

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE
DEPARTAMENTO DE CONTABILIDADE E ATUÁRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CONTÁBEIS

**DISCUSSÃO SOBRE A TRIBUTAÇÃO DE RENDA NA FONTE EM CONTRATOS
DE *SWAP***

Eduardo Alves de Oliveira

Orientador: Prof. Dr. Alexsandro Broedel Lopes

SÃO PAULO
2011

Prof. Dr. João Grandino Rodas
Reitor da Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Reinaldo Guerreiro
Diretor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade

Prof. Dr. Edgard Bruno Cornachione Jr.
Chefe do Departamento de Contabilidade e Atuária

Prof. Dr. Luis Eduardo Afonso
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis

EDUARDO ALVES DE OLIVEIRA

**DISCUSSÃO SOBRE A TRIBUTAÇÃO DE RENDA NA FONTE EM CONTRATOS
DE *SWAP***

Dissertação apresentada ao Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Contábeis.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Broedel Lopes

Versão Corrigida

(versão original disponível na Unidade que aloja o Programa)

SÃO PAULO

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Seção de Processamento Técnico do SBD/FEA/USP

Oliveira, Eduardo Alves de
Discussão sobre a tributação de renda na fonte em contratos de *swap*
/ Eduardo Alves de Oliveira. -- São Paulo, 2011.
102 p.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.
Orientador: Alexsandro Broedel Lopes.

1. Imposto de renda 2. Derivativos 3. Retenção 4. Tributação I. Univer-
sidade de São Paulo. Faculdade de Economia, Administração e Contabili-
dade II. Título.

CDD – 336.24

À minha família.

A Deus por permitir a concretização deste sonho. Aos meus pais e à minha irmã, pelo direcionamento, incentivo e apoio. Aos meus avós e às minhas tias por compreenderem minha ausência.

Ao Prof. Dr. Alessandro Broedel pela oportunidade de me orientar, pela atenção e pelos ensinamentos. Aos Professores Drs. Iran Siqueira e Roberto Quiroga, membros da Banca do Exame de Qualificação, pelas sugestões para a melhoria da dissertação.

Aos Professores do curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Controladoria e Contabilidade com os quais tive a oportunidade e o privilégio de aprender nesse período, mais especificamente: Prof. Dr. Ariovaldo dos Santos, Prof. Dr. Luís Eduardo Schoueri, Prof. Dr. Bruno Salotti, Prof. Dr. L. Nelson Carvalho, Prof. Dr. Eliseu Martins, Prof. Dr. Iran Siqueira Lima, Prof. Dr. Reinaldo Guerreiro e Prof. Dr. Luiz João Corrar. Em especial gostaria de agradecer aos Professores Drs. Gerlando Augusto Sampaio Franco de Lima e Edgard Cornachione, professores natos, exemplos de profissionais.

Aos meus queridos amigos Juliana, Fernando, Charlini, Carina e Ramon pelo incentivo, pela ajuda e ensinamentos, pelo carinho e amizade. Muito obrigado.

Aos meus colegas de Mestrado e Doutorado, mais especialmente: Hélio, Vanessa, Camila, Alba, Rodrigo, Josué, Marcelo, Vinícius, sábio Edgard, Tatiana, Luciano, Zózia, Waldomiro, Patrícia, Alice e Bispo. Aos funcionários da FEA USP, especialmente, Cristina, Rodolfo e Janaina pela atenção e cuidado.

À PricewaterhouseCoopers pela oportunidade. Aos meus colegas da PwC que contribuíram para essa empreitada: Schmoller e Erika pelo respaldo, apoio, incentivo e interesse; Alencar por tornar viável; Luciana pela compreensão. Aos meus fiéis companheiros de escritório Heitor e Denis. À minha querida equipe PwC, em especial, Giuliana, Ana, Nagai e Fábio. Foi uma honra.

À Gisele, companheira e amiga, pela especial compreensão, pelo incondicional apoio e pelo carinho recebido durante esse período. Obrigado por tudo.

“As coisas valem pelas ideias que nos sugerem.”

Machado de Assis

RESUMO

O objetivo deste estudo é investigar se no caso de contratos de *swap* com finalidade de proteção, o conceito de renda é preenchido para que haja tributação de renda na fonte; para tanto, foram discutidos temas como: hipótese de incidência, base imponible, renda, derivativos e essência e forma na tributação. Os pontos centrais para a discussão do problema são: (i) relação entre hipótese de incidência e base imponible e (ii) essência e forma na tributação. No que tange à hipótese de incidência, a base imponible não alcança o fenômeno renda adequadamente, já que não tributa um efetivo acréscimo patrimonial. Quanto à discussão sobre essência e forma na tributação, conclui-se que a consideração da realidade econômica, na tributação de contratos de *swap* com finalidade de proteção, faz com que a tributação respeite mais o princípio da igualdade, distanciando-se da segurança jurídica. No entanto, implica maior dependência em relação aos tribunais e ao poder judiciário. Dessa forma, o risco a ser considerado é o de que caberá ao poder judiciário a interpretação tendo em vista critérios econômicos, em outras palavras, a essência da operação. O imposto de renda na fonte em contratos de *swap* com finalidade de proteção pode ser tido como indevido, ou, até mesmo, como abusivo; parte da doutrina defende que, nesse caso, o Estado deixa de considerar os ditames constitucionais, pois o objeto tributado trata, apenas, de uma suposta renda.

