos ordenamentos contábeis, inclusive o brasileiro, somente reconhece o *goodwill* objetivo, tendo em vista que o valor gerado nessa modalidade passa pelo crivo de uma transação comercial, retirando-lhe a formação arbitrária do avaliador. É que sendo objeto de uma transação comercial

⁹⁸ LOPES, Alessandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura: algumas considerações contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3.

⁹⁹ Na Europa, por força da doutrina italiana, o estudo dessa mais valia é identificado pelo termo *aviamo*.

¹⁰⁰

Do ponto de vista contábil, o *goodwill* foi inicialmente definido de maneira conceitual na literatura dos Estados Unidos com o trabalho de Paton, em 1922, que estabeleceu: ‘*Goodwill* in the broadest possible sense of the term, indicates a estimated value of future excess income. This interpretation of *goodwill* gives a convenient starting point; and the first step in dealing with it involves a consideration of the phrase ‘excess income’ (LOPES, Alessandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura: algumas considerações contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3. p. 36).

comprador e negociador são capazes de definir e avaliar a capacidade desse negócio gerar lucros acima da mera combinação dos ativos.

Nesse sentido, o *goodwill* equivale ao ágio por expectativa de rentabilidade futura, baseado na seguinte relação: se o preço pago for superior aos ativos avaliados a valor justo, a diferença configurará o *goodwill* (ou ágio por expectativa de rentabilidade futura), que é o “algo a mais pago” pelo comprador por essa combinação sinérgica e inseparável dos elementos do *goodwill*, combinação essa capaz de gerar resultados positivos futuros.

O Direito brasileiro, porém, pelo menos até o advento da Lei 12.973/14, não reconhece essa diferenciação entre *goodwill* objetivo e subjetivo, pois dispensa um tratamento tributário peculiar de reconhecimento e aproveitamento do ágio, já desde a edição do Decreto-Lei 1.598/77.

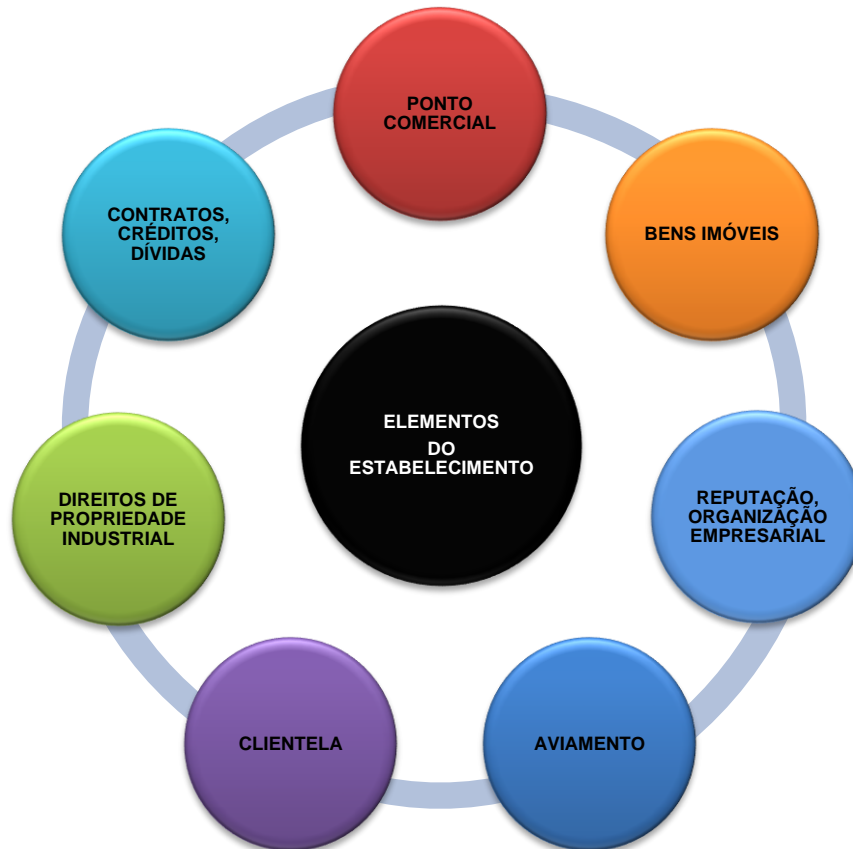
3.2 Fundamento Contábil do Ágio. Ágio Baseado em Expectativa de Rentabilidade Futura. CPC 15

Como visto no tópico anterior, o conceito de *goodwill* evoluiu de uma vantagem identificada pela localização do estabelecimento e pela fidelidade dos compradores ao local, para um conceito mais amplo associado à capacidade de geração de lucros excedentes originados a partir da combinação sinérgica de vários elementos, desde que impossível a mensuração segregada por elemento.

O ágio, portanto, seria o resultado dessa parcela excedente do *goodwill*, justificada como a sinergia da combinação de ativos capaz de gerar resultados positivos futuros.

Esses ativos combinados, na dicção do artigo 90 do Código Civil, possuem natureza de universalidade de fato e - embora não percam sua individualidade e nesse contexto sua avaliação individualizada também possui consequências no tratamento contábil e tributário - é exatamente a sinergia desses elementos que possui valor intrínseco apto a gerar excedente de lucro que ultrapassa a mera combinação dos ativos de forma individualizada.

De modo geral, a doutrina que se debruça sobre os elementos do *goodwill*¹⁰¹, apresenta uma classificação mais ou menos uniforme sobre os elementos que o integram, disposta na seguinte tabela:



Assim, cada um dos elementos individualmente considerados possui um valor intrínseco cujo emprego na atividade comercial possui capacidade de gerar os lucros esperados pelo exercício normal da atividade.

Entretanto, quando a capacidade de gerenciamento e coordenação na combinação desses elementos cria sinergia capaz de gerar um valor que ultrapassa o somatório simples desses bens considerados, surge um valor excedente capturado pela contabilidade, também reconhecido pelo direito como fenômeno apto a criar direitos para o respectivo titular. Numa linguagem do próprio direito, tal situação configuraria o que se conhece por aviamento.

Aviamento equivale, assim, a uma aptidão específica do empreendimento para gerar bons resultados e que, não se configurando em elemento autônomo e

¹⁰¹ Não existe unificação conceitual do conceito de *goodwill*, sendo possível encontrar diferentes terminologias doutrinária, como estabelecimento empresarial, azienda, *goodwill of trade*, fundo de empresa, fundo de comércio, ponto comercial.

dissociado do estabelecimento, caracteriza-se em atributo ou qualidade inerente à organização e execução do empreendimento.

Esse fenômeno não passa despercebido pela doutrina, que atribui ao aviamento essa característica do resultado da combinação sinérgica dos vários fatores de produção, sejam eles materiais ou imateriais¹⁰².

O aviamento, portanto, possui um substrato econômico, impossível de ser reconduzido a um elemento individualizado do estabelecimento, tendo por fundamento circunstâncias fáticas que surgem exatamente porque essa combinação de elementos corpóreos e incorpóreos faz surgir uma situação que o ciclo econômico reconhece como apta a gerar lucros e resultados.

Naturalmente, tal fundamento econômico surge tanto da combinação dos elementos objetivos (bens singulares, clientela, organização do empreendimento) como dos elementos subjetivos (reputação e modo de gestão do empresário) do estabelecimento, e mesmo da combinação de ambos.

Exemplo determinante disso é o próprio efeito da publicidade¹⁰³ na formação de um valor sinérgico incapaz de mensuração individualizada, quando uma

¹⁰² Há alguns autores nacionais que consideram o aviamento (e a clientela) elementos incorpóreos do estabelecimento (v.g. Fran Martins, Curso de Direito Comercial, n. 451, p. 526-528, e Sampaio de Lacerda, Lições de Direito Comercial Terrestre, p. 111). Todavia, a maioria repudia essa tese ao argumento de que nenhum texto legal daria apoio a tal concepção. No dizer de Barreto Filho, 'seria mera abstração falar de aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independentemente do estabelecimento. O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo – todas construindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento e, portanto, não pode consistir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado ou dado em garantia' (op. Cit. N. 129, p. 71). Por essas razões o aviamento não pode ser individualizado, não tendo existência autônoma, isolada do conjunto de bens que conformam o estabelecimento, nem sendo tratado pelo ordenamento jurídico como um bem imaterial em si mesmo, deve ser encarado como um atributo ou uma qualidade do estabelecimento, protegido pela lei em função da proteção dada ao próprio estabelecimento. Essa é realmente a compreensão que melhor se ajusta à realidade. O aviamento não tem como ser identificado senão como um valor resultante da combinação dos fatores de produção (ou da coordenação material e até pessoal, dos bens, dos trabalhadores do estabelecimento, do número de clientes), que não se pode classificar na categoria dos bens por decorrer de circunstâncias meramente fáticas. A seu turno, a existência econômica concreta desse valor só se manifesta e se determina quando ocorre a necessidade de avaliação do estabelecimento (para efeito de indenização ou, mesmo, de sua alienação, sabendo-se que, nessa última hipótese, a operação, ainda assim, poderá não retrata-lo com fidelidade por força das injunções do próprio mercado)" (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 566-567).

¹⁰³ O tema do efeito da publicidade no Direito foi inclusive objeto de densa discussão na formação da Ambev, quando o CADE discutiu a potencialidade de gastos de publicidade para criação de barreiras à entrada de concorrentes no mercado de cervejas. "*Fixação de Marca* – neste item há que se levar em conta a inegável liderança esmagadora das três marcas principais, objeto da presente operação – Antarctica, Brahma e Skol, em relação às marcas dos demais concorrentes, além do *portfolio* de marcas secundárias das empresas Requerentes. As informações das

fideliidade de marca é criada em razão da publicidade e a demanda pelo produto anunciado se torna menos elástica¹⁰⁴.

A Contabilidade fundamenta o *goodwill* como algo necessariamente intangível, muito embora não seja tarefa fácil distinguir claramente os conceitos de intangível de bem tangível. A outorga de um direito é intangível, mas muitos ativos dependem da existência e reconhecimento dos direitos. Valores recebíveis de devedores provavelmente serão reconhecidos por contadores como ativos tangíveis num “contas a receber”, mas, na realidade, o que essa entidade possui não é um ativo, mas somente o direito de cobrar determinada soma em dinheiro do devedor.

Da mesma forma, um terreno pertencente a determinada entidade é um ativo tangível ao qual, inúmeros direitos intangíveis, tais como os direitos de uso, gozo e fruição, são acoplados

Entretanto, para fins contábeis, essa distinção é relevante apenas para permitir definição clara e mais ou menos precisa. Um recebível reconhecido na contabilidade de uma entidade equivale a direito de cobrança do devedor, ou seja, um terreno reconhecido como ativo gera o direito de dispor, ocupar e usar.

No que diz respeito ao *goodwill*, o seu maior atributo, e que o separa de outros ativos (ou direitos), é a dificuldade de identificá-lo de forma precisa. Ativos intangíveis como patentes, direitos autorais e marcas comerciais são excluídos do conceito de *goodwill*, porque tais direitos podem ser identificados como ativos tangíveis com relativa precisão. Isso significa dizer que o *goodwill* equivale a um ativo intangível não fácil e precisamente identificável.

O pronunciamento 3 do *International Financial Reporting Standards* (IFRS) define¹⁰⁵ o *goodwill*, no contexto de uma aquisição, como a parte excedente do preço pago pelo adquirente em razão de sua participação no valor justo líquido dos

Requerentes mostram que os gastos relativos à propaganda são expressivos. A fixação da marca está diretamente ligada à preferência do consumidor, em razão dos esforços valiosos empreendidos com publicidade e *marketing*.” Trecho do voto proferido pela Conselheira Hebe Romano no Ato de concentração nº 08012.005846/99-12.

¹⁰⁴ A elasticidade mede o comportamento do consumidor diante de mudanças de preço.

¹⁰⁵ The acquirer shall recognize goodwill as of the acquisition date measured as the excess of (a) over (b) below: (a) the aggregate of: (i) the consideration transferred measured in accordance with this IFRS, which generally requires acquisition-date fair value (see paragraph 37); (ii) the amount of any non-controlling interest in the acquiree measured in accordance with this IFRS; and (iii) in a business combination achieved in stages (see paragraphs 41 and 42), the acquisition-date fair value of the acquirer’s previously held *equity interest* in the acquiree. (b) the net of the acquisition-date amounts of the identifiable assets acquired and the liabilities assumed measured in accordance with this IFRS.

ativos e das contingências adquiridas na data da transação. Nesse sentido, o *goodwill*, para fins contábeis, não é caracterizado por seus atributos, mas em termos da atribuição de uma metodologia de cálculo destinada a fixar o valor de estimação.

De capital importância para o conceito de *goodwill* é a compreensão do que seja o valor justo (*fair value*). A ideia subjacente do conceito de valor justo, método adotado pelo IFRS, é o de que ao ativo devem ser aplicadas regras de mensuração que levem em conta sua utilização caso a caso, seu tempo de vida útil e ainda a consideração sobre eventos futuros, numa clara tentativa de capturar o fenômeno mercadológico no momento da negociação¹⁰⁶.

Por essa razão é que o IFRS 13 definiu valor justo como sendo “o preço que seria recebido na venda de um ativo ou pago para transferir um passivo em uma transação ordinária entre participantes de mercado na data de mensuração”.

A vantagem dessa abordagem¹⁰⁷ consiste na possibilidade de se demonstrar informações mais relevantes e acuradas para os investidores, possibilitando a

¹⁰⁶ Eliseu Martins leciona sobre a evolução do valor justo.

Começa, historicamente, a mutação [do modelo patrimonial] com o estoque, no caixa, de moeda estrangeira prontamente conversível. Por ser conversível, por que esperar pela sua venda para reconhecimento do resultado? O mérito está centrado na decisão de troca, de venda, ou no da sua estocagem, da sua manutenção, da sua ‘não venda’? Vender moeda estrangeira requer o mesmo esforço que vender mercadorias? O valor de mercado, de origem externa, é conhecido objetivamente e sem esforço ou custo antes de transação de troca ou venda; demais condições para o reconhecimento da receita são atendidas antes dessa venda ou troca; logo: moeda estrangeira se transforma no primeiro ativo a ser avaliado ao valor justo. Na verdade, ‘ao valor de mercado’, devido à sua conversibilidade (‘mercado ativo’, na linguagem de hoje). [...] (MARTINS, Eliseu. Ensaio sobre a evolução do uso e das características do valor justo. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1. p. 138-139).

¹⁰⁷ Muito se discute sobre as vantagens e desvantagens do *fair value*. Ainda Eliseu Martins. “Vários são os problemas e vários são os méritos dessa expansão. No caso da recente crise financeira mundial, diversos deles foram muito levantados e discutidos. Primeiramente, o problema da eventual característica de o valor justo acelerar o processo de perda patrimonial: a redução do valor justo dos ativos de uma instituição financeira leva à necessidade de sua capitalização ou à sua quebra, e a informação rápida no mercado dessa informação acelera a retirada dos valores aportados pelos credores a essas instituições e isso acelera a perda de valor dos ativos, num círculo descrito como vicioso e danoso à economia”. E sobre as vantagens. “...o valor justo nasceu em função de uma representação adequada da receita e do mérito da entidade, aplicando-se basicamente à figura dos ativos destinados à negociação. Quando aplicado a ativos destinados ao uso, nunca havia sido com contrapartida no resultado, e sim no patrimônio líquido, que é o caso da reavaliação. Mas as mudanças vêm ocorrendo rapidamente e há um problema todos especial da extensão do valor justo pelo CPC 41: ativos biológicos. São ativos imobilizados destinados ao uso, e não à venda (o produto biológico é, há séculos, reconhecido em muitos a valor justo, como visto). Por que a mercado, se não destinados à realização por troca direta por caixa? E porque considerar essas oscilações no ativo destinado a produzir produtos biológicos diretamente no

visualização do preço pelo qual o ativo poderia ser negociado em condições de livre mercado por partes conhecedoras desse segmento.

A mensuração do *goodwill*, em tal contexto, constitui valor residual, que leva em conta o montante excedente do *fairvalue*.

O enunciado 15 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC 15), que trata da Combinação de Negócios, seguindo a metodologia do IFRS, define os passos a serem seguidos após a conclusão de uma transação em situação de combinação de negócios. Sob a perspectiva contábil, o âmbito de aplicação do CPC 15 é estabelecido pela definição do que seria (i) combinação de negócios e (ii) negócio.

Combinação de negócios¹⁰⁸ significa simplesmente, para fins de aplicação do CPC 15, a obtenção do controle de um ou mais negócios.

Negócio¹⁰⁹, por sua vez, já não é tarefa tão simples de ser definida, pois significa um conjunto integrado de ativos e atividades capazes de gerar benefícios econômicos futuros aos seus proprietários ou detentores, na forma de dividendos ou de baixos custos.

Assim, no âmbito do escopo de aplicação do CPC 15, o conceito de negócio ultrapassa a definição de geração de resultados futuros para abranger também um conjunto integrado de ativos e atividades. Significa dizer que, para fins contábeis, por conta do CPC 15, negócio equivale não só à geração de renda, como também à obtenção de um resultado favorável em razão da economia de processos.

A regra contida no CPC 15 disciplina a aplicação do método de aquisição para fins de contabilização de uma transação que seja enquadrada no seu escopo de aplicação. O objetivo dessa regra é, portanto, definir os procedimentos de avaliação e contabilização da obtenção do controle de um ou mais negócios.

resultado? Aumento, é claro, da qualidade da informação (se a qualidade dos valores utilizados for compatível). E efeito, talvez, da mudança do pendulo que enfatiza agora muito mais fortemente o balanço do que o resultado” (MARTINS, Eliseu. Ensaio sobre a evolução do uso e das características do valor justo. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1. p. 145).

¹⁰⁸ Item 4, definições do CPC 15: “*Uma combinação (ou concentração) de negócios é o resultado de transações ou outros eventos em que a adquirente obtém o controle de um ou mais negócios*”.

¹⁰⁹ Item 4, definições do CPC 15: *Negócio é o conjunto integrado de atividades e ativos que seja passível de ser conduzido e administrado com a finalidade de fornecer diretamente, para investidores e/ou outros proprietários, acionistas ou participantes, retorno sob a forma de dividendos, redução de custos ou outros benefícios econômicos.*

A aplicação desse método de aquisição para fins de contabilização, previsto no CPC 15, se subdivide em quatro passos: (i) identificação do adquirente; (ii) determinação da data de aquisição; (iii) reconhecimento dos ativos líquidos identificados e participação eventual de não controladores; e (iv) mensuração dos ativos líquidos identificados, qual seja o *goodwill* ou ganho de compra vantajosa (deságio) e alguma participação dos não controladores.