Palavras-chave: imposto de renda, derivativos, retenção, tributação

ABSTRACT

This study aims to investigate whether, in case of hedging swap, the income concept for source deduction is complied with. Therefore, the following themes were discussed: tax hypothesis, taxable base, income and substance and form in taxation. The central issues to discuss the problem are: (i) relation between tax hypothesis and taxable base and (ii) substance and form in taxation. Regarding the tax hypothesis, the taxable base does not adequately reach the income phenomenon, as it does not tax an actual equity growth. As for the discussion on substance and form in taxation, it is concluded that, when taking into account the economic reality in the taxation of hedging swap, taxation respects the equity principle more, taking distance from legal security. It does imply greater dependence on courts and the legal power though. Thus, the risk that needs to be considered is that the legal power will be responsible for interpretation, in view of economic criteria, that is, the substance of the operation. Withholding tax in hedging swap can be considered undue or even abusive. Part of literature defends, in that case, that the State ignores constitutional principles, as the tax object is merely supposed income.

Key words: income tax, derivatives, withholding tax, taxation

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	3
1 INTRODUÇÃO	5
1.1 Contextualização	5
1.2 Situação Problema	6
1.3 Justificativa e Importância do Tema	7
1.4 Objetivo e Método	10
1.5 Estrutura do Trabalho	14
2 REFERENCIAL TEÓRICO	15
2.1 Tributação	15
2.1.1 Tributo e tributação da renda	15
2.1.2 Imposto de renda e mercado financeiro: regimes de tributação	17
2.1.3 Hipótese de incidência	20
2.1.3.1 Critérios da hipótese	22
2.1.4 Fato imponible	24
2.1.4.1 Base de cálculo	25
2.2 Renda	27
2.2.1 Conceito de renda	27
2.2.1.1 Conceito de disponibilidade de renda	35
2.2.1.1.1 A realização da renda e seu princípio	38
2.2.1.2 As teorias da renda	40
2.2.1.2.1 Renda: produto	44
2.2.1.2.2 Renda: acréscimo patrimonial	45
2.2.1.3 Os termos renda e rendimento	47
2.3 Instrumentos Financeiros Derivativos	49
2.3.1 Contratos derivativos	49
2.3.1.1 Histórico e conceito	49
2.3.1.2 Modalidades de contratos derivativos	52
2.3.1.3 Os agentes dos contratos derivativos	56
2.3.1.4 A negociação dos contratos derivativos	57
2.3.2 Operações com finalidade de <i>hedge</i>	57
2.3.2.1 Principais instrumentos de <i>hedge</i>	57
2.3.2.1.1 Operações de <i>swap</i>	58
2.3.2.1.2 Operações com <i>non deliverable forward</i> (NDF)	58
2.3.2.1.3 Operações com opções	59
2.3.2.2 <i>Hedge</i> e seus instrumentos	59
2.3.2.3 Operacionalização do <i>hedge</i>	61
2.3.2.4 <i>Hedge</i> e suas classificações	62
2.4 Tributação de Operações com <i>Swap</i>	65
2.4.1 Tributação de <i>swap</i>	65
2.4.2 Tributação dos rendimentos de <i>swap</i>	68
2.4.3 Tributação de <i>swap</i> com finalidade proteção	68
3 A INEXISTÊNCIA DE RENDA PARA ATRIBUIÇÃO DE DERIVATIVOS COM FINALIDADE DE PROTEÇÃO	71
3.1 A Demonstração da Tributação de Derivativos	71
3.2 Essência e Forma na Tributação	76
3.3 A Inexistência de Renda para fins de Tributação de Derivativos com Finalidade de <i>Hedge</i>	80
3.3.1 Os efeitos no princípio da igualdade tributária	83
3.3.2 Os efeitos no princípio da capacidade contributiva	86
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS	95

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BACEN – Banco Central do Brasil
CETIP – Central de Custódia e Liquidação de Títulos
CF – Constituição Federal
CMN – Conselho Monetário Nacional
CPC – Comitê de Pronunciamentos Contábeis
CTN – Código Tributário Nacional
DL – Decreto - Lei
FASB – Financial Accounting Standards Board
IASB – *International Accounting Standards Board*
IFA – *International Fiscal Association*
IN – Instrução Normativa
IR – Imposto de Renda
NDF – *Non-Deliverable Forward*
RFB – Receita Federal do Brasil
RTT – Regime Transitório de Tributação
SRF – Secretaria da Receita Federal

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização

Segundo Rousseau (2005, p. 203), o primeiro que cercou um terreno e disse ser seu e encontrou pessoas simples o bastante para que nele acreditassem, foi o fundador da sociedade civil. Na inércia dessa situação, força e violência colocaram em risco a manutenção desse modelo. A segurança para a manutenção das posses tornou-se tão onerosa quanto as necessidades básicas.

Não havia segurança nem para os pobres nem para os ricos; nesse sentido, surge o propósito da união em função do discurso de “resguardar os fracos da opressão, conter os ambiciosos e assegurar a cada qual a posse do que lhe pertence” (ROUSSEAU, 2005, p. 221). Entraves para os pobres, forças para os ricos, destruição da liberdade natural, fixação da lei da propriedade e desigualdade. Eis que surge o Estado, ente coletivo abstrato, criado, talvez, para domínio ou para proteção, fortalecido com o sacrifício de riquezas em prol de um suposto bem comum¹.

Nesse sentido, origina-se o que, atualmente, é denominado tributação, instrumento para o fortalecimento do Estado, permitindo que esse seja sócio do desenvolvimento econômico de uma nação. A importância do direito de tributar está relacionada ao fato de que o Estado tem obrigações para com seus membros, dessa forma, os recursos arrecadados são essenciais para a manutenção de suas atividades. Para tanto, devem ser observados os direitos e as garantias individuais na cobrança de tributos, limites para tributar.

Adam Smith (2008, p. 356), em sua obra a “Riqueza das Nações”, discorreu sobre máximas em relação à tributação que deveriam orientar o Estado: igualdade, certeza, conveniência e eficiência. Essas máximas são a base para os princípios que norteiam a tributação. Tais princípios são, constantemente, objeto de estudos de juristas e economistas. Embora tenham a finalidade de nortear a tributação, por vezes, os efeitos práticos vão de encontro a esses princípios.

¹Vale mencionar o conceito de Direito apresentado pelo ilustre e falecido Professor Silas, nas aulas de Introdução ao Estudo do Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie: “Direito é construção cultural e é a disciplina normativa e heterônoma, da vida exterior e relacional dos homens, bilateral e imperativo atributiva, dotada de validade, eficácia e coercibilidade, que tende à realização da segurança, equilíbrio e bem comum, em uma sociedade organizada, pela captação, tradução e aplicação do valor eterno: justiça.”.

Nesse contexto, ao dispor sobre a tributação de certas operações, por vezes, a legislação tributária brasileira não considera a essência econômica da operação², dessa maneira, deixa de ser eficiente³. É o que ocorre com a tributação de alguns contratos derivativos denominados *swap*⁴. Neste trabalho, o assunto abordado será especificamente a tributação de renda na fonte que ocorre nos contratos de *swap*.

1.2 Situação Problema

Segundo os juristas, hipótese de incidência é a descrição normativa do fato tributável. Fato impositivo é o fato efetivamente acontecido, num determinado tempo e lugar, configurando, rigorosamente, a hipótese de incidência (ATALIBA, 2010, p. 54). A construção adequada da hipótese de incidência pelo legislador determina a consecução de seu objetivo. No caso da tributação incidente sobre a renda, a inobservância do conceito de renda pode determinar uma ineficiência tributária.

Dessa maneira, a finalidade deste trabalho é discutir se o imposto de renda retido na fonte em contratos de *swap* realmente caracteriza tributação de renda, ou seja, verificar-se-á se o objeto dessa modalidade de tributação pode realmente ser caracterizado como renda.

A discussão sobre o que é de fato tributado demonstra-se pertinente, já que, como regra geral, a legislação tributária, apenas, dispõe a respeito do tratamento tributário a ser atribuído aos negócios jurídicos, não influenciando a definição da transação em questão, a qual deve advir de legislação pertinente, seja civil, societária, regulatória, trabalhista ou qualquer outra, conforme disciplinam os artigos 109⁵ e 110⁶ da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (LAULETTA, 2009, p. 51). No entanto, há indícios de que a tributação de renda na fonte, nesse caso, não respeita o conceito contábil-econômico de renda. Em decorrência disso, é

² Sobre o assunto: Lauleta, 2009.

³ “Toda taxa deveria ser elaborada de maneira a tirar e manter fora do bolso do povo o mínimo possível, além do que traz ao tesouro público do Estado” (SMITH, 2007, p. 356).

⁴ “*Derivative financial instruments include interest rate swaps, currency swaps, basis swaps, commodity swaps, equity swaps, equity index swaps, caps and floors (such as interest rate caps and interest rate floors), futures contracts, forward contracts, options, and notional principal contracts. A notional principal contract is generally a financial instrument that provides for payment of amounts by one party to another at specified intervals calculated by reference to a specified index upon a notional principal amount in Exchange for specified consideration or promise to pay similar amounts.*” (TAYLOR, 1999, p. 95)

⁵ “Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.”

⁶ “Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.”

pertinente a discussão sobre o que de fato está sendo tributado, emergindo a seguinte questão: **No caso de contratos de *swap* o conceito de renda é preenchido para que haja tributação de renda na fonte?**

Com a finalidade de obter resposta ao questionamento proposto, este estudo discutirá, entre outros temas: hipótese de incidência, base imponible, renda, derivativos, essência e forma na tributação, na intenção de averiguar a pertinência do questionamento e respondê-lo.

1.3 Justificativa e Importância do Tema

Este estudo tem o objetivo de apresentar a importância da discussão de conceitos multidisciplinares de maneira multidisciplinar, ou seja, discutir temas tributários que possuem relação com temas contábeis, bem como temas contábeis que possuam relação com temas tributários. Esse tipo de discussão é relevante, pois a atividade empírica não reconhece limites de soberania para as áreas de conhecimento. Economia, Contabilidade e Direito são áreas do conhecimento que não possuem limites bem determinados, assim como todas as áreas do conhecimento humano não existem isoladamente, coexistem, extrapolam seus limites, adentrando outros territórios. Dessa forma, este estudo propõe que a utilização adequada de conceitos contábeis pode tornar mais justa a tributação, fazendo com que o sacrifício do contribuinte esteja de acordo com o que a norma determina, tornando a tributação eficiente.