O primeiro passo, identificação do adquirente, significa que, dentre as entidades, que existiam antes da combinação, uma delas deve ser identificada, nos termos da norma, como a adquirente. E a diretriz apta a caracterizar a entidade adquirente é a obtenção do controle. O adquirente é a entidade que assume o controle da entidade combinada ou dos negócios que integram a combinação de negócios.

O conceito de controle, por outro lado, vem disposto no CPC 36 como o “poder para reger as políticas financeiras e operacionais de outra companhia”. A palavra chave nesse conceito é poder, isto é, poder para de alguma forma exercer o comando. Outra forma de controle é o chamado conceito presumido de controle, baseado num critério quantitativo: presume-se o controle quando uma entidade detiver mais de 50% do capital votante de uma entidade. Isso efetivamente se traduzirá num poder de controle se a entidade de alguma forma for gerida por poder de voto, pois quem detiver maior instrumental de voto possui mais capacidade para reger as políticas e as atividades financeiras da entidade.

O CPC 15, para fins de determinação do controle, utiliza-se de instrumental disciplinado pelo CPC 36, além de trazer orientações complementares para identificação desse controle, escoradas em três questionamentos: (i) Qual foi a entidade que transferiu ativos ou assumiu passivos? (ii) Qual foi a entidade cujo tamanho relativo ficou maior após a combinação? (iii) Qual entidade assumiu instrumentos de capital? Esses questionamentos remetem para a entidade que está de fato pagando alguma coisa em troca de algo¹¹⁰. Ex. entrega-se dinheiro ou assume-se uma dívida em troca da obtenção do controle da entidade.

¹¹⁰ Questão interessante trazida pelas regras do CPC 15 e que não será tratada nesse trabalho diz respeito à chamada aquisição reversa, que é uma modalidade de reconhecimento e contabilização de uma aquisição pela essência contábil, que, na prática, não equivale ao conceito jurídico ou formal de obtenção de controle de uma entidade, que demandará uma série de lançamentos contábeis complexos.

O segundo passo diz respeito à determinação da data de aquisição, cuja diretriz geral conferida pelo CPC 15 equivale à data em que o poder de controle trocou de mãos.

Na maior parte das vezes, a data da aquisição ocorre com a data de fechamento do negócio (*closing*), momento em que o vendedor transfere o controle da empresa alvo e o comprador efetua o pagamento do preço.

Entretanto, em alguns casos, a data da aquisição será determinada não pela data de fechamento, mas por outros momentos: uma data específica ajustada pela partes; a data da aprovação da operação por uma agência reguladora ou ainda a data da aprovação de órgãos de deliberação da própria vendedora ou da sociedade alvo.

O terceiro passo estipulado pelo CPC 15 é o reconhecimento dos ativos identificáveis adquiridos, os passivos assumidos e qualquer participação de não controladores. Esse processo envolve o confronto entre ativos e passivos do negócio adquirido, por meio da aplicação de um processo que estabelece três condições de reconhecimento: (i) os ativos adquiridos e os passivos assumidos devem ser identificados segundo a definição do próprio CPC 15; (ii) os ativos e passivos devem satisfazer às definições de ativo e passivo fixadas na norma do CPC 15; e (iii) os ativos e passivos devem fazer parte da relação de troca, isto é, não é possível reconhecer ativos e passivos que, nos termos do CPC, 15 devam ser considerados como transações separadas.

A primeira condição para reconhecimento de um ativo líquido, significa que tal ativo deve ser identificável nos termos do CPC 15. Um ativo é identificável nos termos do CPC 15 quando ele pode ser separado do negócio e alienado. Esse ponto é contabilmente importante para o reconhecimento dos ativos justamente porque a observância dessa primeira condição possibilita o reconhecimento de ativos intangíveis que tenham existência, mas que não estejam contabilmente reconhecidos nas demonstrações financeiras da sociedade que está sendo objeto da aquisição¹¹¹.

¹¹¹ Pode ser o caso de uma propriedade intelectual. Se uma sociedade, ABC, adquire o controle de uma empresa, XYZ, e XYZ detém uma marca que foi desenvolvida ao longo de vários anos e que por se tratar de uma propriedade intelectual gerada internamente (intangível) não está reconhecida nas demonstrações financeiras de XYZ, é possível que ABC pode efetuar esse reconhecimento dessa marca como um ativo intangível integrante dos ativos líquidos do negócio adquirido. Isso é possível porque, como ABC adquiriu o controle de XYZ, essa aquisição estará

Um ponto importante sobre essa primeira condição é que ela se relaciona com as exceções que recaem sobre o reconhecimento dos ativos adquiridos e dos passivos assumidos, que são questões que englobam impostos sobre os lucros, benefícios aos empregados, ativos de indenização e passivos contingentes.

Impostos sobre lucros e benefícios para os empregados seguem, segundo comando do próprio CPC 15, as diretrizes dos CPCs 32 e 33, respectivamente aplicáveis a esses dois temas.

Os passivos contingentes, segundo as regras do CPC 15, devem seguir as regras do próprio CPC 15, ao invés de se submeterem às determinações do CPC 25, que é o pronunciamento que regula os ativos e passivos contingentes.

Para o CPC 15, é preciso que as condições de fato atendam apenas às definições de ativo e passivo, que seja um ativo identificável e que seja parte da relação de troca pelo pagamento do preço.

Assim, no que diz respeito ao passivo, o CPC 15 estipula que ele atenda à definição que diz que passivo é uma obrigação presente derivada de eventos passados, cuja liquidação se espera que resulte na saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos futuros. Todavia, por meio da combinação de negócios é possível reconhecer passivos que antes não estavam contabilmente reconhecidos na sociedade adquirida. Essa exceção ocorre porque, nos termos do CPC 25, quando um passivo contingente é avaliado como sendo provável de ocorrer, é obrigatória a realização de uma provisão, o que não ocorre nas hipóteses de passivos contingentes avaliados como de perdas possíveis e remotas.

Entretanto, uma vez obtido o controle de outra sociedade e se existirem passivos contingentes, ainda que remotos ou possíveis, pode-se reconhecê-los no conjunto de ativos líquidos, se houver a possibilidade de mensuração confiável desses passivos a valor justo.

Com relação aos ativos de indenização, eles seguem as regras do próprio CPC 15 porque sobre eles não existe pronunciamento específico, pois equivalem a situações que ocorrem unicamente no âmbito de uma transação e, portanto, devem seguir a diretriz definida pelo próprio CPC 15.

Um ativo de indenização nos termos do CPC 15 seria, por exemplo, um risco envolvendo um ativo ou o risco de um passivo, em que o ex-proprietário de uma

refletida na contabilidade do grupo integrado por ABC e XYZ e nesse sentido haverá um custo de aquisição desse intangível pelo grupo.

empresa que está sendo adquirida na combinação de negócios, promete indenizar o adquirente na ocorrência de alguma contingência envolvendo o fato objeto da indenização, considerando que essa promessa de indenização, para fins contábeis possui natureza contingente.

Pelas regras do CPC 25, não seria possível o reconhecimento de um ativo contingente, porque um ativo desse tipo somente pode ser reconhecido se for praticamente líquido e certo que o direito ao recebimento esteja restabelecido, isto é, que ocorra a indenização pelo vendedor.

E no caso de uma combinação de negócios, não há necessidade de que essa determinação do CPC 25 seja observada, pois uma vez negociada a indenização pelo vendedor sobre determinado risco potencial ao comprador, é plenamente válido reconhecer esse ativo de indenização no conjunto dos ativos líquidos, nas mesmas bases em que for reconhecido o ativo que lhe deu causa.

A segunda condição para reconhecimento dos ativos líquidos, é que sejam atendidas as definições de ativo e passivo, conforme estabelecem as regras da estrutura conceitual do CPC 15.

Ativo, para fins da estrutura conceitual do CPC 15, define-se como um recurso controlável pela entidade resultante de eventos passados e do qual se espera que fluam benefícios econômicos futuros para a entidade. Da mesma forma, e conforme já mencionado, a estrutura conceitual do CPC 15, define passivo como uma obrigação presente da entidade decorrente de eventos passados e cuja liquidação se espera que resulte na saída de recursos da entidade, recursos esses capazes de gerar benefícios econômicos futuros.

Nesse caso, tendo o CPC 15 optado pela nomenclatura de passivo, ao invés de passivo contingente, é possível, por exemplo, que esse passivo seja reconhecido como ativo líquido adquirido na transação se possuir valor justo confiável. Isso porque a norma, simplesmente, não entra em detalhes específicos sobre a natureza do passivo, bastando que atenda à estrutura conceitual da norma.

A terceira condição para reconhecimento de ativos líquidos se relaciona com as transações separadas. O CPC 15 determina que só haverá reconhecimento de algo no conjunto de ativos líquidos se esse algo fizer parte da transação de troca. Aquilo que não fizer parte do que o comprador e o vendedor estejam trocando para

obtenção do controle de um determinado negócio não deverá integrar esse conjunto de ativos líquidos¹¹².

O quarto passo, e o mais importante para os objetivos desse trabalho, é o que trata da mensuração dos ativos e passivos, da participação de não controladores e da determinação do *goodwill*.

A condição contábil de mensuração é baseada numa regra simples: embora com algumas exceções trazidas no próprio CPC 15, deve-se mensurar os ativos adquiridos, os passivos assumidos e os identificados na combinação, pelos seus respectivos valores justos considerados na data de aquisição do negócio.

A diretriz básica apresentada pelo CPC 15 é a observância do valor justo e este deve ser determinado pelo uso dos ativos por outros participantes do mercado, independentemente da intenção de uso pelo adquirente, pois a preocupação da regra é que a destinação dada pelo adquirente não deve comprometer ou contaminar a fixação do valor justo.

O valor justo deve sempre ser determinado segundo a ótica e interesses dos participantes do mercado, para que lhes seja possível ter uma perspectiva dos valores dos ativos líquidos sem considerar as pretensões e eventuais destinações dadas pelo adquirente aos seus ativos.

Pode ser o caso, por exemplo, da existência de um contrato de arrendamento operacional firmado pela sociedade adquirida que contenha determinada condição favorável, se considerada a situação de mercado na data da aquisição. A mensuração desse ativo intangível a valor justo precisa ser efetivada segundo as condições contratuais vigentes.

Isso porque o objetivo da regra contida no CPC 15 é evitar contaminações a partir da percepção interna da sociedade adquirida ou do efetivo uso que o adquirente vier a fazer desses ativos adquiridos. Muito embora os participantes de

¹¹² Os custos de transação encaixam-se nessa regra. Ex: uma determinada sociedade "A" emite ações para entregar aos ex-proprietários de uma companhia em troca do controle dessa companhia. Essa sociedade "A" terá custos na emissão dessas ações. Esses custos não poderão integrar o custo da obtenção do controle da companhia e deverá ser contabilizado separadamente. O mesmo ocorre quando uma sociedade incorre em custos de advogados, contadores, economistas, avaliadores e outros profissionais que são necessários para efetivação e respaldo da combinação de negócios. Também é a hipótese de transação separada qualquer coisa que o comprador e o vendedor estejam trocando que não seja proveniente da obtenção do controle do negócio adquirido. O comprador e o vendedor podem, por exemplo, ter uma relação previa à combinação de negócios e aproveitam o fato da combinação de negócios para liquidar compromissos oriundos dessa relação.

mercado possam levar em conta essa condição favorável no cálculo do valor justo, a regra do CPC 15 é que essa circunstância seja desconsiderada.

Dessa forma, a mensuração do valor justo dos ativos, quando levar em conta esse contrato de arrendamento mercantil deverá ser efetuada considerando as condições contratuais em vigor no momento da aquisição. Assim, mesmo que o instrumento contratual contenha algum dispositivo de renovação automática do prazo de execução, essa condição favorável (em relação ao mercado) de renovação automática não deve ser considerada, pois se a avaliação do valor justo a observar, poderá tal avaliação apresentar uma diferença razoável de mensuração, contaminando a visão de valor justo do ativo, na medida em que assim estará pressuposta a decisão de renovação antecipada do prazo do contrato, que não será realidade na data da aquisição.

Quanto à participação de não controladores, condição fundamental para a determinação do *goodwill*, a diretriz do CPC 15 possibilita a que o adquirente realize a mensuração pelo valor justo da participação ou pela parte cabível aos não controladores no valor justo dos ativos líquidos.

Imagine-se que determinada sociedade, XYZ, possua uma participação de 40% do capital votante de outra sociedade, a YKW, sendo o capital social dessa última formado somente por 10.000 ações ordinárias e, adicionalmente, seja uma sociedade de capital aberto. Na hipótese, XYZ efetua a aquisição de uma participação adicional de 40%, passando a deter 80% do capital de YKW e, portanto, assumindo seu controle. Nesse caso, a participação dos não controladores equivale a 20%. Considerando ainda que YKW é uma sociedade de capital aberto e que o preço de cotação seja o do mercado de ações, o valor justo da participação pré-existente da investidora seria, por exemplo, de R\$7.000.000,00.

Como os não controladores detêm 20% das ações, e tendo em conta o valor da cotação de mercado, chega-se, por exemplo, ao valor justo de R\$3.500.000,00. Considere-se, por outro lado, que XYZ efetue um pagamento de R\$8.000.000,00 para obter os 40% restantes do capital votante, que é o prêmio pelo controle. Dessa forma, o valor atribuído ao negócio como um todo será de R\$18.500.000,00 (R\$7.000.000,00, que é a participação pré-existente; R\$8.000.000,00, que equivale à participação adquirida; e R\$3.500.000,00, que é a participação de não controladores). Se, por exemplo, o valor justo dos ativos líquidos tivesse sido

avaliado em R\$15.500.000,00 e ao negócio como um todo tivesse sido atribuído o valor de R\$18.500.000,00, o valor do *goodwill* gerado seria de R\$3.000.000,00.

Adotando-se o cálculo pelo segundo critério, mensuração dos não controladores pela parte que lhes é cabível, considerando o valor justo dos ativos líquidos, o resultado seria outro.

Nesse segundo critério, a participação pré-existente (R\$7.000.000,00) e o prêmio pago pelo controle (R\$8.000.000,00) não se modificam, mas como é possível efetuar a mensuração da participação dos não controladores pela parte que lhes é cabível pelo valor justo dos ativos líquidos, e sendo o valor justo dos ativos líquidos equivalente a R\$15.500.000,00, a parte cabível aos não controladores seria de R\$3.100.000,00 (20% de R\$15.500.000,00). O valor total atribuído ao negócio teria por resultado o montante de R\$18.100.000,00 (R\$7.000.000,00 da participação pré-existente; R\$8.000.000,00 da participação adquirida; e R\$3.100.000,00 da participação dos não controladores).

Com base nesse modelo, a participação dos não controladores seria inferior ao modelo anterior, porque, da parcela desses não controladores, teria de ser retirada a parcela do *goodwill*, que lhes era atribuída no modelo anterior.

O *goodwill* apurado no primeiro cenário, de R\$3.000.000,00, não pertence exclusivamente à adquirente, pois contém uma parcela atribuível aos não controladores. A parcela do *goodwill* pertencente à adquirente será de R\$2.600.000,00 (15.000.000,00 - R\$12.400.000,00 [80% de R\$15.500.000,00]) sendo atribuível aos não controladores a parcela de R\$400.000,00. No segundo cenário, a parcela do *goodwill* atribuível aos não controladores estará totalmente expurgada da combinação do negócio. O balanço consolidado da investidora (adquirente) e da investida refletirá essas opções.

Outra consequência diz respeito ao teste de recuperabilidade do *goodwill* (*impairment*), que, nos termos do CPC 36, deverá ser efetuado por meio da extrapolação, que é uma modalidade de arbitramento da parcela do *goodwill* cabível aos não controladores.

O quarto passo trata da participação de não controladores e da determinação do *goodwill* o qual, como já mencionado, é um excesso de valor. Na determinação, de seu valor é preciso segregar dois componentes fundamentais: (i) o valor atribuído ao negócio e (ii) o valor justo dos ativos líquidos.

Nesse caso, imagine-se uma situação em que ABC esteja adquirindo 60% do capital votante de outra sociedade, PQR, obtendo seu controle, embora já detivesse 20% das ações de PQR. Por consequência, sobrarão 20% para os não controladores, sendo assim, que valor seria atribuído ao negócio como um todo?

A resposta é que o montante dado em troca da obtenção de controle bem como a participação pré-existente, devam ser avaliados a valor justo, facultando-se ao adquirente optar pela mensuração da parcela atribuível aos não controladores pelo valor justo ou pela parcela que lhes caiba nos ativos líquidos do negócio.

Nesse caso, admitindo-se que o adquirente tenha optado pela avaliação a valor justo, que o valor total atribuído ao negócio equivalha a R\$15.000.000,00 e que o valor justo dos ativos líquidos seja de R\$12.000.000,00, o resultado corresponderia a um *goodwill* de R\$3.000.000,00.

Para ser caracterizado como *goodwill* é necessário, nos termos do CPC 15, que haja um excesso de valor pago pela obtenção do controle. Caso, porém, o valor atribuído ao negócio seja inferior ao valor atribuído aos ativos líquidos, essa situação é denominada de ganho por compra vantajosa.

Suponha-se que o montante atribuído a um negócio (participação adquirida, participação pré-existente e participação e não controladores) seja de R\$10.000.000,00 e o valor justo dos ativos líquidos seja de R\$10.500.000,00. Nesse caso, contabilmente não se pode falar em *goodwill*, mas sim em um ganho por compra vantajosa (deságio).

Trata-se de ganho porque essa diferença de R\$500.000,00 representa o caixa teórico na data de aquisição, pois, se os ativos fossem vendidos e as dívidas quitadas, o excedente seria embolsado pelo adquirente do negócio.

Consequência da edição do CPC 15 é que uma vez reconhecido o ágio por expectativa de rentabilidade futura esse intangível não mais poderá ser amortizado, devendo ser registrado em conta separada no balanço patrimonial da adquirente, que assim será obrigada a testá-lo anualmente nos termos do CPC 01 (teste de recuperabilidade ou *impairment*)¹¹³.