Por tributação eficiente, pode-se entender como a consideração precisa e adequada de termos contábeis para a apuração do *quantum debeatur*⁷. No mercado financeiro⁸, no caso de contratos de *swap*, o fato tributado não preenche as características de renda, acarretando uma ineficiência tributária.

O mercado financeiro foi escolhido como escopo deste trabalho, já que, na economia globalizada, ele se tornou um instrumento de grande utilidade para o desenvolvimento econômico dos países, gerando uma relação de interdependência entre os diferentes setores da economia. Normalmente, a contribuição do mercado financeiro ao setor produtivo da economia não se demonstra tão evidente à sociedade, porém assume um papel de grande importância.

⁷ O quanto é devido.

⁸ O mercado financeiro é composto pelo mercado de crédito e de capitais.

O desenvolvimento do mercado financeiro contribui para o processo de crescimento da economia de diferentes formas, permite uma alocação mais eficiente dos investimentos e do capital, diversificando os riscos dos investidores em decorrência da oferta diversificada de investimentos. Dessa forma, o mercado fica cada vez mais atrativo. Além disso, contribui para que diminua a dependência das empresas do capital das instituições financeiras, que, em alguns países, é o principal meio para alavancar suas atividades (SUGARMAN, 2003, p.7).

Sua função extrapola a mera intermediação de recursos entre poupadores e tomadores, possuindo mecanismos úteis para a captação de recursos e a mitigação de riscos. A captação de recursos é relevante para as empresas no contexto de desenvolvimento econômico, já que permite fomento das atividades empresariais e a consequente geração de riqueza e empregos.

Normalmente, a captação é menos onerosa no exterior, assim sendo, nessa opção a atividade empresária fica sujeita aos riscos cambiais, por exemplo. Nesse ponto, emerge outra função do mercado financeiro: mitigação de riscos. Logo, a oferta de instrumentos financeiros derivativos para a proteção do patrimônio da empresa apresenta-se essencial.

A importância desses produtos na economia brasileira é cada vez maior; desde janeiro de 2006 até outubro de 2010, segundo as estatísticas da BM&FBovespa, o volume financeiro, envolvendo derivativos, foi de aproximadamente R\$ 145 trilhões. Segundo Lopes e Lima (1998, p. 04), há dificuldade, por parte dos órgãos reguladores de mercado, em ter acesso às informações referentes às operações com derivativos, devido ao fato de tais informações não estarem incluídas no modelo contábil formal.

Na Tabela 1 é possível perceber que, embora o ano de 2010 apresente dados até outubro, o volume financeiro envolvido ultrapassou os anos anteriores.

Tabela 1 - Volume financeiro (derivativos)

(Em R\$ Mil)	
Ano	Vol. Financeiro
2006	23.104.809.141
2007	32.362.995.837
2008	28.015.235.145
2009	26.784.587.013
2010	34.516.908.986
Total	144.784.536.122

Fonte: BM&FBovespa

O desenvolvimento contínuo de produtos financeiros tem permitido, por exemplo, aos investidores alcançar semelhante resultado econômico por meios alternativos, permitindo estratégias de planejamento fiscal com a capacidade de criar resultados similares por meio de transações econômicas que produzem consequências tributárias diferentes (BIONDO, 1998, p. 123). Embora uma modalidade de contrato possa não ser mais importante, outras surgem em função de novas necessidades.

O Gráfico 1 ilustra a crescente utilização dos derivativos no mercado financeiro brasileiro:

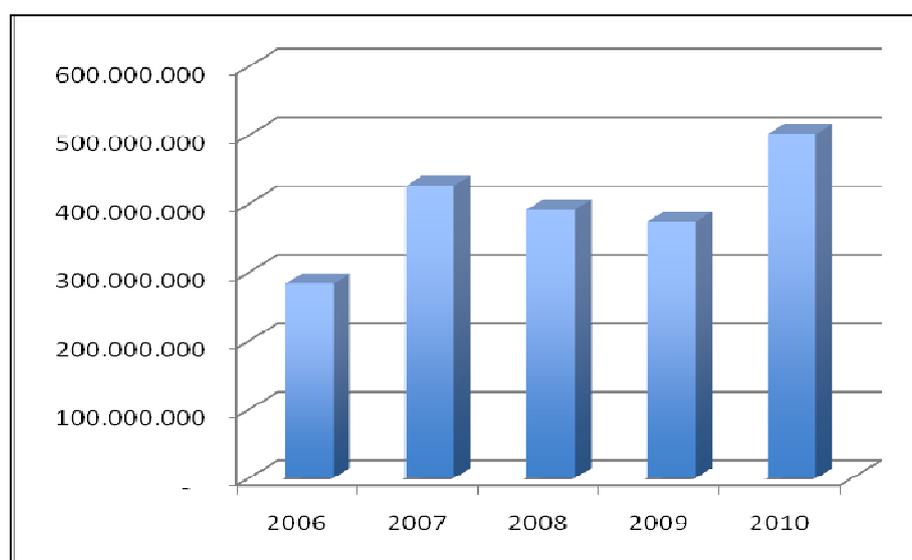


Gráfico 1 - Quantidade de contratos

Fonte: BM&FBovespa

No gráfico acima, pode-se perceber que a utilização de derivativos foi abalada em 2008 e 2009, retomando seu crescimento em 2010; talvez, essa dinâmica seja em decorrência da crise de 2008. Até outubro de 2010, foram firmados cerca de 500 milhões de contratos.