¹¹³ CPC 33, item 18. “Em função de o ágio fundamentado em rentabilidade futura (*goodwill*), integrar o valor contábil do investimento em uma coligada (não é reconhecido separadamente), ele não será testado separadamente em relação ao seu valor recuperável. Em vez disso, o valor contábil total do investimento é que será testado como um único ativo, em conformidade com o disposto no Pronunciamento Técnico CPC 01 – Redução ao Valor Recuperável de Ativos, pela comparação de seu valor contábil com seu valor recuperável (valor de venda líquido dos custos para vender ou valor de uso, dos dois o maior), sempre que os requisitos do Pronunciamento Técnico CPC 38 –

O princípio básico que rege o *impairment* é o de que um ativo não pode ser objeto de registro com valor superior ao seu valor de recuperação e as perdas por *impairment* deverão ser levadas diretamente ao resultado contábil do período.

Outro ponto que merece destaque é que o *impairment*, independentemente das discussões que de certo a Lei 12.973/14 c despertará, passará a ter relevância no reconhecimento do ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), no novo regime tributário instituído pela citada lei.

Isso porque o artigo 22 dessa mesma lei refere-se “ao saldo do referido ágio existente na contabilidade na data do evento”, o que, a depender do sentido e alcance que seja dado à data do evento, pode significar importante consequência na alteração do aproveitamento do ágio.

É que, como dito, a nova regra do ágio contábil não permite que a sua amortização fique sujeita a testes de recuperabilidade, devendo ele (o ágio) ser baixado na medida em que se comprovem perdas em seu saldo contábil, equivalendo estas a uma redução em seu valor inicial de reconhecimento.

Assim é que, se a data do evento coincidir com a data da reorganização societária (incorporação, fusão, cisão), testes de *impairment* já poderão ter sido efetuados, inclusive mediante verificação de perdas no valor do *goodwill* inicial reconhecido, o que levará a uma redução em seu valor a partir dos ajustes contábeis contra a conta de resultado.

Por outro lado, se a data do evento coincidir com a data da aquisição da participação societária, ao menos a integridade de mensuração e reconhecimento inicial do *goodwill* estarão preservados e os testes de *impairment* até a ocorrência do evento de uma operação de reorganização societária não afetarão o aproveitamento tributário do ágio.

Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração indicarem que o investimento possa estar afetado, ou seja, que indicarem alguma perda por redução ao seu valor recuperável. Uma perda por redução ao valor recuperável reconhecida nessas circunstâncias não será alocada para algum ativo que constitui parte do valor contábil do investimento na coligada, incluindo o ágio fundamentado em rentabilidade futura (*goodwill*). Conseqüentemente, a reversão dessas perdas será reconhecida de acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 01, na medida do aumento subsequente no valor recuperável do investimento. Na determinação do valor de uso do investimento, a entidade deve estimar: a) sua parte no valor presente dos fluxos de caixa futuros que se espera serem gerados pela coligada, incluindo os fluxos de caixa das operações da coligada e o valor residual pela alienação do investimento; ou b) o valor presente dos fluxos de caixa futuros esperados em função do recebimento de dividendos provenientes do investimento e o valor residual esperado com a alienação do investimento”.

3.3 **Ágio Tributário. Decreto-Lei 1.598/77, Lei 9.532/98, e Lei 12.973/14 (objeto da conversão da Medida Provisória 627/13)**

Sob o ângulo tributário, o ágio é constituído pela diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor do patrimônio líquido da empresa investida e segundo Bulhões Pedreira (2014), configura-se como

parte do custo de aquisição do investimento que corresponde ao direito de participar em valores que não se acham registrados na escrituração de controlada ou coligada. Sempre que seu fundamento é identificado e quantificado, somente deve continuar registrado como elemento do ativo da investidora enquanto o valor que o justificou existir na controlada ou coligada. À medida que a controlada ou coligada realiza esse valor e o computa no seu resultado, a investidora recupera (através da participação no resultado) o capital por ela aplicado no custo de aquisição do investimento; e se a controlada ou coligada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado¹¹⁴.

Sob a ótica fiscal, o ágio possui indubitável relevância para o imposto de renda e para a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), ambos circunscritos no âmbito da competência instituidora da União. O primeiro por expressa disposição constitucional contida no artigo 153 do texto da Constituição; e o segundo, com autorização fundante no inciso I do artigo 195 também da Constituição.

Em consonância com as lições de Geraldo Ataliba sobre os aspectos da hipótese de incidência, o ágio relaciona-se com os aspectos material e quantitativo de tal hipótese; primeiro, porque o ágio está intimamente imbricado ao conceito de renda e, depois, porque o ágio conforma o elemento base de cálculo, diante da possibilidade de dedução do montante apurado reconhecido como ágio da base de cálculo daqueles dois tributos.

Inúmeras são as razões que levam à formação do ágio, sobretudo porque a avaliação de uma empresa, visando a uma potencial aquisição geralmente leva em conta outros tipos de análise além da mera comparação do patrimônio líquido¹¹⁵.

¹¹⁴ PEDREIRA, José Luiz Bulhões citado por NOVAIS, Raquel; TONANNI, Fernando. Ágio: novo regime jurídico e questões atuais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014. p. 329-330.

¹¹⁵ Método bastante difundido é o método do fluxo de caixa descontado, em que se avalia o investimento por meio de sua capacidade de geração de receita, trazendo-se os fluxos de caixa de anos posteriores ao exercício avaliado por meio de uma taxa de desconto. Uma das métricas do fluxo de caixa descontado é o EBTIDA, cuja sigla em português é o LAJIDA.

A forma de apuração e reconhecimento do ágio, segundo a dicção das normas tributárias, está necessariamente atrelada ao ativo que lhe tenha dado origem.

Para tanto, o Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, determinou o desdobramento do custo de aquisição dos investimentos avaliados pelo método de equivalência patrimonial, em contas distintas do balanço patrimonial da investidora. E mais: o Artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77 estipula que a pessoa jurídica que adquirir participação societária avaliada pelo método da equivalência patrimonial (MEP) deve desdobrar o custo da aquisição do investimento (i) no valor do patrimônio líquido da época da aquisição e (ii) no ágio ou no deságio verificado na aquisição.

Assim, segundo as regras do Decreto-lei nº 1.598/77, o reconhecimento do ágio pode ocorrer por razões diversas e o respectivo tratamento para fins fiscais (dedutibilidade) pode variar diante da natureza e dos fundamentos econômicos de sua formação, quais sejam:

- (a) mais valia de ativos: refere-se ao valor proporcional à participação acionária da investidora, aplicado sobre a diferença entre o valor de mercado dos bens da investida e o valor líquido contábil desses bens; o ágio gerado é agregado ao valor do bem sendo deduzido segundo as regras aplicáveis à depreciação;
- (b) expectativa de rentabilidade futura: o ágio formado decorre da expectativa de geração de receitas da sociedade investida (*goodwill*), sendo deduzido da base da tributável como benefício fiscal na proporção de 1/60;
- (c) outras razões econômicas (fundo de comércio, intangíveis): englobando inúmeras hipóteses, como marcas, patentes, fundo de comércio, clientela etc., as quais, no entanto, são objeto de muitas críticas, sobretudo porque o fundo de comércio e os intangíveis configurariam modalidades já inseridas nas hipóteses anteriores, podendo, o aproveitamento fiscal do ágio, seguir as regras das alíneas (a) ou (b), dependendo da natureza da sua formação.

Interessante notar que, sem qualquer critério a alínea (c) conferiu um tratamento tributário ao fundo de comércio completamente diverso ao *goodwill* objeto da alínea (b), o que além de ter sido redundante (*goodwill* e fundo de comércio são a

mesma coisa) foi extremamente infeliz ao conferir caráter contraditório ao mesmo instituto¹¹⁶.

O Artigo 391 do Regulamento do Imposto de Renda - RIR estipula que a amortização do ágio não é despesa dedutível do cálculo do lucro real, devendo ser adicionada na apuração do lucro tributável da sociedade investidora¹¹⁷.

Nos termos dessa legislação, o ágio só se torna tributariamente dedutível na hipótese de posterior alienação da participação societária, segundo a regra do Artigo 426, do Regulamento do Imposto de Renda, ocasião em que o ágio gerado na aquisição será acrescido ao custo da aquisição do investimento para fins de apuração do ganho ou da perda de capital¹¹⁸.

Com a edição da Lei nº 9.532/97, tornou-se possível a dedução fiscal do ágio nas operações de incorporação, fusão e cisão realizadas entre a investidora e a investida, de acordo com a regra do Artigo 7º (reproduzida no Artigo 386, do RIR):

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 Artigo anterior (Lei nº 9.532, de 1997, art. 7º e Lei nº 9.718, de 1998, art. 10):

116

E, mesmo utilizando-se do conceito de fundo de comércio mais utilizado em Contabilidade, em nada se tem auxílio: em Contabilidade, frequentemente, essa expressão é sinônima pura e simplesmente de goodwill. vejam-se os dicionários contábeis de Sérgio de Iudícibus e José Carlos Marion, Antonio Lopes de Sá e tantas outras obras da área. (No direito parece também muitas vezes ser esse o sentido quando a Justiça determina, na apuração de haveres, a inclusão do fundo de comércio na apuração de um determinado patrimônio que já contém caixa, estoques, imóveis, clientes etc.). Infeliz expressão introduzida nesse contexto. (MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Intangível: sua relação contabilidade/direito: teoria, estruturas concêntricas e normas: problemas fiscais de hoje. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 2. p. 77).

117 “Art. 391. As contrapartidas da amortização do ágio ou deságio de que trata o art. 385 não serão computadas na determinação do lucro real, ressalvado o disposto no art. 426 (decreto-lei 1.598, de 1977, art. 25, e decreto-lei 1.730, de 1979, art. 1º, inc. III). Parágrafo único. Concomitantemente com a amortização, na escrituração comercial, do ágio ou deságio a que se refere este artigo, será mantido controle, no Livro, para efeito de determinação de ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento (art. 426).”

118 “Art. 426. O valor contábil para efeito de determinar ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação de investimento em coligada ou controlada avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 384), será a soma algébrica dos seguintes valores: I – valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte. II – ágio ou deságio na aquisição do investimento, ainda que tenha sido amortizado na escrituração comercial do contribuinte, excluídos os computados nos exercícios financeiros de 1979 e 1980, na determinação do lucro real. III – provisão para perdas que tiver sido computada, como dedução, na determinação do lucro real, observado o disposto no parágrafo único do artigo anterior”.

I – deverá registrar o valor do ágio ou deságio cujo fundamento seja o de que trata inciso I do § 2º do Artigo anterior, 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 o inciso III do § 2º do Artigo anterior, 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 o inciso II do § 2º do Artigo anterior, nos balanços correspondentes à apuração do lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração;

(...) § 6º O disposto neste Artigo aplica-se, inclusive, quando (Lei nº 9.532, de 1997, art. 8º):

(...) II – a empresa incorporada, fusionada ou cindida for aquela que detinha a propriedade da participação societária.

Foi na origem desse dispositivo, sustentada por abalizada doutrina¹¹⁹, que o Governo encontrou uma estratégia destinada a elevar o valor patrimonial das empresas públicas que integraram o programa geral de privatização, como forma de atrair investidores e com isso possibilitar a maximização dos valores dos leilões de privatização.

Digna de nota, como observa Roberta Bordini Prado em sua dissertação de mestrado¹²⁰, foi a tentativa de eliminação da possibilidade de amortização do ágio (pela revogação do inciso III do artigo 7º da Lei 9.532/98) contida no projeto de lei 2.922, de autoria do Deputado Valdemar Costa Neto. Muito embora o projeto tenha sido arquivado, as posições acerca da subsistência do direito de amortização do

119

Muitos acreditam que a referida lei constituiu incentivo fiscal às privatizações. Neste sentido é o entendimento de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Freitas, quando estes assinalam que o tratamento fiscal conferido ao ágio pela Lei nº 9.532/1997 'foi estabelecido no contexto de incentivo às privatizações, em que o Estado brasileiro tinha interesse em oferecer condições vantajosas aos adquirentes e, com isso, conseguir melhores preços'. O mesmo raciocínio pode ser visto em Marcel e Michel Gulin Melhem, segundo os quais uma (e talvez a principal) das razões para a criação das normas sobre dedutibilidade do ágio na incorporação teria sido o incentivo ao 'então chamado Programa Nacional de Desestatização, tornando as empresas estatais mais atraentes aos investidores privados, uma vez que o ágio eventualmente pago aos leilões de privatização poderia ser deduzido fiscalmente'. É, ainda, o mesmo entendimento de João Dácio Rolim e Frederico de Almeida Fonseca, para quem um dos motivos para o tratamento dado ao ágio pela Lei nº.532/97 'foi o de fomentar o chamado Programa Nacional de Desestatização do Governo Federal' (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 66-67).

120 PRADO, Roberta Bordini. **Amortização do ágio e imposto sobre a renda: incorporação, fusão e cisão**. São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo, 2012. p. 199.

ágio foram objeto de posições antagônicas. Enquanto o relator do projeto justificava a revogação do dispositivo por conta de argumentos de moralidade e justiça, o Deputado Luiz Antonio Fleury justificava o direito de dedução do ágio porque esse padrão contábil jamais poderia configurar uma lesão ao erário, configuradora na realidade de uma verdadeira despesa operacional da sociedade adquirente.

O que importa destacar nesse projeto de lei é que ambos os Deputados reconheceram em suas justificativas que a razão preponderante da lei 9.532/98 foi exatamente atrair interesse nos leilões de privatização das sociedades detidas pelo Governo.

Uma das críticas que se faz ao dispositivo em questão, reside na necessidade de se implementar as operações de incorporação, fusão ou cisão como medidas antecedentes ao aproveitamento do ágio. A rigor, esse passo seria desnecessário, além de gerar maior custo e burocracia para as empresas.

Com a efetivação de uma das operações societárias de fusão, cisão ou incorporação e, conseqüentemente, com a extinção da participação da investidora, o ágio anteriormente registrado como subconta de investimento passou a ser transferido para outras contas do ativo permanente, variando de acordo com o fundamento econômico de sua formação:

- (i) O ágio fundado na mais valia de ativos deve ser registrado em contrapartida à conta dos bens ou direitos que lhe deram causa, devendo a sua respectiva amortização ocorrer na proporção em que os bens forem sendo realizados por depreciação ou mediante perecimento, por exemplo (Art. 386, I, RIR);
- (ii) O ágio fundado em outras razões (Art. 386, II, RIR) não é passível de amortização diante da dificuldade de sua mensuração, devendo permanecer no ativo permanente da pessoa jurídica investidora;
- (iii) O ágio fundado na rentabilidade futura (*goodwill*, art. 386, III, RIR) pode ser amortizado, via despesa, em cinco anos, à razão de 1/60.

Essa subdivisão nos fundamentos do ágio é muito criticada pela doutrina, na medida em que, na realidade, o ágio somente se constitui quando da apuração da diferença entre o valor pago pelo investimento e o valor justo dos ativos tangíveis e

intangíveis, o que irá configurar de fato o *goodwill*¹²¹, qual seja o ágio fundado na expectativa de rentabilidade futura, conforme se menciona em “iii”, acima.

E foi esse o regime fiscal do ágio que entrou em vigor a partir de 31 de dezembro de 2007, e ao qual a Lei nº 11.941/09, que instituiu o RTT, visava a manter intacto diante das mudanças dos paradigmas contábeis introduzidos pela Lei nº 11.638/09, mas que vigeu até a entrada em vigor da Medida Provisória 627, de dezembro de 2013, agora convertida na Lei 12.973/14. Assim, enquanto vigente o RTT, a nova legislação societária contábil não impactou o aproveitamento e a amortização fiscal do ágio como estabelecido pela legislação do imposto de renda em vigor (RIR, Arts. 385 e 386).

Uma das modificações promovidas pela Lei nº 11.638/07, que impactou o ágio, dizia respeito à extinção da conta do “ativo diferido”, na qual se contabilizava o ágio oriundo das operações de fusão, cisão e incorporação. Com a extinção dessa conta, o Artigo 178 da Lei das Sociedades Anônimas passou a dispor que o Ativo Não Circulante seja composto das seguintes contas: (a) ativo realizável a longo prazo; (b) investimentos; (iii) imobilizado; (iv) intangível.

No artigo seguinte da mesma lei (Art. 179, da Lei 6.404/76), ficou estabelecido que, no intangível, “devem ser registrados os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido”, o que, num primeiro olhar, poderia estar indicando que, com a extinção do ativo diferido, a contabilização do ágio deveria ocorrer na nova conta de intangível.

Entretanto, com a regulamentação da conta do ativo intangível pela CVM, por meio da aprovação do CPC nº 04, ficou consignado que o ágio por expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) não é regido pelas normas do CPC nº 04:

¹²¹ “Ora, com esse sentido, a expressão fundo de comércio não pode ser utilizada na análise do decreto-lei 1.598/77; se o fundo de comércio compreende todos os bens materiais e imateriais necessários à exploração do negócio, ele se refere a todos os ativos materiais, ativos imateriais e passivos necessários ao funcionamento do negócio. Abrange, portanto, todos os elementos patrimoniais que mais recentemente chamamos de operacionais. Assim, abrange obrigatoriamente o caixa necessário no dia a dia do estabelecimento comercial; ora, o caixa já está abrangido na letra (a) do artigo 20 (bens do ativo). Fundo de comércio, nesse sentido de estabelecimento comercial, abrange seus estoques, é óbvio; mas os estoques também estão abrangidos na letra (a) do citado artigo 20. Fundo de comércio abrange os recebíveis dos clientes, mas isso está abrangido naquela letra (a) também; abrange o imobilizado necessário à operação, mas ele obviamente também está na mesma letra (a); abrange seus passivos comerciais, que apesar de não mencionados no decreto-lei citado, também são considerados como parte da letra (a). ou seja, entender ‘fundo de comércio’ nesse sentido, nessa letra (c) do artigo 20 do DL 1.598/77, é provocar reconhecimento duplicado de todos os elementos patrimoniais do estabelecimento.

Consoante previsto no item 2, este Pronunciamento não se aplica ao ágio derivado de expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*) decorrente de aquisição de investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial ou decorrente de combinação de negócios. A forma de apuração e reconhecimento do ágio derivado de expectativa e rentabilidade futura (*goodwill*) decorrente de uma combinação de negócios ou decorrente da aquisição de investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial serão objetos de pronunciamentos específicos pelo CPC. Enquanto esses pronunciamentos específicos não forem emitidos, a previsão de reconhecimento separado do ativo intangível a que se refere o art. 34 deste Pronunciamento, adquirido em uma combinação de negócios, permanece sem efeito.