Segundo Schoueri (2004, p. 47), a necessidade de recursos financeiros para possibilitar o crescimento dos países faz com que se torne importante o aprimoramento de seus mercados financeiros, sendo desencorajada a fuga de capitais para o exterior, permitindo que o setor privado reduza sua dependência de empréstimos como principal fonte de financiamento. Esse aprimoramento é visível ao se verificar que o mercado financeiro brasileiro possui condições que permitam o crescimento desse tipo de atividade.

Nesse contexto, vale mencionar que o volume financeiro segue o mesmo padrão de crescimento da quantidade de contratos, conforme gráfico abaixo:

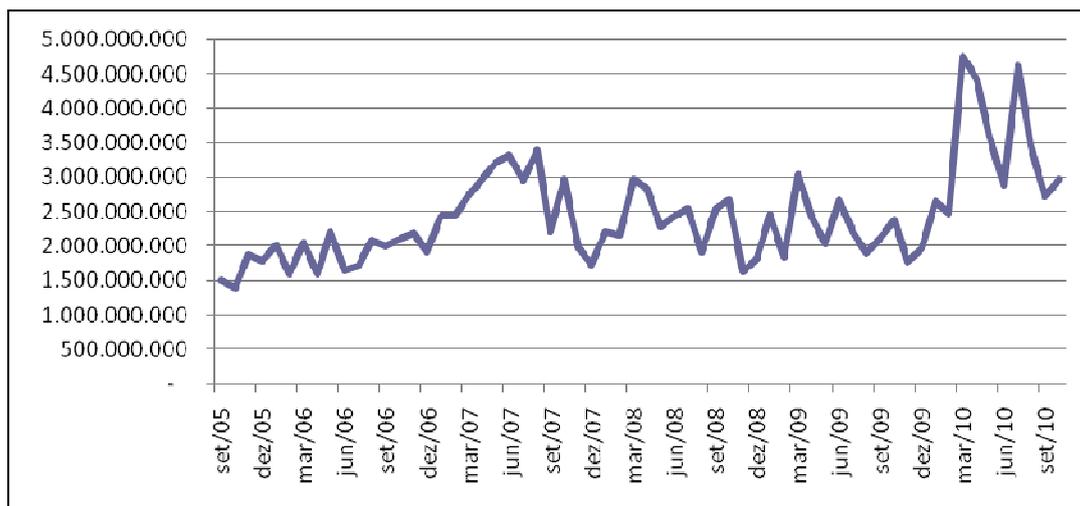


Gráfico 2 - Volume financeiro

Fonte: BM&FBovespa

Já que a norma tributária produz diversos efeitos sobre o comportamento dos contribuintes, por sua importância enquanto meio de intervenção sobre o domínio econômico e por seu caráter indutor (SCHOUERI, 2002, p. 25), os efeitos tributários dos instrumentos financeiros derivativos serão o foco deste estudo, pois seu tratamento tributário deve ser eficiente, encorajando a utilização desses instrumentos para a proteção da atividade empresarial e consequente continuidade da geração de riqueza e empregos.

1.4 Objetivo e Método

Friedrich Wilhelm Nietzsche diz: “Contra o positivismo, que pára perante os fenômenos e diz: ‘Há apenas fatos’, eu digo: fatos é o que não há; há apenas interpretações”. Embora essa afirmação seja radical, é verdadeira. Kerlinger (1980, p. 17) salienta que o propósito da ciência é uma teoria, uma exposição sistemática das relações entre um conjunto de variáveis, é uma explicação de um fenômeno particular. Toda explicação, mesmo utilizando um método, implica interpretações.

A ciência nasce com a observação dos fatos, com base nessa observação é identificado o problema, que significa que há algo de errado ou não resolvido com os fatos; o próximo passo, é a proposta de ideias decorrentes de interpretações, dando origem às hipóteses. Essa hipótese contém várias implicações lógicas que poderão ser observadas na realidade, determinando uma teoria. Após verificada sua testabilidade, uma série de procedimentos é realizada para se chegar a uma conclusão (ALVES, 1993, p. 174).

Ao tratar de trabalhos acadêmicos na área contábil, é evidente que pesquisas empíricas contribuem para o desenvolvimento científico, porém essas pesquisas não podem se reduzir a meros testes de hipóteses. Há quem perceba, na atual conjuntura da pesquisa acadêmica de Contabilidade, uma “ditadura do R²”, gerada por uma visão equivocada da teoria positivista que ocorreu em resposta ao normativismo.

Esse movimento da história da pesquisa na Contabilidade pode ser explicado por ideias de Engels e Marx: materialismo dialético. Segundo Mascaro (2002, p. 109), Engels, em sua concepção de dialética, busca expandir conceitos dialéticos de Marx não, apenas, à esfera da humanidade, da sociabilidade, mas, também, à esfera da própria natureza, como compreensão humana do natural. Ele tentou, em sua obra “Dialética da natureza”, exprimir um sistema para a dialética, partindo de três leis:

- (i) lei da passagem da quantidade para a qualidade;
- (ii) lei da interpenetração dos contrários e
- (iii) lei da negação da negação.

A primeira lei trata da transformação da quantidade em qualidade. O aumento do calor, por exemplo, em determinado ponto, faz com que a água se torne vapor, alterando sua qualidade. Mudanças quantitativas são reformas; transformações maiores ocasionam uma revolução, ou seja, dão um salto qualitativo. A segunda lei trata da compreensão da realidade com uma contradição inerente a ela mesma. A negação da negação, por sua vez, é o processo de rompimento da contradição e do surgimento do novo, fazendo história.