Com a edição da Lei 12.973/14, objeto da conversão da MP 627, o artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77 sofreu profundas motivações, numa clara tentativa de aproximação do padrão tributário ao padrão contábil a respeito do *goodwill*.

Importante esclarecer que a edição da Lei 12.973/14 teve por fundamento regular o fim do regime tributário de transição, procurando realçar a independência das ciências contábeis e jurídicas, mas o fez de forma a aproximar o tratamento jurídico às regras contábeis, o que, apesar de buscar a manutenção da integridade dos códigos de fechamento operacional de ambos os sistemas, segundo a teoria de Niklas Luhmann, objeto de análise no capítulo primeiro, foi realizado de tal forma que violou o código operativo do direito tributário, o qual, na dicção do ordenamento constitucional tributário, trabalha com código operativo próprio.

Todavia, mesmo mantendo a coerência e integridade desses subsistemas, a Lei 12.973/14 conferiu ao ágio fiscal um tratamento de benefício fiscal, o que, tecnicamente, pelo código decisório do direito, não foi a decisão legítima e, portanto, acertada sob o viés constitucional. É que o código operativo decisório do direito tributário precisa ser validado pelas regras e princípios constitucionais, que no caso do ágio, por estar atrelado ao imposto de renda, precisa seguir as diretrizes do princípio da capacidade contributiva e do conceito constitucional de renda, abordagens que serão objeto do capítulo quarto.

Nesse sentido, a Lei 12.973/14 implementou profundas modificações no texto do artigo 20 do Decreto-lei nº 1.598/77, especialmente quanto ao desdobramento do custo de aquisição de investimentos e ao novo conceito de ágio, que se aproxima do conceito do *goodwill* contábil.

Da mesma forma, a Lei 12.973/14 também alterou significativamente o regime de aproveitamento do ágio definido nos artigos 7º e 8º da lei 9.532/97, embora o artigo 65 dessa mesma lei tenha permitido o aproveitamento fiscal do ágio nas

incorporações, fusões e cisões no regime de tais dispositivos até 2017, em relação às participações societárias adquiridas até 31.12.2014.

Como visto, as consequências trazidas pelas modificações implementadas pela Lei 12.973/14 foram no sentido de que o reconhecimento, a mensuração e o aproveitamento do ágio para fins tributários ficaram extremamente similares às regras definidas no regime contábil introduzido pelo CPC 15. Além disso, a Lei 12.973/14 reafirmou as normas do artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77 e artigos 7º e 8º da lei 9.532/98, de maneira a conferir benefícios fiscais ao aproveitamento tributário do ágio, o que, como se verá adiante, não é o sentido preconizado pelo sistema constitucional.

Sobre a CSLL, o artigo 50 da Lei 12.973/14 estipulou que o novo regime do ágio seja aplicável à apuração da base de cálculo dessa contribuição reafirmando, assim, a sua natureza de adicional de imposto de renda, o que contribuirá para dar fim às tentativas de se criar um regime diferenciado para amortização do ágio, entre IRPJ e CSLL. Aliás, a própria exposição de motivos da MP 627 estabelecia que seu artigo 48 visava “a dar o mesmo tratamento previsto na apuração do IRPJ à CSLL”.

Uma alteração importante promovida pela Lei 12.973/14 diz respeito ao MEP, pois, ao suprimir os termos coligada e controlada do artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77, e referindo-se nos dispositivos seguintes à investida, procurou manter coerência com os novos padrões contábeis que já determinavam a aplicação do método de equivalência patrimonial a outras formas de contabilização e avaliação de investimentos, não se restringindo às controladas e coligadas. De toda sorte, esse ajuste não implicou alterações relevantes no regime da Lei 9.532/97, que já determinava, no seu artigo 8º, o desdobramento do custo de aquisição e do tratamento do ágio e deságio, nos eventos de reorganizações societárias, também a outras formas de avaliação de investimentos que não exclusivamente ligadas ao MEP.

Com relação ao reconhecimento, mensuração e aproveitamento do ágio, a Lei 12.973/14 aplicou a sistemática normativa adotada pelo CPC 15, pois, de acordo com a nova sistemática introduzida desde os primórdios dessa lei, isto é, na época da edição da MP 627, o adquirente de um negócio deveria, no momento da aquisição, desdobrar o custo do investimento em (i) valor patrimonial da investida na data de aquisição; (ii) mais-valia ou menos-valia, correspondente à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida e o seu respectivo valor patrimonial, e (iii)

ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), correspondente à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor justo dos ativos líquidos (valor patrimonial dos ativos atualizados segundo o respectivo valor de mercado desses ativos).

A nova sistemática não deixa dúvidas, assim, de que foi espelhada nos padrões contábeis introduzidos pelo CPC 15 e uma rápida investigação sobre os quatro passos de mensuração de uma combinação de negócios evidencia isso. A única diferença entre o regime introduzido pela Lei 12.973/14 e a normativa disciplinada no CPC 15, é que o ágio no regime contábil está sujeito ao teste de *impairment* (recuperabilidade), admitindo a Lei 12.973/14 que se faça a dedução, da base de cálculo do IRPJ, do ágio fundado em rentabilidade futura, à razão de 1/60, num evidente tratamento de benefício fiscal conferido ao ágio.

No regime anterior à Lei 12.973/14 e da MP 627, o ágio surgia a partir da diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial, ocasião em que o contribuinte deveria indicar o fundamento econômico do ágio conforme a motivação (rentabilidade futura, mais valia de ativos ou outras razões econômicas). Ao contrário do regime anterior, a motivação do contribuinte sobre o fundamento do ágio deixa de ser importante, uma vez que não é mais possível alocar o ágio em uma das três razões econômicas, sendo exigida a alocação de parcela do preço de aquisição no valor justo dos ativos líquidos da investida, tornando-se irrelevante a circunstância de a mais valia dos ativos ter ou não sido o motivo do pagamento do preço.

Assim, convém consignar que, no regime da Lei 12.973/14, o ágio não mais equivale ao custo de aquisição que excede o patrimônio líquido, passando a seguir a métrica contábil, segundo a qual ágio é a parcela que excede o valor justo dos ativos, equivalendo ao *goodwill* contábil ou preço que se paga por uma expectativa de rentabilidade futura.

Entretanto, sob o prisma constitucional, amparado no princípio da capacidade contributiva, que é a decisão operativa do sistema do direito tributário, esse novo regime introduzido pela Lei 12.973/14 é inválido, como será demonstrado mais adiante, no capítulo quatro.

Nesse contexto, a Lei 12.973/14 também extinguiu a possibilidade de se buscar justificativas do ágio em outras razões econômicas, apesar disso ser previsto no regime anterior. Essa possibilidade foi muito criticada pela doutrina e pelo Fisco, que sempre glosou parcelas de ágio alocadas dessa forma.

Outro ponto que também foi objeto de significativa mudança é a questão da comprovação do ágio pelo contribuinte. A redação original do § 3º do artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77 estipulava que o ágio gerado em situações de mais valia e de rentabilidade futura deveria ser objeto de demonstração e arquivamento pelo contribuinte como comprovante de escrituração, embora a norma não exigisse formalidades para a realização dessa demonstração¹²².

A nova regra introduzida pela Lei 12.973/14 exige que o contribuinte comprove e justifique o ágio relacionado ao valor justo dos ativos líquidos adquiridos, mediante laudo elaborado por perito independente e que seja protocolado na Secretaria da Receita Federal ou tenha o respectivo sumário arquivado em cartório de títulos e documentos até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao mês em que tiver ocorrido a aquisição da participação societária.

Caso o contribuinte não observe o procedimento de dedução do ágio por expectativa de rentabilidade futura, da base de cálculo do lucro real, outro procedimento não poderá ser implementado.

A novidade desse regime é que agora, no regime da Lei 12.973/14, o *goodwill* (ágio por expectativa de rentabilidade futura), como parcela excedente da avaliação dos ativos líquidos a valor justo, deixa de ser objeto de comprovação por laudo ou demonstração. Nesse sentido, a única avaliação documentada passa a ser a dos

¹²² “A expressão ‘demonstração é bastante ampla. Não se indica como se faz a prova. Basta que se demonstrem o lançamento e seus fundamentos. A falta de disciplina legal do tema leva à conclusão de que o contribuinte tem ampla liberdade na forma como comprovará a fundamentação adotada. O legislador impõe que se identifique o fundamento por que houve o pagamento do preço, sendo rigoroso quanto ao seu aspecto temporal (no momento da aquisição, já se deve fazer o desdobramento, indicando o fundamento do ágio) mas silenciando quanto à forma. Também exige o arquivo da ‘demonstração’. Mas não diz como deve ser feita. Ingressa-se no delicado tema da prova. Se é verdadeiro que o contribuinte pode valer-se de qualquer meio de prova em direito admitido, não se pode deixar de observar que se está diante da prova de uma motivação, i.e, do motivo determinante da aquisição. Não há na lei qualquer requisito quanto à forma do estudo ou seu conteúdo, implicando ampla liberdade nesse aspecto. (...) É prática comum, em operações societárias de maior porte, que compradores e vendedores se façam valer da assessoria de especialistas, no mercado que se denomina *mergers and acquisitions*. Em circunstâncias normais, os assessores avaliarão a empresa a ser adquirida (*target company*), propondo ao comprador uma certa margem (*range*) para fixação do preço. Ocorrendo tais circunstâncias, a apresentação à fiscalização, pelo contribuinte, do relatório que levou à tomada de sua decisão parece ser elemento importantíssimo para a prova da fundamentação do ágio pago. A documentação assim apresentada não precisa, portanto, ter necessariamente a forma de um laudo. Muitas vezes, a decisão se faz a partir de uma apresentação de *slides*, quando muito corporificados em um Relatório Executivo (*Executive Summary*), onde os principais elementos para a tomada de decisão surgem como meros tópicos (*bullet points*). (SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 33-34).

ativos líquidos a valor justo, condição essencial para a dedutibilidade do ágio, segundo o novo regime da Lei 12.973/14.

Questão que futuramente despertará enormes discussões e diversas interpretações diz respeito à possibilidade de desconsideração do laudo de avaliação elaborado por perito independente, na hipótese em que a autoridade fazendária entender, nos termos do § 4º do artigo 20 da Lei 12.973/14, que “os dados nele [no laudo] constantes apresentem vícios e incorreções de caráter relevante”.

Diante de tal possibilidade, eis algumas das questões passíveis de serem levantadas: i) Qual será o alcance emprestado a esse dispositivo pelas autoridades? ii) Vício equivalerá ao defeito dos negócios jurídicos, de acordo com os critérios do Direito Civil? iii) É caráter relevante? iv) O que será relevante? v) A discricionariedade administrativa? vi) O laudo elaborado por perito independente não teria o efeito de gerar uma prova válida a favor do contribuinte cabendo às autoridades fazer prova em contrário?

Essas e outras questões fatalmente serão objeto de acirradas discussões e de várias interpretações, o que apenas contribuirá para a formação de uma enorme insegurança jurídica, que poderá levar bastante tempo e esforço doutrinário e jurisprudencial para ser sanada.

De toda sorte, esse dispositivo desafia uma interpretação conforme a constituição, no sentido de que a desconsideração do laudo pela autoridade fazendária somente poderá ser efetivada após instauração do direito de defesa do contribuinte, fato prestigiador do princípio do devido processo legal.

Outro tema extremamente relevante endereçado pela Lei 12.973/14 que entendemos tenha acertadamente corrigido as equivocadas regras trazidas pela MP 627 foi a questão do tratamento conferido ao denominado ágio intragrupo, que passa a ter seu aproveitamento legitimado, embora vedado em outros ordenamentos jurídicos.

Ágio intragrupo é aquela modalidade de ágio que decorre de aquisição de investimentos entre partes dependentes e que a doutrina contábil estrangeira, especialmente a americana, nunca reconheceu por conta de dificuldades em sua demonstração eficaz.

Importante, nesse aspecto, é que, embora não tenha sido o regime aprovado na dicção da lei 12.973/14, vale a pena fazer rápida incursão nas regras trazidas

pela MP 627 sobre o ágio intragrupo e assim demonstrar como foi acertada essa correção implementada pelo texto aprovado na Lei 12.973/14.

Nesse sentido, o artigo 21 da MP 627 determinava que o ágio por rentabilidade futura somente podia ser usado na apuração do lucro real do IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica que absorvesse o patrimônio de outra sociedade por meio de uma modalidade de reorganização societária (fusão, incorporação e cisão), desde que essas partes (adquirente/investidora e adquirida/investida) não possuíssem relação de dependência. E as hipóteses configuradoras desse vínculo de dependência eram o objeto do artigo 24 do citado dispositivo.

É de se esclarecer que o regime anterior à MP 627 não disciplinava o ágio intragrupo, de maneira que não havia qualquer diferença de tratamento entre o ágio gerado em operações entre partes dependentes e independentes.

Isso não significa, porém, que o ágio intragrupo não exista e não possa ser reconhecido, mensurado e aproveitado. Existe sim certa dificuldade para sua comprovação, mas isso não pode ser considerado fato impeditivo para seu reconhecimento e aproveitamento, porque esse fato nunca foi óbice previsto na legislação e na jurisprudência do CARF^{123 124}. Além do mais, bastaria maior rigor na

¹²³ Aliás no processo 10680.724392/2010-28, que originou o Acórdão 1101-00.708, o CARF legitimou uma operação envolvendo a questão do ágio intragrupo. “Ágio. Requisito do Ágio. O art. 20 do Decreto-Lei 1.598-77, retratado no artigo 385 do RIR/1999, estabelece a definição de ágio e os requisitos do ágio, para fins fiscais. O ágio é a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor patrimonial das ações adquiridas. Os requisitos são a aquisição de participação societária e o fundamento econômico do valor de aquisição. Fundamento econômico do ágio é a razão de ser da mais valia sobre o valor patrimonial. A legislação fiscal prevê as formas como este fundamento econômico pode ser exposto (valor de mercado, rentabilidade futura, e outras razões) e como deve ser determinado e documentado. Ágio Interno. A circunstância de a operação ser praticada por empresas do mesmo grupo econômico não descaracteriza o ágio, cujos efeitos fiscais decorrem da legislação fiscal. A distinção entre ágio surgido em operação entre empresas do grupo (denominado de ágio interno) e aquele surgido em operações entre empresas sem vínculo, não é relevante para fins fiscais”. Embora o julgado não tenha sido unânime, o voto vencedor do Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, demonstra, baseado na doutrina de Eliseu Rezende, a viabilidade de formação do ágio interno: “Na sua essência, a situação que subjaz ao lançamento é a seguinte: 1º) a empresa “A”, controladora de “B”, subscreve e integraliza capital na empresa “C”, utilizando ações de “B”; 2º) na integralização, as ações de “B” são recebidas por “C” por valor maior do que o valor patrimonial, sendo a diferença justificada por laudo de avaliação, em razão de expectativa de resultado futuro; 3º) com a integralização, a empresa “A” apura ganho de capital pela alienação do controle de “B” e a empresa “C” registra ágio pela aquisição a valor maior do que o valor patrimonial das ações que adquiriu; 4º) a empresa “B” (controlada) incorpora a empresa “C” (controladora) e passa a contabilizar a amortização do ágio. (...) Na verdade, as manifestações contrárias ao ágio interno que essas autoridades emitem se referem apenas ao aspecto contábil e não ao aspecto legal-tributário. Ou seja, Jorge Vieira da Costa Junior e Eliseu Martins reconhecem expressamente o ganho tributário, mas não admitem que a contabilidade retrate o ágio nascido de operações entre empresas do mesmo grupo”.

possibilidade de aproveitamento desse tipo de ágio, a partir da exigência de demonstração, pelo adquirente, de que este teria realmente incorrido no pagamento da participação em condições de mercado, de vez que nem sempre a aquisição de participação entre partes dependentes é realizada de forma artificial¹²⁵. Essa presunção absoluta, prevista na MP em desfavor do contribuinte, fere o princípio constitucional da razoabilidade.

Luís Eduardo Schoueri comenta dois julgados do CARF em que a temática do ágio intragrupo foi posta em discussão, e embora os julgados tenham favorecido ao fisco, o problema deveu-se a planejamentos tributários considerados sem propósito negocial, e não à invalidade de reconhecimento e mensuração do ágio interno¹²⁶.

Pela clareza e didática, vale a pena transcrever um dos exemplos citados por Schoueri (2010):

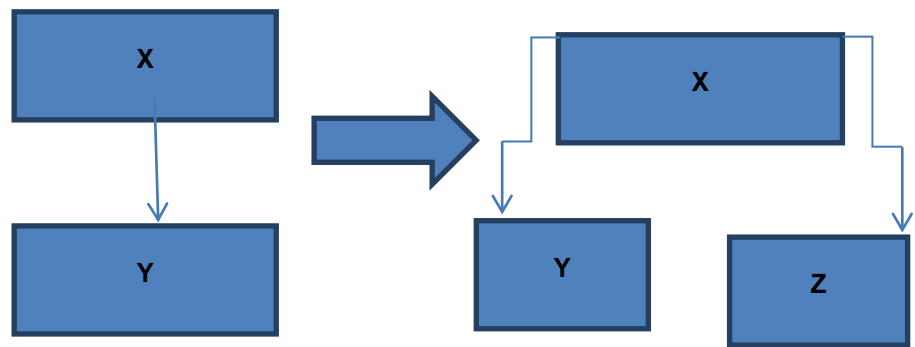
Cabe aqui, para melhor ilustrar esse instituto, apresentar uma típica operação em que o ágio foi gerado internamente, já analisada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF no julgamento do ‘Caso Libra’. Trata-se de situação que envolve três polos: os acionistas ‘X’, a empresa ‘Y’ e a empresa ‘Z’. imagine-se que os acionistas ‘X’ controlem a empresa ‘Y’ e resolvam constituir também a empresa ‘Z’, em 1º de junho de 1998. Em 5 de agosto de 1998, em operação de aumento de capital, os acionistas ‘X’ subscreveram participação na empresa ‘Z’ com ações da empresa ‘Y’, sendo que, em razão desta subscrição, houve a contabilização de ágio em ‘Z’. no dia seguinte, 6 de agosto de 1998, a empresa ‘Z’ foi incorporada pela empresa ‘Y’, operacional, levando o ágio para a contabilidade desta última pessoa jurídica. Tal ágio foi amortizado fiscalmente nos anos seguintes pela empresa ‘Y’. Para fins de melhor visualização, a estrutura descrita pode ser representada da seguinte maneira:

Momento 1: criação de ‘Z’ pelos acionistas ‘X’ que, por sua vez, eram também controladores de ‘Y’.