A hipótese fundamental da dialética é que não existe nada eterno, fixo, pois tudo está em perpétua transformação, tudo está sujeito ao contexto histórico do dinâmico e da transformação. A abordagem normativa na pesquisa contábil, em si, guardava uma contradição, representada pela abordagem positiva. Assim como o estado líquido da água, que tem, em si, uma contradição: o estado gasoso. O aumento de influências, assim como o calor, motivou a transformação da tradição normativa. Assim, a tradição normativa começou a ser substituída pela abordagem positiva, acontecendo a negação da negação, rompimento da contradição e surgimento do novo, que, no contexto da Contabilidade, ocorre com o rompimento da visão da Contabilidade como mensuração, inaugurando seu estudo como informação disponível aos usuários (LOPES; MARTINS, 2007, p. 05).

O materialismo dialético pode ser ilustrado pelo pêndulo proposto por Galileu. Segundo ele, o grau de velocidade obtido no final de uma queda é exatamente o necessário para fazer o corpo subir até uma altura idêntica àquela da qual ele caiu, ou seja, um corpo que cai um metro, pode subir, também, um metro, com o impulso adquirido até o final de uma queda; é isso que caracteriza um pêndulo ideal, em que as resistências são nulas. (MARICONDA; VASCONCELOS, 2006, p. 41).

O elemento de contradição do pêndulo nas alturas do lado direito é ele mesmo nas alturas do lado esquerdo, dessa maneira, a contradição passa a ser real e o real passa a ser contradição, como na história. No entanto, na história o pêndulo ideal não existe, as resistências não são nulas, determinando um futuro de repouso em que as contradições convivam, ao centro sem pender ao lado direito ou esquerdo, mas em uma convivência harmônica. Isso é o que, analogamente, tende a acontecer com a pesquisa na Contabilidade: a convivência harmônica entre normativismo e positivismo.

Diante disso, a tendência da pesquisa é unir teoria e prática; neste trabalho, o objetivo é apresentar um estudo multidisciplinar, utilizando a teoria do Direito Tributário para interpretar a norma e a Contabilidade para analisar o fato e, dessa forma, concluir sobre a relação que a norma e o fato guardam entre si, demonstrando que há casos em que existe ineficiência tributária na tributação de derivativos.

A proposta é debater a tributação de derivativos, demonstrando que tanto a tributação na fonte quanto a tributação sintética, no caso de *hedges*, não tributam renda. Dessa forma, com base em um exemplo fictício, demonstrar-se-á, matemática e isoladamente, como ocorre a tributação de renda para o contrato de derivativo que é o escopo deste estudo. Essa demonstração será útil para determinar se a norma, efetivamente, realiza o que se propõe a realizar: tributação da renda. Como já foi exposto, o tema merece ser pesquisado, pois trata de assunto de grande relevância no contexto econômico brasileiro: a tributação. O estudo é uma tentativa de expor um dos equívocos da tributação de renda no Brasil.

Conforme determina Mead (1965, p. 93 *Apud* ALVES, 1993, p. 136), a investigação científica não termina com os seus dados, inicia-se com eles, já que se inicia com a observação. O produto final da ciência é uma teoria ou hipótese de trabalho e não os fatos. A hipótese de trabalho deste estudo é: **no caso de contratos de *swap* o conceito de renda é preenchido para que haja tributação de renda na fonte.**

“Os fatos, em si mesmos, não oferecem sua própria iluminação. O problema científico central, portanto, é claramente o problema da interpretação” (LECKY, 1969, p. 65 *apud* ALVES, 1993, p. 136). Por esse motivo, o primeiro passo do estudo é uma revisão bibliográfica, que apresentará a teoria referente aos principais conceitos que precisarão ser abordados para esclarecimentos do assunto núcleo do estudo; o segundo descreve como ocorre a tributação de derivativos, apresentando os instrumentos normativos que a determinam na prática; o terceiro é uma demonstração matemática da tributação e o quarto, ao relacionar teoria e prática, conclui sobre a hipótese levantada.

A demonstração, apresentada no terceiro passo, tem a finalidade de esclarecer e tornar evidente o que efetivamente ocorre, garantir o rigor do caminho seguido pelo pensamento (ALVES, 1993, p. 118), para que seja possível, tendo em vista toda a teoria apresentada, concluir. Vale, nesse ponto, lembrar Marx, segundo o qual “toda ciência seria supérflua se a aparência, a forma das coisas fosse totalmente idêntica à sua natureza” (1894, p. 951 *apud* ALVES, 1993, p. 136). Nessa demonstração, será feita a contabilização de um derivativo com seus efeitos tributários de maneira isolada em diversos momentos. Para cada momento, como retrato da situação, será apresentado o balanço patrimonial para que seja possível analisar os efeitos tributários.

Para o estudo proposto, o melhor caminho é o ensaio teórico. O ensaio teórico é um trabalho prolongado, profundo e criativo de reflexão sobre um corpo teórico à luz da observação sistemática da realidade; deve ser escrito após muita reflexão e estudos consistentes, deve oferecer alternativas originais e viáveis para a evolução dos estudos em determinada área, apresentando conexões relevantes e oportunidades para novas investigações teórico-empíricas, a partir das considerações nele contidas.