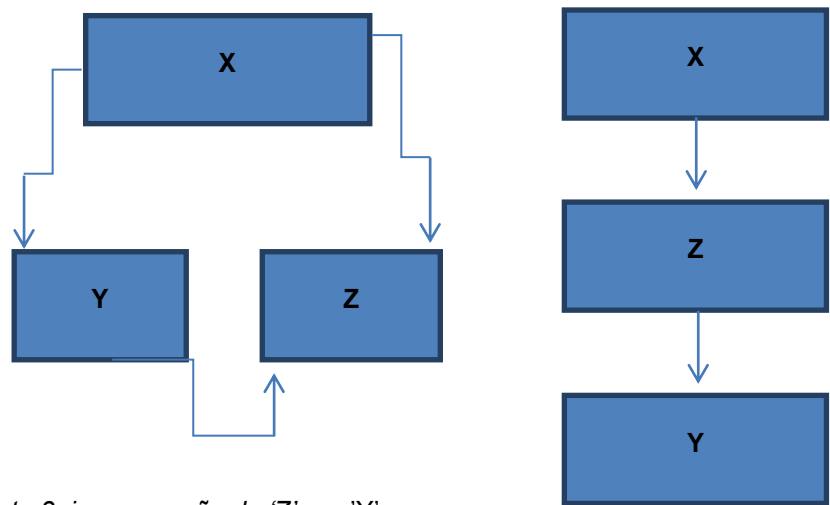
¹²⁴ O Valor Econômico de 09.05.2011 relata o reconhecimento, pela CVM, da formação de um ágio intragrupo oriundo de uma operação envolvendo o Grupo Mahle. “CVM ‘aprova’ ágio em transação intragrupo na Mahle. Os acionistas contraladores não costumam gostar que os minoritários votem decisões importantes para suas companhias. Mas a Mahle Metal Leve tirou proveito disso ao conseguir contabilizar ágio em uma recente reorganização societária envolvendo empresa do mesmo grupo. E com consentimento da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)”.

¹²⁵ Marcos Shigueo Takata, ilustra um julgado do CARF em que o reconhecimento do ágio interno foi considerado artificial ou sem causa. (TAKATA, Marcos Shigueo. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3. p. 205-206).

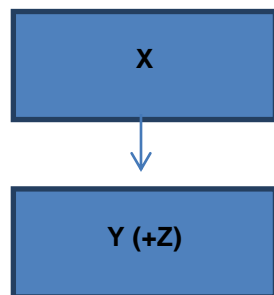
¹²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 106 a 108.



Momento 2: aumento de capital em 'Z', sendo as ações de 'Z' subscritas (com ágio) pelos acionistas 'X' com as ações de 'Y'.



Momento 3: incorporação de 'Z' por 'Y'.



Analisando tal situação, a relatora do caso, Conselheira Sandra Maria Faroni, entendeu ser 'de todo evidente que a operação foi articulada pelas pessoas físicas que, direta ou indiretamente, controlam o capital das empresas envolvidas, para criar, formalmente, uma situação que se enquadrasse na possibilidade de deduzir despesas de amortização de ágio, advinda com a publicação da Lei nº 9.532/97'.

A proximidade temporal entre os atos, com a extinção da empresa 'Z' por incorporação logo após a subscrição de seu capital revelariam, no entender da Conselheira, que nunca houve a real intenção de se constituir a empresa 'Z' para atuar em conformidade com seu objeto social, 'mas sim criar uma sociedade efêmera, de passagem, que possibilitasse um registro de ágio a ser amortizado por empresa do grupo'.

Tendo em vista os fatos supracitados, a redatora do voto condutor do acórdão sob análise, decidido por unanimidade, asseverou que enquanto existiam apenas as empresas 'X' e 'Y' não tinha havido qualquer surgimento de ágio, não restando dúvida de que a criação da empresa 'Z' foi realizada tão somente para possibilitar a formação do referido ágio, o que foi considerado 'ilícito'.

Importa ver, no caso acima, que a questão preponderante não foi a figura do ágio interno, mas a simulação, caracterizada pela 'sociedade efêmera', de passagem.

Isso porque, como já mencionado, a questão do não reconhecimento do ágio interno está relacionada com a dificuldade da contabilidade, e não do direito. Permitir o influxo do subsistema contábil no subsistema jurídico, significará a aceitação de um acoplamento estrutural em um flagrante processo de irritabilidade inserido pelo meio ambiente contábil na estrutura de fechamento operacional do direito, numa clara invasão ilegítima.

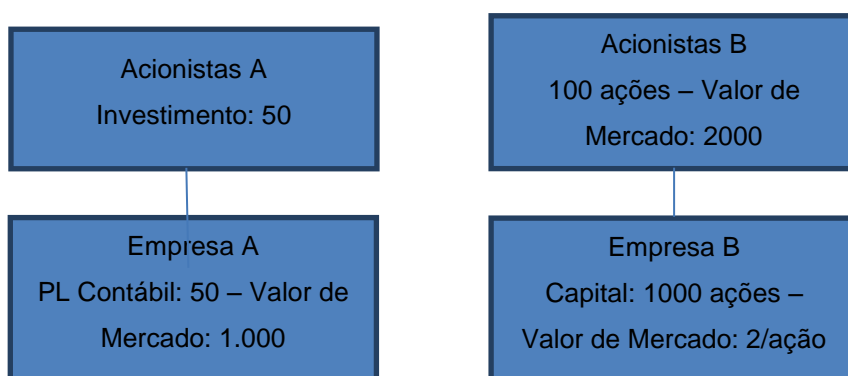
Outro ponto que felizmente não foi encampado pela Lei 12.973/14, de vez que já havia sido removido da redação submetida à votação, mas que igualmente vale a pena discutir. Trata-se de novidade trazida pela redação do projeto original da MP 627, que vedaria o aproveitamento do ágio gerado em operação de substituição de ações ou cotas de participação societária, numa tentativa de eliminar a discussão contida no regime alterado, sobre o que seja "aquisição de participação", nos termos do artigo 20 do Decreto-lei 1.598/77.

As autoridades fazendárias sempre buscaram restringir o termo a uma literal compra e venda de participação societária, de maneira a proibir o reconhecimento do ágio em hipóteses diversas de uma verdadeira compra e venda de participações societárias.

Entretanto, nem mesmo o CPC 15 estabeleceu óbice para aproveitamento do ágio em hipóteses de substituição de participações societárias, situação impertinente que a redação originária da MP 627 procurava implementar, e que fatalmente padeceria de vício de legitimidade acaso aprovada, eis que tratava de uma situação totalmente equivocada e de uma interpretação literal e distorcida de um termo em total descompasso com a realidade e criado somente para prestigiar interesses fazendários.

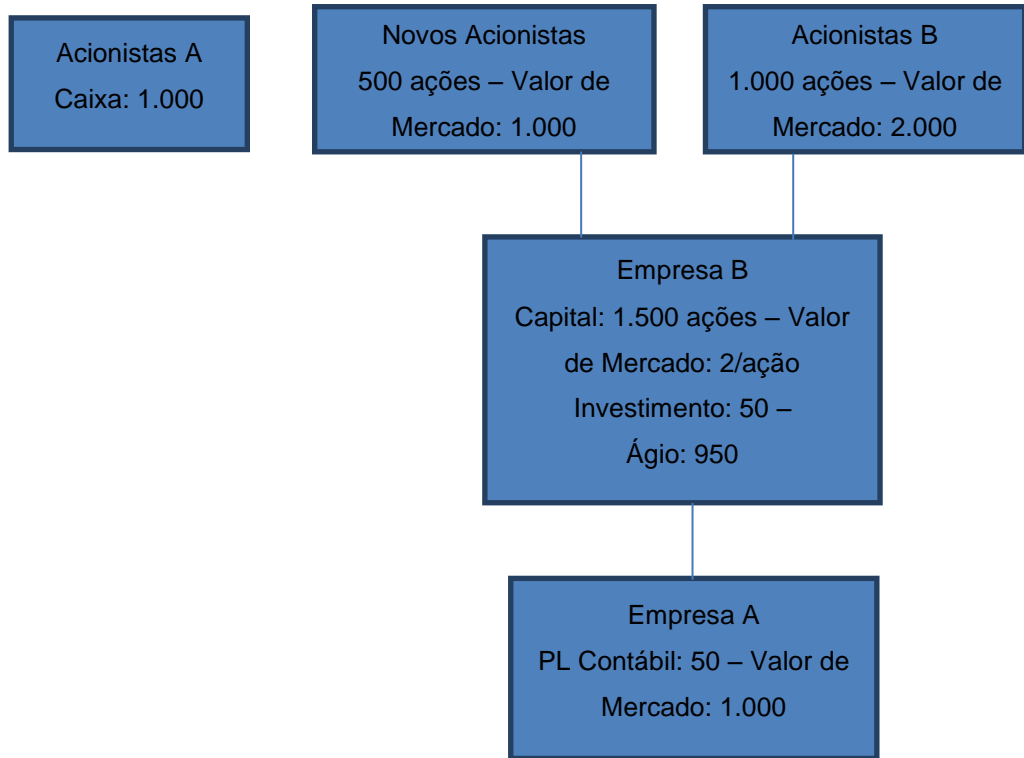
Eliseu Martins e Alexsandro Broedel Lopes demonstram como esse raciocínio, caso prevalecesse, seria equivocado¹²⁷.

Além das considerações conceituais atrás apresentadas, argumenta-se, ainda, que não existe ágio sem que haja dispêndio de recursos. Tal argumento é tecnicamente equivocado. Para um melhor entendimento desse tipo de operação, veja-se um exemplo prático extremamente simples. Imagine-se que existam dois grupos de acionistas, o grupo A e o B, e que cada um deles seja proprietário de uma empresa como segue:



Os acionistas da empresa A possuem um investimento que está contabilmente registrado pelo valor de sua participação no patrimônio líquido contábil da empresa A, que é de \$50. Todavia, essa empresa A possui um valor de mercado de \$1.000, montante esse pelo qual os acionistas da empresa A estão vendendo o seu investimento. A empresa B adquire então a A. A primeira forma, tradicional, seria a Empresa B pagar aos acionistas da A o valor de \$1.000 em dinheiro. Entretanto, como ela não possui esse montante em caixa, opta por efetuar um aumento de capital para obter esses fundos no mercado acionário. Assim, emite 500 ações no valor de mercado de \$2/ação, obtendo o caixa necessário para pagar os acionistas de A. Ato contínuo, entrega o valor de \$1.000 aos acionistas de A e passa a ser proprietária da empresa A. Assim, a seguinte situação se configura, admitindo que o valor de mercado passe a corresponder à soma dos valores de mercado individuais anteriores à operação:

¹²⁷ LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura: algumas considerações contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3. p. 76-79.

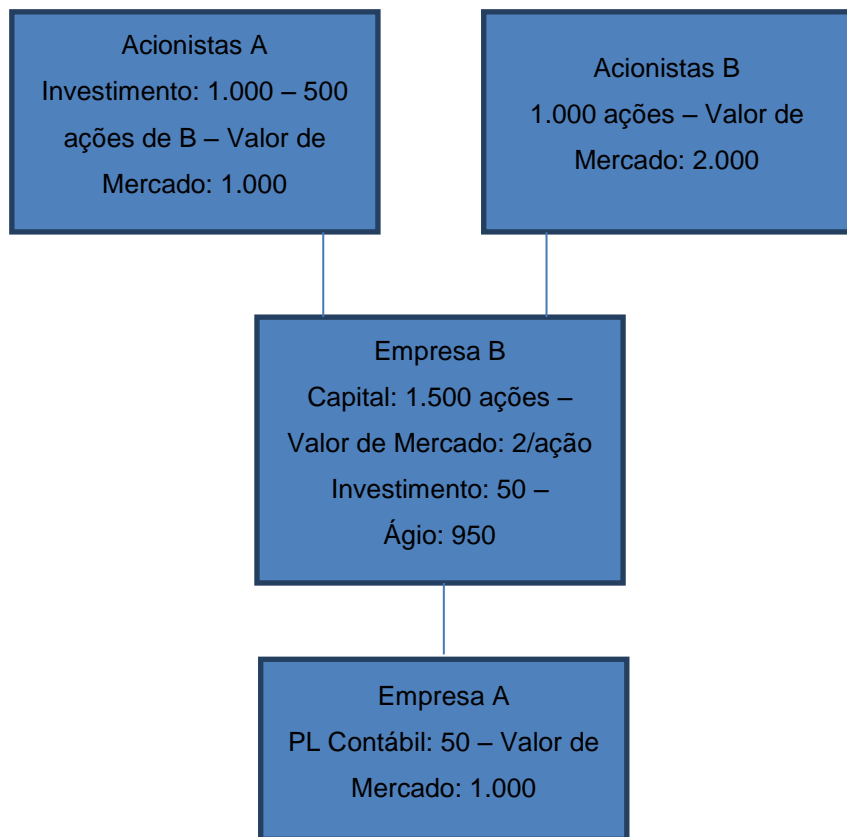


Vejam inicialmente, que os acionistas de A não mais participam de empresa alguma, e agora detêm o valor de \$1.000 em caixa. Já os acionistas de B, continuam possuindo o mesmo numero de ações pelo mesmo valor de mercado, mas tiveram a sua participação diluída de 100% para 67% com a entrada de novos acionistas. Só que a empresa B teve o seu valor de mercado aumentado por passar, agora, a deter o controle integral da empresa A. Assim, os acionistas de B não tiveram nenhuma alteração do no seu patrimônio, que continua sendo de um total de ações com valor de mercado de \$2.000.00.

Por outro lado, a empresa B agora possui um investimento que é avaliado, pela equivalência patrimonial, pelo patrimônio líquido contábil de A, que é de \$50. Considerando que não haja diferença entre o patrimônio líquido contábil e o patrimônio líquido com seus elementos individualmente avaliados a valores de mercado, a empresa B contabiliza um ágio no montante de \$950, que é o resultado dos \$1.000 do valor pago menos os \$50 de patrimônio líquido contábil.

Nesse exemplo há a efetiva transação de caixa. Vejamos, então, como seria essa operação se, ao invés do pagamento em dinheiro aos acionistas de A, a quitação da operação fosse realizada através da concessão de novas ações da empresa adquirente.

A situação inicial é a mesma, mas os acionistas da empresa A entregam suas ações para a empresa B e precisam ser remunerados por isso. Veja-se que, ao receber as ações da empresa B, o seu valor total de mercado aumenta de \$2.000 para \$3.000. Concomitantemente, a empresa B efetua um aumento de capital de 500 ações, com valor de mercado de \$2/ação. Todavia, essas ações não são vendidas no mercado, e sim, são entregues diretamente aos acionistas de A. Por fim, a seguinte situação se configura:



Inicialmente, veja-se que os acionistas B tiveram uma diluição no seu percentual de participação em A de 100% para 67% por conta das novas ações emitidas. O mesmo que ocorreu com a situação em que houve pagamento em dinheiro.

Por sua vez, a empresa B agora passa a reconhecer o investimento em A pela equivalência patrimonial. Assim, o seu investimento é de \$50 e reconhece também ágio de \$950. Esse ágio ocorre pois ela entregou para os antigos donos de A não um valor monetário de \$1.000, mas títulos patrimoniais que possuem valor de mercado de \$1.000. Se ela tivesse entregue ativos imobilizados no valor de \$1.000, esse ágio também ocorreria. Se tivesse pago através da cessão de contas a receber para os antigos acionistas no valor de \$1.000, esse ágio também existiria. Enfim, independentemente da forma de remuneração das ações de A que ela recebeu, o ágio surgiria da mesma forma. Nesse ponto em nada é diferente a situação do que aquela em que há o pagamento em dinheiro.

A única diferença que surge é para os antigos acionistas de A. na situação anterior eles ficavam com um montante em caixa de \$1.000. na situação presente eles ficam com um ativo de \$1.000 representado pelas ações de B, que valem \$1.000 no mercado. Veja-se, então, que não há praticamente nenhuma diferença entre o pagamento com ações e o pagamento em dinheiro. Basta que os acionistas A vendam suas ações no mercado para que a conformação final seja exatamente igual àquela em que ocorreu o efetivo pagamento em dinheiro. Todavia, isso não interfere, de maneira alguma, no surgimento do ágio.

4 LIBERALISMO E TRIBUTAÇÃO. A ESCOLHA DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO ELEMENTO DECISÓRIO DO CÓDIGO OPERATIVO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NA TEORIA DOS SISTEMAS. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E A DEDUTIBILIDADE DO ÁGIO

4.1 Liberalismo

A vinculação entre liberalismo econômico e imposição tributária, por mais paradoxal que possa parecer, é intrínseca, natural e necessária, uma vez que o liberalismo econômico não rejeita a imposição tributária, antes acatando-a como o preço que se paga pelos direitos de liberdade, ou melhor, o preço de se viver em sociedade civilizada.

Na busca por bem estar, a sociedade humana naturalmente promove a cooperação social por meio da divisão do trabalho. O liberalismo é a teoria que objetiva a geração de bem estar aos indivíduos, por meio de três princípios devidamente conectados: propriedade privada, liberdade e paz.

Propriedade privada, segundo a visão clássica do liberalismo, significa a junção dos fatores de produção trabalho, terra e capital. O trabalho por si só não gera bem estar, assim como a terra não trabalhada também não é capaz de gerar bem estar. É preciso que esses dois fatores sejam conjugados com o capital, este definido como o produto da aplicação do trabalho a outros recursos gerados pela terra e necessários para a criação de outros bens para consumo da coletividade, tais como máquinas, equipamentos, utensílios.

A política liberal parte do pressuposto de que o governo deve se abster de violar direitos por meio do respeito aos direitos dos governados. Entretanto, a política liberal não se restringe a proteger e defender a propriedade privada. A política liberal, na realidade, define e cria o conceito de propriedade privada. Pela ótica liberal, o governo aprova as leis e define o sistema judiciário que garantirá o respeito dos direitos dos proprietários. E isso só pode ser feito por meio de uma parcela da própria riqueza gerada pelo exercício dos direitos da propriedade privada.

Adam Smith (2000) defendeu que a terra, o capital e o trabalho cooperam na produção do fundo de riqueza nacional. E a cooperação vitoriosa desses três

elementos dependeria da condição fundamental de liberdade, a qual, por sua vez, garantiria pleno uso dos fatores de produção e proporcionaria liberdade para todos.

Os Estados, segundo Smith (2000), têm deveres para com a sociedade e assim devem ter meios para financiar suas despesas. Como os Estados, na época de Smith, não possuíam patrimônio e nem dispunham de fontes de recursos próprios, deveriam captar seus recursos da própria sociedade.

Segundo Eros Grau (2006)¹²⁸, o mercado é uma criação jurídica do Estado Burguês que exige o afastamento ou redução de entraves político, social ou moral ao processo de acumulação de riqueza. Para isso, é preciso que o direito seja ordenado a partir de leis previsíveis e que permitam a calculabilidade dos comportamentos humanos.

Ainda segundo Grau (2006), a previsibilidade e calculabilidade do sistema capitalista depende de “uma dupla garantia: (a) contra o estado (liberalismo político) e (b) em favor do mercado (liberalismo econômico)”¹²⁹.

Essa realidade demonstra que, não obstante exista uma aparente contradição entre liberalismo e imposição tributária, é certo que o capitalismo, para manter-se como realidade condicionante da sociedade, necessita de esquemas de imposição tributária destinados a assegurar a sobrevivência e manutenção do próprio sistema.

4.2 Justificação Filosófica do Liberalismo

Para o homem, a liberdade é consciência de si mesmo, do próprio e infinito valor espiritual. Somente aquele que se sente livre é capaz de reconhecer a liberdade aos demais homens.

Guido de Ruggiero afirma que existe no âmbito do núcleo subjetivo da liberdade uma força de difusão e organização que, ao se expandir a partir de seu centro, permite a liberação de todo um mundo, afirmando que “tal es el verdadero desarrollo del liberalismo, espíritu a su vez de todos los demás desarrollos”¹³⁰.

A Reforma Protestante é o marco do nascimento dos ideais liberais. O objetivo do ideal reformista é a dignificação da personalidade humana,

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹²⁹ Ibidem. p. 38-39.

¹³⁰ RUGGIERO, Guido. **Historia del Liberalismo Europeo**. Granada: Comares, 2005.

fundamentando a separação da tradição milenar da Igreja Católica, não em razão de conquista de benefícios externos, mas em razão da busca pelo amor intrínseco por todo ser humano.

É por essa razão que os reformistas estimulam a fé e o livre exame. A fé significa confiança ilimitada em Deus, mas ao mesmo tempo confiança em si mesmo como ministro do Deus verdadeiro. O livre exame significa uma livre interpretação das escrituras sagradas, segundo a íntima convicção e sem a necessidade de intermediários.

Esse rompimento com o passado herdado faz com que o homem procure as suas próprias verdades, embora muitas vezes chegue às mesmas conclusões que lhe foram transmitidas por seus antepassados. O que importa, porém, é que o indivíduo é capaz de confiar em suas próprias investigações e até mesmo pagar o preço por suas interpretações equivocadas.

O princípio do livre exame é considerado a fonte não só da liberdade religiosa, como a fonte de todo o liberalismo moderno, ao afirmar as máximas de que não há nenhum intérprete entre os homens e as escrituras sagradas; nenhuma mediação eclesiástica entre fiéis e Deus, pois, no íntimo de sua consciência, o indivíduo adquire sentimentos de confiança e de responsabilidade.

O cartesianismo foi a primeira ciência não religiosa a vislumbrar o princípio do livre exame, na medida em que, valendo-se de um racionalismo claro e simples, eliminava qualquer opinião e posição intermediária, as quais obscurecem a finalidade intelectual, fundamento justificante da liberdade do homem.

E como lembra Guido de Ruggiero (2005),

esta actuación liberal del hombre moderno, este sentido de la inviolabilidad de la persona y de su autonomía, ofrecerán materia a la concepción kantiana e postkantiana de la libertad, la más alta contribución de la filosofía a la historia del liberalismo¹³¹.

Outra importante fonte do princípio do livre exame é o movimento do Direito Natural, que preconiza a existência de uma esfera intangível da atividade individual definidora da liberdade natural, ao mesmo tempo em que advoga a esfera do seu próprio direito.

A liberdade e o direito são recíprocos, no sentido de que a liberdade expressa uma imediata expansão do conteúdo da vida e o direito define a forma deste

¹³¹ RUGGIERO, Guido. **Historia del Liberalismo Europeo**. Granada: Comares, 2005. p. 22.

conteúdo, isto é, o direito de o indivíduo ter reconhecida sua consciência humana. Consciência essa que repudia toda atividade ou intermediação do Estado, da Igreja ou de qualquer juízo de autoridade.

O naturalismo jurídico evoca a força expansiva que move o indivíduo, primeiro reconhecendo sua liberdade de consciência para em seguida ampliar progressivamente a esfera de liberdade e de direitos, reconhecendo o direito à segurança, o direito de locomoção, a liberdade econômica, a igualdade perante a lei e o direito de propriedade.

O direito de propriedade é de fundamental importância para a história do liberalismo, uma vez que a propriedade é um direito natural do indivíduo e, portanto, independente do Estado, já que representa o campo de ação mais imediato da plenitude do indivíduo, sem a qual todo o campo de independência e autonomia do indivíduo perderiam valor. “Sólo siendo propietario se basta a sí mismo el individuo y puede resistir los embates de los demás individuos y del Estado”¹³².

A questão da propriedade como extensão dos direitos naturais é plenamente aceita entre os doutrinadores da época, tendo influenciado Locke, que afirma que “o fim do capital em vista do qual os homens se associam nas repúblicas, e se submetem aos governos, é a conservação de sua propriedade”¹³³.

E continua Locke:

Em seu estado de natureza, o homem guarda apenas a propriedade de sua própria pessoa, porquanto a terra e todas as criaturas inferiores foram por Deus doadas aos homens em comum. A terra e tudo o que ela contém são uma doação feita aos homens para seu entretenimento e conforto. Todos os frutos que ela produz naturalmente e todas as bestas que alimenta pertencem em comum à humanidade, enquanto produção espontânea da natureza; ninguém possui privativamente uma parte qualquer, com exclusão do resto da humanidade, quando esses bens apresentam-se em seu estado natural; entretanto, como acham-se destinados ao uso pelo homem, é necessário que exista algum meio segundo o qual possam ser apropriados, a fim de que indivíduos determinados, quaisquer que sejam, possam deles servir-se ou tirar proveito¹³⁴.

Esse meio defendido por Locke é o trabalho. Para Locke a propriedade do trabalho possui mais valor que a própria comunidade da terra, pois é a propriedade do trabalho que dá a todo tipo de bem o seu valor próprio.

¹³² RUGGIERO, Guido. **Historia del Liberalismo Europeo**. Granada: Comares, 2005. p. 26.

¹³³ PAIM, Antonio. **Evolução histórica do Liberalismo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

¹³⁴ Ibidem. p. 17.

Adam Smith (2000), no Livro V de seu *A Riqueza das Nações*, analisa o papel do Estado na economia por meio da imposição tributária e apresenta quatro princípios que devem orientar a atuação do Estado na arquitetura dos sistemas tributários: equidade, certeza, economia no recolhimento e conveniência de pagamento.

É natural que, diante da natureza do direito de propriedade, a concepção dos doutrinadores liberais se inclinasse por uma participação mínima do Estado no campo tributário.

4.3 A visão dos libertários sobre a tributação, segundo Will Kymlicka e o contraponto de Rawls e Dworkin

Segundo Will Kymlicka (2006), os libertários defendem as liberdades de mercado e impõem limitações ao uso do Estado para a política social. Os libertários são avessos ao uso de esquemas de tributação redistributiva como defende a teoria liberal de igualdade.

Em sua exposição, Kymlicka adota a teoria da Titularidade de Robert Nozick como parâmetro de descrição dessa afirmação de que os libertários são contrários ao uso de esquemas de tributação destinados a compensar as desigualdades sociais.

A Teoria da Titularidade de Nozick se baseia no argumento de que, se todos estão na titularidade dos bens que possuem atualmente, uma distribuição justa é simplesmente qualquer distribuição que resulte das trocas livres das pessoas.

Assim, se o governo tributar essas trocas contra a vontade de qualquer um é injusto, mesmo que os tributos sejam usados para compensar os custos das deficiências naturais de alguém. A única tributação justa, portanto, será aquela destinada a manter as instituições necessárias para proteger o sistema de livre troca (sistema de polícia e o de justiça, por exemplo).

Nozick embasa a sua teoria da titularidade em três princípios fundamentais:

- (i) princípio de transferência – qualquer coisa que seja adquirida justamente poderá ser livremente transferida;
- (ii) princípio de aquisição inicial justa – como as pessoas podem vir inicialmente a possuir coisas que podem ser livremente transferidas;

- (iii) princípio de retificação da injustiça – inclusão de meios de lidar com as posses que tenham sido injustamente adquiridas ou transferidas.

Com base nesses princípios (como fundamentos da teoria da titularidade), Nozick (apud KYMLICKA, 2006) conclui que um

Estado mínimo, limitado às funções estritas de proteção contra a força, roubo, fraude, imposição de contratos etc., é justificado; qualquer Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e é injustificado¹³⁵.

Esse argumento, embora não totalmente contrário ao pensamento de Rawls e Dworkin, difere da visão sustentada por estes, pois, apesar de também acreditarem que a distribuição justa há de ser sensível à escolha das pessoas, esta não poderá ser insensível à doação, como é a defesa de Nozick. Na visão de Rawls e Dworkin, é injusto que os menos favorecidos morram de fome simplesmente porque nada têm a oferecer aos outros na troca livre, ou que as crianças não tenham assistência médica ou educação apenas por terem nascido em família pobre.

Assim é que os igualitários liberais defendem a tributação sobre as trocas livres de maneira a compensar os desfavorecidos natural e socialmente.

Nozick vê injustiça nesse esquema de tributação das livres trocas, baseado na visão de que as pessoas são titulares de suas posses e nesse sentido dispõem do direito absoluto de disposição livre sobre os bens.

Essa visão de Nozick, como explicado por Kymlicka (2006), é sustentada em dois argumentos: primeiro, é uma preferência natural e intuitiva (princípio da transferência) pelo livre exercício dos direitos de propriedade; e segundo, os direitos de propriedade derivam do princípio da “posse de si mesmo”.

Nozick explica o mecanismo do princípio da transferência como uma defesa intuitiva do liberalismo, sustentando sua argumentação na natural preferência das pessoas por um esquema de legitimação da posse justa sobre algo, i.e., desde que justamente adquirida, existe o direito absoluto sobre ela. Nesse caso, é possível dispor da coisa da maneira como se quiser, ainda que efeitos de desigualdade sejam gerados.

¹³⁵ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 123.

A tentativa de legitimação desse argumento intuitivo é a defesa para um esquema de distribuição inicial tal como o utilizado no caso de Wilt Chamberlain, citado na nota abaixo¹³⁶.

A defesa da preferência intuitiva decorre do fato de que seria perverso afirmar que as pessoas que detenham parcela justa (e com isso estão autorizadas a fazer o que quiserem com essas parcelas) sejam depois impedidas de usá-las da maneira como desejarem.

Esse argumento, porém, despreza nossa intuição de como lidar justamente com circunstâncias desiguais. Embora o próprio Nozick reconheça a injustiça de as pessoas sofrerem desigualdades imerecidas em seu acesso aos benefícios da cooperação social, ele afirma que “ninguém tem direito a algo cuja concretização exija certos usos das coisas e atividades sobre as quais outras pessoas tenham direitos aos quais estejam habilitadas”.

¹³⁶ Não está claro como os que sustentam outras concepções de justiça distributiva podem rejeitar a [teoria da titularidade]. Pois, suponha que uma distribuição preferida por uma destas concepções que não a da titularidade seja realizada. Suponhamos que seja sua favorita e chamemos esta distribuição D1; talvez todos tenham uma parcela igual, talvez as parcelas variem em conformidade com alguma dimensão que você valoriza. Suponha agora que a procura por Wilt Chamberlain por parte dos times de basquete seja grande, já que ele é uma grande atenção para o público [...] Ele assina o seguinte tipo de contrato com um time: em cada jogo local, vinte e cinco centavos do preço de cada ingresso vão para ele. [...] A temporada começa e as pessoas vão alegremente aos jogos do seu time; elas compram seus ingressos, depositando a cada vez vinte e cinco centavos do preço da entrada em uma caixa especial com o nome de Wilt Chamberlain. Estão entusiasmadas por vê-lo jogar; isso vale o preço total do ingresso para elas. Suponhamos que, em uma temporada, um milhão de pessoas vão aos seus jogos locais e Wilt Chamberlain termine com US\$250.000, uma soma muito maior do que a renda média e maior até do que a de qualquer outra pessoa. Ele tem direito a essa renda? Esta nova distribuição D2 é injusta? Se é, por quê? Não há nenhuma questão quanto a cada pessoa ter ou não ter direito ao controle sobre os recursos que detinha em D1 porque esta foi a distribuição (sua favorita) que (para os fins do argumento) supomos que fosse aceitável. Cada uma destas pessoas escolheu dar vinte e cinco centavos de seu dinheiro a Chamberlain. Elas poderiam tê-los gastado em cinema, doces ou cópias da revista *Dissent* ou da *Monthly Review*. Mas todas elas, ou pelo menos um milhão delas, concordaram em dá-los a Wilt Chamberlain, em troca de vê-lo jogar basquete. Se D1 fosse uma distribuição justa e as pessoas passassem voluntariamente desta para D2, transferindo partes de suas parcelas recebidas sob a D1 (a que se destinariam se não a serem empregadas em algo?), D2 não seria justa também? Se as pessoas tivessem direito de dispor dos recursos aos quais estavam habilitadas (sob D1), isto não incluiria também estarem habilitadas a dá-lo a Wilt Chamberlain ou a trocá-lo com ele? Alguma outra pessoa pode queixar-se com base em fundamento de justiça? Cada pessoa já tem sua parcela legítima sob D1. Sob D1, não há coisa nenhuma possuída por alguém à qual qualquer outra pessoa tenha um direito de justiça. Depois que alguém transfere algo para Wilt Chamberlain, os terceiros ainda têm suas parcelas legítimas; suas parcelas não são modificadas. Por meio de qual processo tal transferência entre duas pessoas poderia dar origem a um direito legítimo de justiça distributiva sobre uma porção do que foi transferido, por um terceiro, que não tivesse nenhuma direito de justiça sobre qualquer posse dos outros antes da transferência (*Anarchy, State and Utopia*. Basic Books. New York. 1974: 160-162).

A conclusão primeira é que Wilt Chamberlain (v. nota 18) não poderá ser tributado para compensar deficiências das outras pessoas, pois ele tem direitos absolutos sobre sua renda.

Essa defesa intuitiva apresentada por Nozick é, no entanto, contestada por Kymlicka (2006) que procura demonstrar a enganiosidade desse argumento mediante a comparação de três elementos integrantes das teorias de justiça distributiva:

(P) Princípios morais (por exemplo, o princípio da posse de si mesmo, de Nozick, e o princípio da arbitrariedade moral dos talentos naturais);

(R) As regras de justiça que governam a estrutura básica da sociedade (por exemplo, as três regras de justiça na apropriação, transferência e retificação, de Nozick, ou o princípio da diferença, de Rawls);

(D) A distribuição específica de posses em dado tempo e lugar (por exemplo, quais pessoas têm direito a quais recursos específicos).

Os princípios morais (P) influenciam as regras de justiça (R), que, por sua vez, geram uma distribuição específica (D). Nozick enquadra o exemplo de Chamberlain nesse esquema $(P) + (R) = (D)$, como resposta intuitiva para aceitação da distribuição proposta, justificando, no entanto, seu próprio esquema de distribuição.

A enganiosidade surge porque existe a possibilidade de que não aceitemos essa regra inicial da distribuição proposta, na medida em que podemos optar pelo princípio da diferença de Rawls.

Isso porque a teoria de Rawls remove as desvantagens iniciais imerecidas nas circunstâncias das pessoas. Dar a pessoas específicas recursos específicos é uma forma de implementar um direito mais geral visando a dar a esse grupo específico de pessoas uma oportunidade mais justa na vida.

Rawls afirma que não há nada que possa ser invocado como fator legitimador de uma geração de injustiça. Nada, assim, pode compensar uma injustiça. Para isso elabora sua teoria da justiça embasada em dois princípios¹³⁷ destinados a alocar

137

Estes princípios são defendidos por Rawls como uma resposta à teoria utilitarista da justiça, que segundo Rawls predominou nos últimos séculos no pensamento anglo-saxão. Segundo a visão utilitarista da justiça, a sociedade está ordenada de forma justa quando suas instituições mais importantes estão reguladas de forma a conseguir-se o maior saldo líquido de satisfação (utilidade) obtido pela soma das participações individuais de todos os seus membros. Na doutrina social do utilitarismo, o princípio da

adequadamente a participação dos indivíduos na distribuição dos bens materiais e imateriais existentes no âmbito social: (i) os bens imateriais, identificadas como as liberdades fundamentais (liberdade expressão, direito de voto, direito de acesso à justiça etc.) são atribuídos igualitariamente a todos os membros da sociedade. Esse seria o princípio de liberdade. (ii) Os bens materiais, por outro lado, são passíveis de uma distribuição não igualitária, sendo possível a geração de desigualdades na distribuição de renda e patrimônio. Todavia, os menos favorecidos (*worst offs*) possuem o direito de alcançar uma situação econômica mais favorável, compromisso assumido pelos mais abastados (*better offs*), que permite o atingimento de uma posição mais favorável. Somente assim as desigualdades são justificadas, não sendo, em hipótese alguma, justificável o favorecimento de um grupo (concessão de privilégios) em desfavor de outro grupo (discriminação), mesmo que embasada em um cálculo utilitário. Esse seria o princípio da diferença.

Assim, para Rawls, esses princípios são aceitos pela comunidade porque são escolhidos na posição inicial por meio de uma decisão tomada por trás do “véu da ignorância”, na medida em que ao desconhecer sua posição na sociedade, a partir da distribuição da riqueza, a tendência é que o indivíduo tome uma decisão que maximize a sua situação, caso o esquema mais desvantajoso possa vir a ser-lhe atribuído.

O esquema de Nozick, ao contrário, propõe outorgar direitos específicos a pessoas específicas sobre coisas específicas. É uma especificação de direitos absolutos sobre coisas específicas. E como as pessoas têm direitos absolutos a essas coisas específicas, não se pode fazer uso da tributação redistributiva para atender o direito geral a uma oportunidade justa.