Na atualidade, críticas são feitas aos trabalhos teóricos acerca da confiabilidade e validade, na maioria das vezes, e, assim, desencorajando o desenvolvimento de pesquisas teóricas (SARTORELLI, 2010, p. 09). No entanto, a representatividade elevada dos artigos empíricos em detrimento aos artigos teóricos merece análise, considerando que o ensaio teórico exige lógica e reflexão argumentativa, bem como maior rigor e alto nível de interpretação em relação a outros escritos, o baixo número de artigos teóricos pode ser um indicador da carência de pesquisadores com maturidade para desenvolver esse tipo de pesquisa em Administração e Contabilidade (BARBOSA *et al*, 2008, p. 12).

A abordagem utilizada não será convencional, conforme dizem Martins e Theóphilo (2007, p. 49), a abordagem será crítico-dialética. No início do trabalho, é apresentada uma abordagem crítica da problemática, delineando as questões básicas que direcionam a investigação. A partir de então, há o resgate crítico da doutrina, apresentando uma pesquisa sobre os diversos elementos relacionados com o problema. Depois, ocorre a discussão e a análise de conceitos, relacionando a problemática à doutrina apresentada. Isso feito, apresenta-se a demonstração de como ocorre a tributação. Enfim, há a conclusão e a apresentação do avanço obtido em relação ao conhecimento anterior.

1.5 Estrutura do Trabalho

Esta dissertação está estruturada em quatro partes. A primeira parte corresponde a essa introdução, na qual houve a contextualização; em seguida, foi delineada a situação problema e apresentada a justificativa e importância do tema.

No referencial teórico, segunda parte, são apresentados conceitos importantes para o desenvolvimento do estudo. Essa parte foi dividida em quatro seções. A primeira trata de tributação de renda e discute temas, tais como: aspectos jurídicos sobre a tributação de renda, hipótese de incidência e fato imponible. A segunda apresenta conceitos de renda e alguns de seus aspectos. A terceira trata de derivativos e de operações com finalidade de *hedge*. A quarta trata apenas da tributação em um determinado contrato.

A terceira parte da dissertação, a partir de um exemplo teórico, discute as consequências da situação problema proposta no início do estudo. Nessa parte, apresenta-se o exemplo teórico, discutindo adiante aspectos sobre essência e forma na tributação e, após essa análise, apresenta-se uma análise sobre as consequências dessa situação nos principais princípios de tributação.

Por fim, as considerações finais têm a finalidade de sumarizar as conclusões sobre o tema discutido, levantando questões que podem ensejar novos estudos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Tributação

2.1.1 Tributo e tributação da renda

Segundo Ricardo (1983, p. 169), tributos são a parte do produto da terra e do trabalho dos membros de um Estado colocada à disposição do Estado e, normalmente, são sempre pagos pelo capital ou pelo rendimento. Na Economia, o tributo é tratado como um sacrifício necessário da riqueza por parte dos membros do Estado para sua manutenção.

Além de seu conceito econômico, o conceito jurídico do termo tributo é importante para o desenvolvimento deste estudo, já que, adiante, serão abordados os elementos componentes de sua definição.

Segundo Ataliba (2010, p. 53), tributo é a expressão consagrada para designar a obrigação *ex lege*⁹, posta a cargo dos membros de um Estado para transferir recursos. Indica a relação jurídica que se constitui no núcleo do Direito Tributário. Para definir tributo, Carvalho (2010, p. 54) menciona elementos da definição de Ataliba, dando enfoque na relação obrigacional, entre Estado e seus membros, utilizada para a captação de recursos.

Nesse contexto, na prática, a lei apresenta a descrição normativa do fato que ensejará a incidência, determinando, assim, uma hipótese de incidência e um conjunto de circunstâncias de fato. A relação jurídica tributária, por corresponder à categoria de obrigações *ex lege*, surge com a realização *in concreto* da descrição normativa do fato, num determinado momento. Em outras palavras, surge com a materialização da hipótese de incidência: o fato imponível. Em seguida, o fato imponível determina o nascimento de uma obrigação tributária, ou seja, a obrigação de pagar um tributo.

Enfim, tributo é a parcela da riqueza gerada pelo contribuinte que será entregue ao Estado para a consecução do bem comum, ou seja, em prol da coletividade. Nesse aspecto, os conceitos apresentados por juristas vão ao encontro dos conceitos apresentados por economistas. Não será escopo desse estudo alongar-se na discussão conceitual de tributo, trata-se, apenas, de esclarecimento para se iniciar a discussão de uma modalidade de tributação de renda.

⁹ Da lei.

Segundo Sabine (1966, p. 42)¹⁰, na Inglaterra, no início do século 19, a tributação de renda surgiu para financiar a guerra. No entanto, ao final da guerra, após conturbados momentos entre os legisladores ingleses, a tributação sobre a renda foi aprovada para os momentos de paz. Atualmente, a tributação de renda é um elemento básico para o financiamento das atividades estatais na maioria dos Estados.

No Brasil, o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal dispõe que:

Sempre que possível os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo Bifano (2008, p. 120), os impostos têm como suporte fático negócios jurídicos de natureza econômica. Assim, o artigo 145 combinado com a análise da relação, a análise da relação de impostos suscetíveis de serem instituídos pelos entes tributantes, Constituição Federal (artigos 153 a 156), fica evidente que todos eles estão relacionados a negócios jurídicos, ou situações de natureza econômica, tais como: compras e vendas (nacionais ou internacionais); aquisição de renda e proventos de qualquer natureza; aquisição de crédito, moeda, seguro ou títulos e valores mobiliários; propriedade territorial rural, territorial urbana, de veículos automotores; prestação de serviços. Adicionalmente, capacidade econômica e atividade econômica são elementos essenciais na definição da hipótese tributária, de acordo com os preceitos constitucionais.