O segundo argumento procura demonstrar que o libertarismo é a consequência inevitável de um princípio mais profundo com o qual estamos extremamente comprometidos: o “princípio da posse de si mesmo”.

escolha para uma associação de seres humanos é interpretado como uma mera extensão do princípio da escolha para um único homem. Conforme comenta Rawls, o utilitarismo conforma uma teoria teológica da justiça, que define o Bem independentemente do Justo, e define o Justo como aquilo que maximiza o Bem. No utilitarismo, o Bem é tomado como a satisfação do desejo racional do indivíduo, decorrendo pois que os termos justos da cooperação social são aqueles que consigam obter o máximo grau de satisfação dos desejos racionais dos indivíduos (GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 46).

Na interpretação de Nozick, esse princípio é a retratação do princípio Kantiano de que as pessoas são “fins em si mesmas”. Kymlicka (2006) argumenta que de fato essa máxima Kantiana é um princípio com o qual a humanidade realmente está fortemente comprometida e, se Nozick tiver conseguido conectar a posse de si mesmo ao princípio Kantiano, ele terá desenvolvido de fato uma sólida defesa para o libertarismo.

Como justifica Kymlicka (2006), a correlação que Nozick faz entre o seu princípio da posse de si mesmo e o princípio Kantiano é a de que, se os indivíduos são fins e não meramente meios, eles não podem ser sacrificados ou usados para alcançar outros fins sem seu consentimento.

Nozick interpreta o uso do esquema de distribuição para compensar deficiências imerecidas como um mecanismo utilitarista. É inaceitável, no entanto, essa interpretação, principalmente porque os indivíduos dispõem de direitos absolutos aos quais a sociedade deverá respeitar por não estarem sujeitos a cálculos utilitários.

Entretanto, há divergência entre os pensamentos de Nozick e Rawls, a respeito de quais direitos são mais importantes ao se tratar as pessoas como fins em si mesmas. Para Rawls, um dos direitos mais importantes é o direito a certa parcela dos recursos da sociedade e, para Nozick, os direitos mais importantes são os direitos absolutos sobre coisas específicas. Nozick, portanto, acredita que o esquema redistributivo proposto por Rawls, de que os mais talentosos (*better offs*) sejam usados para aumentar o bem estar dos mais desfavorecidos (*worst offs*), viola o princípio da posse de si mesmo.

A proposta dos adeptos de teorias liberais não desconsidera os direitos dos indivíduos sobre seus talentos naturais. Elas apenas apresentam um sistema corretivo da desigualdade inicial porque acreditam que a distribuição inicial é questão de pura sorte bruta e dessa forma não é um direito absoluto auferir recompensas desiguais no exercício desses talentos.

Assim, para os liberais, como os talentos são imerecidos, não é violação das regras morais aceitar que o governo considere esses talentos como parte de esquemas redistributivos. Não é moralmente ilegítimo afirmar que os indivíduos

naturalmente desfavorecidos têm direitos sobre os favorecidos, que por sua vez têm obrigações morais para com os desfavorecidos¹³⁸.

Para Nozick, isso constitui negação da posse de si mesmo. É que Nozick estende a proteção do princípio da posse de si mesmo para os direitos absolutos de possuir recursos externos, rejeitando qualquer possibilidade de aplicação de mecanismo redistributivo. Esse argumento, porém, é equivocado, como sustenta Kymlicka, pois “a posse de si mesmo não resulta necessariamente em direitos de propriedade absolutos”¹³⁹.

4.4 O Princípio Eleito para Realização da Justiça Fiscal

A partir da virada Kantiana, a ética passou a integrar o imperativo categórico das normas, significando isso que os princípios passaram a ter uma significância fundamental para a aplicação do direito.

Todavia, na medida em que os princípios trazem conteúdo bastante abstrato em decorrência de influxos valorativos (igualdade, liberdade, justiça, segurança, solidariedade), é comum que suas respectivas previsões em textos normativos inicialmente tragam uma carga meramente formal, cuja concretude dependerá da carga interpretativa efetivada pelos responsáveis pela formulação (Legislativo) e pela aplicação do direito (autoridades fazendárias e membros do Poder Judiciário).

Nesse sentido, uma ideia de justiça já densamente sedimentada no pensamento da comunidade, na aplicação do princípio da igualdade, em sua vertente valorativa da justiça, implica que os iguais devam ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual, porque isso evitaria uma situação de arbitrariedade.

O princípio da justiça seria violado se, na resolução de uma situação concreta, essa resolução trouxesse um critério de diferenciação sobre outras hipóteses plausíveis, sem, contudo, apontar a razoabilidade pela escolha diferenciadora, o que, em última análise, criaria um privilégio (ou uma discriminação arbitrária) contrário aos padrões de valor instituídos pelos princípios da igualdade e da justiça.

¹³⁸ Na teoria de Dworkin os talentosos devem prêmios de seguro que são pagos aos desfavorecidos; para Rawls os favorecidos só se beneficiam de seus talentos se isso também beneficia os desfavorecidos.

¹³⁹ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 135.

De toda sorte, como ensina Tipke, as constituições dos estados não costumam definir um critério uniforme de justiça, cabendo a cada ramo do direito a eleição de um critério específico de justiça¹⁴⁰.

Assim, em linha com o pensamento de Rawls, por trás do véu da ignorância, um princípio de justiça adequado ao direito penal e que seria livremente escolhido pela sociedade, seria o princípio da culpabilidade.

No campo tributário, o princípio adequado seria o princípio da capacidade contributiva¹⁴¹, porque através de sua concreção permite que indivíduos com mais capacidade de geração de riqueza sofram encargo tributário proporcional a essa capacidade, o que na escala de Rawls equivaleria à aplicação plena dos princípios de liberdade (liberdade de iniciativa, de propriedade, por exemplo) e da diferença (essa capacidade de geração de riquezas é legítima se houver mecanismos de redistribuição que justifiquem a diferença, já que os *better offs* possuem um compromisso com os *worst offs*). E pela própria aplicação da regra *maxim*, por trás do véu da ignorância, esse esquema teria sido escolhido por esse indivíduo que após a distribuição inicial dos recursos acabou beneficiado.

4.5 A Capacidade Contributiva e a Teoria dos Sistemas

Mesmo pela ótica da teoria dos sistemas, a capacidade contributiva, na órbita do poder de decisão do Direito, sobre a eleição do critério de fechamento operacional do subsistema, equivale ao código operativo de fechamento do Direito Tributário, que, através de decisão do legislador constituinte, por força de um

¹⁴⁰ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21.

¹⁴¹ Para uma consulta sobre o histórico da capacidade contributiva, vide RIBEIRO, Ricardo Lodi, A Capacidade Contributiva como Manifestação da Justiça Fiscal no Estado Social e Democrático de Direito. In Tributação, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento; QUEIROZ, Luís Cesar Souza de (Org.); GOMES, Marcus Lívio (Org.). **Tributação, direitos fundamentais e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014. "A ideia de Capacidade Contributiva foi desenvolvida a partir das reflexões sobre justiça aplicáveis ao Direito Tributário. Embora na Antiguidade greco-romana sejam encontradas importantes discussões sobre o tema da justiça, não há estudos sobre sua aplicação aos tributos. A ausência de obras sobre o tema não impediu, contudo, que desde a mais remota antiguidade determinados tributos fossem graduados de acordo com a riqueza do contribuinte, como ocorria em Atenas, onde Sólon determinou a exigência de imposto direto por quatro categorias de contribuintes, de acordo com a fortuna de cada um deles (...) No entanto, somente a partir da obra de Adam Smith é que foi possível se delinear o princípio da Capacidade Contributiva, a partir da teoria do benefício, como manifestação das vantagens que os contribuintes auferiram das atividades estatais".

imperativo do artigo 145, passa a condicionar a validade da aplicação e interpretação do Direito Tributário.

Nesse sentido, seja pela escolha de um princípio de justiça adequado, segundo a visão de Tipke e Rawls, seja pelo fechamento operacional do próprio subsistema do Direito Tributário, segundo a teoria dos sistemas, a capacidade contributiva condiciona toda a aplicação e interpretação das normas do direito tributário, de maneira que as regras de aproveitamento do ágio também precisam passar pelo filtro condicionante da capacidade contributiva.

A própria Constituição Tributária representa um sistema bem afinado à teoria de Luhmann, como pode ser inferido claramente pela dicção do artigo 145 da CRFB, que elegeu o princípio da capacidade contributiva como o elemento de fechamento operacional do sistema tributário nacional, diante da determinação de que os impostos deverão ser graduados segundo a capacidade contributiva.

Assim, o Sistema Constitucional Tributário efetua a sua autopoiese através do filtro da capacidade contributiva, a qual assegurará que a reprodução do sistema seja legítima e válida sob o prisma da Constituição. Em outras palavras, a autopoiese do sistema tributário, realizada a partir da capacidade contributiva, demandará que um imposto seja válido somente nas hipóteses em que não criar discriminações odiosas, não buscar tributar liberdades, não impactar situações que não caracterizem fatos econômicos.

No caso do ágio, a capacidade contributiva demandará que esse sobrepreço pago por um investimento seja aproveitado pelo adquirente como forma de assegurar a reprodução do sistema. A diferença positiva do preço possui uma razão econômica e precisa ser recomposta no âmbito do sistema jurídico como uma operação circulante: o preço superior ao valor patrimonial é definido pelas regras de mercado e a impossibilidade de sua integração às despesas operacionais do adquirente acaba por gerar efeito contrário ao sentido econômico, alicerçado numa regra de circulação.

Se o sobrepreço é reconhecido como aumento de renda para o alienante (portanto pode ser tributado em nome do princípio da capacidade contributiva), não há razão para se vedar o aproveitamento dele como despesa necessária da atividade do contribuinte, cujo desembolso está atrelado às forças do mercado.

A decisão pela impossibilidade de aproveitamento do ágio gerado nessas situações permite a captura de apenas um dos lados do fenômeno, cuja distorção

pode corromper a reprodução do sistema tributário, na medida em que o princípio da capacidade contributiva deixa de ser observado, formando-se uma clara situação de discriminação com contribuintes que participam de operações de aquisição de investimentos; vale dizer, a comunicação vai e não volta¹⁴².

Essa situação evidencia que uma violação do princípio da capacidade contributiva caracteriza séria ruptura do fechamento operacional do sistema tributário, tendo em vista ter sido esse o elemento de validade eleito pelo legislador constituinte.

4.6 A Capacidade Contributiva e o Conceito Constitucional de Renda

O aspecto material do imposto sobre a renda, para ser válido sob a ótica constitucional, precisa ser fortemente integrado ao princípio da capacidade contributiva, tendo em vista que esse aspecto material, como antecedente da norma tributária, precisa ser revestido de um comando (verbo e complemento) que ostente um signo presuntivo de riqueza. Nesse sentido, o verbo auferir e o complemento renda, como elementos integrantes do aspecto material do imposto de renda, exigem que os fatos concretos tributáveis sofram o influxo do princípio da capacidade contributiva, porque, somente fatos concretos revestidos de riqueza, podem vir a ser efetivamente alcançados pela incidência tributária.

Adam Smith, influenciado pelos fisiocratas, debruçou-se sobre o estudo da renda¹⁴³. Smith distinguiu renda de rendimento: rendimento seria riqueza nova derivada de uma fonte produtora, como salário (fruto do trabalho), de lucro (retorno

¹⁴²

A validade é, do ponto de vista da autopoiese, como o dinheiro na economia: um 'símbolo circulante' que assegura a reprodução do sistema e a colocação de resultados recursivos de toda operação em relação às operações que a precederam. Um símbolo é um tipo de rasgadura da comunicação, que faz com que, cada vez que ele se apresenta, ele exija a conexão de sua parte complementar. O pagamento monetário exige, em resposta, um outro pagamento monetário que, por seu turno, reconstitui a capacidade de pagar junto a um dos participantes da comunicação econômica. Do mesmo modo, a validade jurídica como símbolo circulante através de todas as operações do sistema jurídico, exige a conexão de umas às outras e pede que a cada transporte de validade – ocasionado pelos atos especificados da comunicação jurídica -, responda uma continuação e uma promoção da validade – das operações jurídicas que se associam (CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106.)

¹⁴³ SMITH, Adam. **The wealth of nations**. Nova Iorque: 2000. p. 169.

do capital empregado) e de juros (resultado do capital emprestado a terceiros); e renda, seria o resultado derivado unicamente da fertilidade da terra.

Esse pensamento de Smith influenciou as doutrinas econômicas por muito tempo, mas, em razão do desenvolvimento industrial, tecnológico e social da humanidade, os conceitos de renda e rendimento formulados por Smith convergiram numa unificação em torno do conceito de renda¹⁴⁴.

O estudo do ágio, portanto, precisa ser analisado sob a perspectiva do elemento renda contido no aspecto material do imposto de renda, de sorte a se verificar como o ágio deve ser aproveitado sob a perspectiva desse tributo.

Nesse sentido, surge a questão de saber se existe no ordenamento tributário brasileiro um conceito constitucional de renda. Uma resposta positiva levará à conclusão de que o aspecto material do imposto de renda necessariamente será balizado diretamente pelas normas constitucionais, ao passo que entendimento diverso permitirá concluir-se que o legislador ordinário é livre para definir o que seja renda.

Bulhões Pedreira, citado por Luís Cesar Souza de Queiroz, defende a existência de um conceito constitucional de renda a partir do qual o legislador infraconstitucional esteja vinculado, devendo obedecer certos limites que não podem ser ultrapassados pelo legislador¹⁴⁵.

Segundo a visão de Bulhões Pedreira, o conceito constitucional de renda decorre da distribuição de competências promovida pela Constituição, sistema do

¹⁴⁴ A Suprema Corte Americana, em *Doyle vs. Mitchell Bros. Co.*, estabeleceu que renda pode ser definida como o produto derivado do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. Esse foi o primeiro julgado a tratar da definição de renda. *Doyle v. Mitchell Bros. Co.*, 247 U.S. 179 38 S.Ct. 467 (1918). "In order to determine whether there has been gain or loss, and the amount of the gain if any, we must withdraw from the gross proceeds an amount sufficient to restore the capital value that existed at the commencement of the period under consideration."

¹⁴⁵ A lei ordinária ao definir os rendimentos ou a renda sujeitos ao tributo, não é livre para escolher qualquer base imponible, e há de respeitar o conceito de 'renda e proventos de qualquer natureza' constante da Constituição. (...) O conhecimento do conceito de renda, é portanto, indispensável para o julgamento da constitucionalidade da lei federal que define a base de cálculo do imposto de 'renda e proventos de qualquer natureza'. (...) Nem o legislador nem o intérprete é livre para adotar o conceito de renda de sua preferência: deve procurar aquele que melhor se ajuste ao sistema de distribuição de competências tributárias da Constituição. (...) O Congresso pode restringir ou limitar o conceito de renda e proventos de qualquer natureza constante da Constituição, mas não ampliá-lo além dos limites compatíveis com a distribuição constitucional de rendas (PEDREIRA, José Luiz Bulhões citado por QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 166, 167 e 175).

qual o legislador ordinário não pode se desviar no momento de definição das bases imponíveis tributárias.

Para os legalistas¹⁴⁶, em linhas gerais, não é possível chegar-se a uma definição de renda porque existem diversas teorias antagônicas elaboradas pela teoria econômica, o que leva à necessidade de definição pelas normas tributárias¹⁴⁷.

De toda sorte, parece que a razão está com Bulhões Pedreira, não só porque a teoria legalista, acaso levada ao extremo, permite que qualquer coisa possa ser eleita pelo legislador como renda, mas porque o conceito de renda de fato precisa ser buscado a partir do sistema de partilhas de competência definido no sistema constitucional tributário.

Assim é que, mesmo para autores que sustentam a ausência de um conceito constitucional de renda, como é o caso de Ricardo Lobo Torres¹⁴⁸, isso não significa uma absoluta margem discricionária pelo legislador, que precisará construir os elementos do fato tributário a partir de outros elementos integrantes do sistema tributário e também do próprio marco semântico mínimo do vocábulo renda.

Por outro ângulo, é de fato difícil, senão impossível, encontrar no texto constitucional uma definição engessada de renda, uma vez que o próprio texto constitucional quando faz referência ao vocábulo o faz de formas contraditórias¹⁴⁹.

Sob a conformação constitucional, renda configura-se num conceito jurídico indeterminado, o que implica o reconhecimento de que, além de necessitar ser compatibilizado com outros princípios e regras inerentes ao sistema constitucional tributário, jamais poderá ser considerado um conceito vazio, na medida em que o legislador sempre precisará observar o marco semântico que estabelecerá os seus respectivos limites¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Rubens Gomes de Sousa e Dino Jarach seriam partidários dessa teoria como relata Luís Cesar Souza de Queiroz em sua obra *Imposto Sobre a Renda*. Pág. 145.

¹⁴⁷ Para um exame detalhado sobre as diversas teorias sobre renda, vide QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. A partir da pág. 120.

¹⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 4. p. 116.

¹⁴⁹ “Tendo o texto original como referência, uma primeira conclusão parece incontestável: há ambiguidade por polissemia referente à utilização do vocábulo ‘renda’. Esse termo é utilizado em 6 diferentes sentidos, quais sejam:(...). (QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 212).

¹⁵⁰ Renda e proventos de qualquer natureza (ou renda em sentido amplo ou simplesmente renda) é conceito que está contido nas normas constitucionais relativas ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e que designa o acréscimo de valor patrimonial, representativo da

Renda, no contexto, equivale a um resultado líquido disponível para o contribuinte, isto é, o resultado entre o confronto dos rendimentos e das despesas necessárias para geração desses rendimentos.

Um ponto importante de se ressaltar é que a dificuldade para a definição de renda reside exatamente na identificação de quais elementos podem efetivamente ser deduzidos na operação, o que precisa ser balizado, em todo caso, pelos princípios integrantes do sistema tributário constitucional¹⁵¹.

Essa situação apenas corrobora a afirmação de Roque Antonio Carrazza (2005) no sentido de que a base de cálculo, como representação de um dos elementos integrantes do aspecto quantitativo do fato gerador da obrigação tributária, “é a expressão econômica do tributo, estando intimamente relacionada com a respectiva hipótese de incidência”¹⁵².

4.7 O Ágio como Elemento Integrante do Resultado Líquido de Renda

Sob a perspectiva da base de cálculo, como elemento integrante do aspecto quantitativo do fato gerador da obrigação tributária, renda e proventos de qualquer natureza equivalem aos ganhos econômicos do sujeito passivo da obrigação tributária, realizados por seu capital, trabalho ou pela combinação de ambos, e determinados pelo confronto de ingressos e dispêndios ocorridos no patrimônio em determinado lapso de tempo.

obtenção de produto ou simples aumento no valor do patrimônio, apurado, em certo período de tempo, a partir da combinação de todos os fatos que contribuem para o acréscimo de valor do patrimônio (fatos-acréscimos) com certos fatos que, estando relacionados ao atendimento das necessidades vitais básicas ou à preservação da existência, com dignidade, tanto da própria pessoa quanto de sua família, contribuam para o decréscimo de valor do patrimônio (fatos-decrécimos). (QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 239).

¹⁵¹ “Nesta linha, Luís Cesar Queiroz destaca que uma das dificuldades para a definição de renda decorre da identificação de quais os fatos-decrécimos (perdas, custos, despesas) devem ser necessariamente dedutíveis para que se respeite a integridade do conceito de renda. Tal identificação deve partir necessariamente da combinação dos princípios constitucionais tributários, destacadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva subjetiva, do mínimo existencial e da vedação da utilização de tributo com efeito de confisco”. OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Análise Crítica do Julgamento da Repercussão Geral no RE 582.525-6: a proibição de dedução do valor da CSLL do lucro real no IRPJ (art. 1º da Lei 9.316/96) e o conceito constitucional de renda.*

¹⁵² CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.

O ágio gerado numa aquisição, como a diferença verificada entre o valor patrimonial da sociedade adquirida e o preço pago ao titular do investimento, deve integrar o conceito de despesa dedutível do adquirente (contribuinte da obrigação tributária por ter efetuado o desembolso), na apuração da base de cálculo do imposto devido no final do período de apuração.

Como leciona Bulhões Pedreira, segundo explicado por Luís Queiroz¹⁵³, os fluxos de moeda, bens e serviços podem ser classificados em “pagamento de renda”, “transferência de renda”, “pagamento de capital” e “transferência de capital”. Assim, segundo uma ótica pura da teoria renda-produto, somente o pagamento de renda poderia ser englobado no conceito de renda, na medida em que somente esse elemento representa riqueza nova gerada a partir de um fator de produção. Transferência de renda e transferência de capital, por não representarem, fluxo de riqueza nova não poderiam equivaler a renda.

Todavia, no regime de fluxo de pagamento de capital é possível, na visão de Bulhões Pedreira, configurar-se a geração de renda porque, a partir do levantamento da situação patrimonial, é plenamente viável constatar-se a formação de riqueza nova¹⁵⁴.

Isso significa que a mais valia paga pelo investimento, pela ótica constitucional, deve integrar o conceito de renda, permitindo-se a dedução da base de cálculo do tributo. Renda, pelo parâmetro constitucional, é conceito indeterminado que deve ser balizado pelo confronto dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da livre iniciativa.

Se é certo que o legislador ordinário possui liberdade para preencher os contornos desse conceito indeterminado, a partir da declaração do que seja ou do

¹⁵³ QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 176-177.

¹⁵⁴ Pagamento de capital – é um fluxo de moeda, bens e serviços que constitui prestação nas trocas de bens ou serviços objeto de aplicação de capital. A denominação de pagamento de capital resulta do fato de haver troca de bens ou serviços entre dois patrimônios. Os bens a serem trocados já integram o patrimônio de cada uma das partes. O adquirente de um bem ou serviço vendido sempre perfaz troca de capital, pois substitui certa quantidade de capital que possui pelo bem ou serviço comprado. Adverte que a partir desse fluxo, que é de capital, pode ser realizado um rendimento dependendo dos custos incorridos pelo vendedor ou produtor para entregar ou fornecer o bem, o que será evidenciado pelo levantamento da situação patrimonial antes e depois da troca (QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 176).

que não seja despesa necessária para fins de dedutibilidade da base de cálculo da exação, essa liberdade deve respeitar os vetores constitucionais¹⁵⁵.

É que o princípio da capacidade contributiva, em sua conformação subjetiva, determina que os impostos, na medida do possível, devem ser pessoais, significando que todas as circunstâncias pessoais do contribuinte precisam ser levadas em consideração no fenômeno da tributação.

Nessa seara, se o contribuinte, por alguma razão estratégica, decidiu adquirir um investimento, é lógico que o desembolso efetuado em contrapartida por esse investimento, ainda que superior ao valor patrimonial, precisa ser abatido do resultado operacional do adquirente e com isso refletir no campo tributário, porque essa é a lógica imposta pelo princípio da capacidade contributiva, na vertente subjetiva.

Isso diante do fato de renda pressupor acréscimo de riqueza nova ao patrimônio formado previamente, observando-se que essa riqueza nova equivalha a um saldo líquido, após o confronto da receita gerada e dos gastos necessários à sua formação.

Isso quer dizer que se existiu a necessidade de realização de um investimento com o pagamento de um prêmio, é natural que esse prêmio deva ser interpretado como um gasto incorrido pelo adquirente, um gasto necessário para geração de seus resultados.

Como o conceito de renda representa a geração de uma riqueza nova sobre um patrimônio preexistente, é natural que os gastos necessários para geração dessa renda possuam a capacidade de reduzir o seu alcance e, portanto, o próprio substrato do que venha a configurar despesas precisa ser balizado pela aplicação do próprio princípio da capacidade contributiva, de seus princípios decorrentes (ou subprincípios), como o princípio da vedação do uso de tributos com efeitos de

¹⁵⁵ No julgamento da Repercussão Geral no RE 582.525, o Supremo Tribunal Federal parece ter corroborado esse entendimento, conforme ilustra Gustavo da Gama Vital: "Para o Ministro Joaquim Barbosa, se inexistente um conceito ontológico de renda, a regulação desse conceito deve ser entendida 'a partir de uma série de influxos oriundos do sistema jurídico, como a proteção ao mínimo existencial, o direito ao amplo acesso à saúde, a capacidade contributiva, a proteção à livre iniciativa e à atividade econômica, e de outros sistemas com os quais o direito possui ligações, como o econômico e o contábil'. (Informativo 525/2008)". OLIVEIRA. Gustavo da Gama Vital de. Análise Crítica do Julgamento da Repercussão Geral no RE 582.525-6: a proibição de dedução do valor da CSLL do lucro real no IRPJ (art. 1º da Lei 9.316/96) e o conceito constitucional de renda.

confisco e de outros princípios ou valores constitucionais, como é o caso do princípio da proteção à livre iniciativa.

O princípio da livre iniciativa equivale a uma decisão política do constituinte originário, como se infere dos artigos 1^o¹⁵⁶ e 170¹⁵⁷ da Constituição Federal. E como adverte Luís Roberto Barroso (2003), embora a referência à livre iniciativa seja comum às constituições brasileiras anteriores, o fato é que agora já “não se concede mais, como fazia a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais”¹⁵⁸.

A menos que distorções ocorram no funcionamento adequado das relações, ninguém se dispõe a pagar por um bem valor superior ao de seu valor nominal. Por essa razão é que o mercado define o preço justo dos bens e serviços, e esse fenômeno encontra guarida no princípio constitucional da proteção à livre iniciativa.

Assim, por força desse princípio, a mais valia paga por um investimento obedece às regras de mercado, pois se fatores econômicos independentes orientam o travamento das relações em seu ambiente, isso significa que o Estado deve reconhecer as consequências advindas do trato dessas relações.

Liberdade de iniciativa pressupõe (i) liberdade de acesso ou de investimento, que compreende o direito de escolha sobre a atividade a desenvolver; (ii) a liberdade de exercício e de organização da empresa, isto é, o direito de determinar como a atividade empresarial será exercida, incluindo forma, disposição, estratégia de execução e de preço do produto ou serviço que será produzido ou oferecido; (iii) a liberdade negocial, em que serão definidas de forma livre e igualitária as relações jurídicas firmadas e seus respectivos conteúdos; (iv) liberdade para concorrer, significando o direito de exercício de atividade econômica em regime de livre concorrência, sem barreiras artificiais impostas pelos agentes econômicos¹⁵⁹.

¹⁵⁶ “Art. 1^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”.

¹⁵⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (...)”.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.

¹⁵⁹ Eros Grau defende que a liberdade de iniciativa decorre do amplo direito de liberdade, não sendo corolário direto da proteção à propriedade e portanto não se esgota na liberdade econômica.

Livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, caput, tem conduzido à conclusão, restrita, de que toda a livre iniciativa se esgota na liberdade econômica ou

Por outro lado, Schoueri (2010) defende a ideia de que o ágio não seria dedutível da base de cálculo do imposto de renda porque o ágio pago equivale ao resultado futuro que se espera poder vir a gerar o negócio objeto da aquisição.

Essa visão, entretanto, está bem próxima do conceito contábil de ágio, que é o valor residual do investimento (após a avaliação dos ativos adquiridos a valor justo) e por isso deve ser alocado como expectativa de resultados futuros.

É natural que no processo de avaliação de um investimento, o adquirente, por meio de técnicas de *valuation*, a partir da análise das demonstrações financeiras e do resultado de uma *due diligence*, efetue uma projeção dos resultados esperados a partir da aplicação de métodos de avaliação de investimentos, como por exemplo, a aplicação da metodologia do fluxo de caixa descontado (*discounted cash flow*), em que os resultados esperados do negócio são projetados em regime de perpetuidade¹⁶⁰.

Embora esse método seja concentrado nos resultados esperados, isso não significa que outros métodos também não sejam usados no processo de *valuation*, em que, mesmo a partir da análise das demonstrações financeiras, o foco não seja medir diretamente a geração de fluxos futuros de caixa, mas sim a eficiência e a produtividade do negócio, como é o caso do método EBITDA (ou LAJIDA).

Além do mais, na prática, muitos investimentos são pagos acima de seu valor patrimonial, e o ágio é gerado, não pela expectativa dos resultados futuros, mas sim pela estimativa do adquirente de que será capaz de gerar eficiências produtivas a partir da criação de sinergias na fase de integração do processo de aquisição.

Essa circunstância somente evidencia que, muito embora o objetivo da aquisição do investimento seja a geração de valor para o adquirente, esse processo nem sempre pode ser visto como geração direta e imediata de caixa, na exata medida de que isso poderá ocorrer por outras formas, como a criação de sinergias durante a fase de integração.

Esses fatores somente evidenciam que nem sempre o ágio pago por um investimento possui como causa determinante uma expectativa de geração de

de iniciativa econômica. Dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 201).

¹⁶⁰ “Segundo o método FCD, o valor de um ativo é determinado pela capacidade do ativo de gerar fluxos de caixas futuros. Quando um comprador adquire os ativos de uma empresa, adquire toda a série de fluxos de caixa esperados a ser produzidos por esses ativos no futuro” (HAWAWINI, Gabriel; VIALLET, Claude. **Finanças para executivos: gestão para criação de valor**. São Paulo: Cengage Learning, 2010).

resultados futuros. Muito embora a finalidade econômica naturalmente seja a geração de resultados, estes podem ser alcançados indiretamente através de redução de despesas e custos, por meio da concentração de processos e pela geração de resultados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou justificar a dedutibilidade do ágio gerado em aquisições de investimentos sob a ótica de um conceito de renda extraído do texto constitucional, possibilitando a que se chegasse às seguintes considerações e conclusões.

Por muito tempo a contabilidade serviu como mero instrumento a serviço de interesses arrecadatários, criando assim a necessidade de se resgatar a integridade das suas funções, o que veio a ser implementado pela lei 11.638/07, com a instituição de novos padrões contábeis.

Para evitar que os novos padrões contábeis instituídos pela lei 11.638/07 viessem a gerar efeitos tributários imediatos, a lei 11.941/09 criou o Regime Tributário de Transição, que vigorou até a edição da lei 12.973/13, objeto da conversão da MP 627.

A respeito, cabe considerar que, na visão da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, contabilidade e direito são sistemas que operam por códigos de fechamento operacional próprios, mas que reciprocamente servem de ambiente simultâneo para ambos, o que possibilita a que um deles, em algumas situações, corrompa o código de fechamento do outro, gerando hipóteses de acoplamento estrutural ou de irritabilidade, que afetam o funcionamento adequado do sistema atacado.

Em linha com as regras do RTT, o citado dispositivo legal (lei 12.973/14) trouxe também em seu bojo um novo padrão de aproveitamento do ágio fiscal, embora o tenha aproximado dos padrões contábeis preexistentes, o que, em última análise, atribuiu ao ágio tributário a natureza de benefício fiscal.

É certo que uma teoria de justiça adequada terá de calçar seu funcionamento em um princípio adequado à matéria, que, no entender de Rawls, deveria ser buscado e eleito pelos membros da sociedade mediante livre escolha, originalmente posicionada por detrás do que geralmente se conhece por “véu da ignorância”.

Dentro desse raciocínio, e por expressa disposição constitucional, o princípio da capacidade contributiva foi o escolhido pelo nosso sistema tributário, eis que ele é um princípio que busca o conceito constitucional de renda, além de ser balizado pelas regras de partilha de competência delimitadas no texto constitucional.

Renda, como aspecto material do imposto sobre a renda, configura-se numa riqueza nova gerada em um patrimônio preexistente, equivalendo a um saldo líquido atingido pelo confronto entre as receitas e os gastos necessários para a efetivação dessas receitas.

As despesas necessárias, assim como ocorre com o conceito de renda, também são balizadas por princípios constitucionais, como a capacidade contributiva em sua vertente subjetiva e a proteção à livre iniciativa.

Nessa linha, o aproveitamento do ágio, como redutor da base de cálculo do imposto sobre a renda, configura-se como um gasto necessário para o adquirente de um investimento por adequação aos princípios da capacidade contributiva e da proteção à livre iniciativa.

O aproveitamento do ágio não pode sofrer os influxos de uma regra contábil, porque o perfil do imposto de renda está delimitado nas regras constitucionais, e não em regras contábeis.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito (*begriff und geltung des rechts*)**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. São Paulo: Atlas, 2010.
- BARRETO, Ana Paula S. Lui; SILVA, Natalie Matos. As novas regras contábeis para o reconhecimento e a mensuração do ágio e o Regime Tributário de Transição (RTT). In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. t. 2.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 4.
- BIANCO, João Francisco. Natureza jurídica do resultado de avaliação do investimento relevante por equivalência patrimonial. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, v. 20, 2006.
- BIFANO, Elidie Palma. Aspectos contábeis da lei 11.638/07: reflexos legais. In: ROCHA, Sérgio André. **Direito tributário, societário e a reforma da lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos)**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. t. 2.

CASALTA NABAIS, José. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

FERNANDES, Edison Carlos. **Direito contábil**: fundamentos, conceito, fontes e relação com outros “ramos” jurídicos. São Paulo: Dialética, 2013.

FERNÁNDEZ, María Jesús García-Torres. **El deber de contabilidad**. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2008.

HAWAWINI, Gabriel; VIALLET, Claude. **Finanças para executivos**: gestão para criação de valor. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de renda das pessoas jurídicas**. São Paulo: IR IUDÍCIBUS, Sérgio de et al. **Manual de contabilidade societária**. São Paulo: Atlas, 2010.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, Alexandro Broedel; MARTINS, Eliseu. Do ágio baseado em expectativa de rentabilidade futura: algumas considerações contábeis. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3.

LUHMANN, Niklas. **General systems theory**. USA: Polity Press, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introduction to systems theory**. Cambridge, UK: Polity, 2013.

MARION, José Carlos. **Contabilidade empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

MARTINS, Eliseu. Ensaio sobre a evolução do uso e das características do valor justo. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1.

MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Ágio Interno: e um Mito?** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2013.

MARTINS, Eliseu; IUDÍCIBUS, Sérgio de. Intangível: sua relação contabilidade/direito: teoria, estruturas conceituais e normas: problemas fiscais de hoje. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 2.

MARTINS, Natanael. A figura do ágio nas operações de planejamento tributário: a prova de sua licitude na jurisprudência administrativa. In: NEDER, Marcos Vinicius (Coord.); SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.); FERRAGUT, Maria Rita (Coord.). **A prova no processo tributário**. São Paulo: Dialética, 2010.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; FREITAS, Rodrigo de. Aspectos polêmicos do ágio na aquisição de investimento: (i) rentabilidade futura e (ii) ágio interno. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 2.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. O Direito Contábil: fundamentos conceituais, aspectos da experiência brasileira e implicações. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v.1.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Raquel; TONANNI, Fernando. Ágio: novo regime jurídico e questões atuais. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2014.

NUNES, Renato. **Tributação e contabilidade**: alguns apontamentos sobre as relações entre sistemas jurídico e contábil. São Paulo: Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os motivos e os fundamentos econômicos dos ágios e deságios na aquisição de investimentos na perspectiva da legislação tributária **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 23, 2009.

PRADO, Roberta Bordini. **Amortização do ágio e imposto sobre a renda**: incorporação, fusão e cisão. São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo, 2012.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de (Org.); GOMES, Marcus Lívio (Org.). **Tributação, direitos fundamentais e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2014.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RABELO FILHO, Antonio Reinaldo; PAIXÃO, Thales Eduardo Silva Gracelacio da. O aproveitamento fiscal do ágio e as alterações da legislação societária. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). **Direito tributário, societário e reforma da Lei das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A segurança jurídica do contribuinte: legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Planejamento fiscal: panorama sete anos depois da LC nº 104/01. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 159, p. 89-106, dez. 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Temas de direito constitucional tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Sérgio André. A contabilidade como prova no processo administrativo fiscal. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alexandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. v. 1.

ROLIM, João Dácio; FONSECA, Frederico de Almeida. Reorganizações Societárias e planejamento fiscal: o ágio de investimentos e o uso de 'empresas veículo' (conduit companies). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 158, 2008.

ROSEMBUJ, Tulio. **El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributário**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2007.

RUGGIERO, Guido. **Historia del Liberalismo Europeo**. Granada: Comares, 2005.

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

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo; TERSI, Vinicius Feliciano. As inter-relações entre a contabilidade e o direito: atender ao RTT significa obter neutralidade tributária? In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2011. v. 2.

SMITH, Adam. **The wealth of nations**. Nova Iorque: 2000.

TAKATA, Marcos Shigueo. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga (Coord.); LOPES, Alessandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. v. 3.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito tributário (Steuerrecht)**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. v. 1.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de interpretação e integração do direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2 e 4.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e competências tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.

YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos: planejamento tributário: limites à luz do abuso de direito e da fraude à lei**. São Paulo: Lex Ed., 2005.