Na relação jurídico-tributária há, também, uma relação econômica subjacente, é o que determina o significado da norma, sendo o tributo uma realidade econômica. Ainda, segundo Bifano (2008, p. 120), essa constatação, entretanto, não permite interpretar a norma jurídica, apenas pelos efeitos econômicos dos atos praticados, sob pena de afastar-se a chamada segurança jurídica. Porém, as situações descritas em lei, como suscetíveis de ensejarem o nascimento da obrigação de pagar impostos, é certo estarem regidas pelas leis da Economia, razão pela qual Direito e Economia se entrecruzam.

¹⁰ “In the last analysis income tax was a war tax; it had been born of war and it had sustained the war; its current yield to the war chest was in the order of £ 16,000,000. But when the war was over, it was understandable that the Government should be subject to the strongest pressure to redeem an implied promise, that a war tax should not continue in time of Peace, and repeal the Income Tax Act. The opposition in the Commons to its retention was led by Henry Brougham, a lawyer with a restless talent and an all-pervading energy. The Government was not, however, prepared to repeal automatically, and Hansard tells of a desperately interesting struggle over this issue in the last six weeks or so of the winter of 1816.”

2.1.2 Imposto de renda e mercado financeiro: regimes de tributação

Regime de tributação consiste em um conjunto de regras aplicáveis a um dado rendimento, lucro ou ganho, que apresentará:

- momento da incidência (fato gerador);
- base de cálculo;
- alíquota e
- pagamento ou recolhimento.

Conforme a legislação brasileira, os ganhos e os rendimentos auferidos no mercado financeiro submeter-se-ão aos seguintes regimes de tributação:

- (i) tributação na fonte, que poderá ser exclusiva ou servir de antecipação do imposto de renda devido na declaração;
- (ii) tributação periódica com auto-recolhimento, em separado ou em conjunto com outros rendimentos, que poderá ser exclusiva ou servir de antecipação do imposto de renda devido na declaração e
- (iii) tributação na declaração, que deverá ser feita em conjunto com os demais rendimentos e ganhos, compondo a renda a ser efetivamente tributada após deduções a que o contribuinte tem direito.

No mercado financeiro brasileiro, o regime adotado para gravar a renda tem variado ao longo do tempo, pois fonte e exclusividade, às vezes, são adotadas como forma de evitar a evasão fiscal ou de gravar a renda daqueles que não a declaram.

A tributação na fonte já foi objeto das mais variadas discussões. Há quem conclua tratar-se de uma medida necessária para a continuidade das tarefas do Estado (PAIVA, 1983, p. 287). No que tange à tributação na fonte como forma de antecipação, essa medida pode significar que o Estado não possui um planejamento orçamentário adequado de modo que seja capaz de continuar com suas atividades, sem onerar antecipadamente o contribuinte.

A tributação na fonte presta-se a três finalidades (BIFANO, 2008, p. 155):

- (i) alcançar quem não seria alcançado em condições usuais por não ser domiciliado no território que impõe a tributação, hipótese aplicável aos não domiciliados que auferiram rendas no território nacional e aos domiciliados em território nacional, mas desobrigados do cumprimento de apuração subsequente do tributo, no regime de declaração;
- (ii) antecipar os recursos para permitir ao Estado um adequado fluxo de caixa no cumprimento de suas tarefas;
- (iii) antecipar recursos .

Ainda segundo essa autora (2008, p. 156), das três hipóteses apresentadas somente a descrita em (i) parece estar em conformidade com os princípios que orientam o sistema tributário brasileiro (efetivo acréscimo patrimonial líquido), pois as demais, pelo que se observará, resultam de políticas fiscais relacionadas à gestão e aplicação de recursos arrecadados.

Queiroz (2003, pp. 298), ao examinar a sistemática de tributação na fonte (definitiva ou não), aponta como vantagens desse sistema:

- (i) o aumento da agilidade e certeza no processo de arrecadação;
- (ii) a facilitação da atividade de fiscalização e
- (iii) a dificuldade para a evasão fiscal.

Afirma que a tributação na fonte atende a relevantes e legítimos interesses da Administração Tributária, restando, porém, cabem indagações sobre a compatibilidade com o sistema constitucional tributário.

Conforme ensina Amaro (1986 *apud* BIFANO, p. 307), há outras razões que justificariam a tributação na fonte, a saber:

- (i) coibir ou dificultar a sonegação, considerando-se que fonte e beneficiário não têm interesses coincidentes;
- (ii) atenuar o impacto psicológico negativo de o contribuinte ter que desembolsar os recursos já recebidos para pagar o tributo;
- (iii) estimular a adimplência.

Em suma, Brandão Machado (1994, p. 110) diz que são óbvias as razões que justificam a cobrança do imposto na fonte:

- (i) reduz o número de contribuintes e
- (ii) facilita a fiscalização, permitindo às autoridades fiscais receberem mais facilmente de empresas do que de indivíduos.

Vale acrescentar a essas razões o equilíbrio no fluxo de caixa do governo. Como bem frisa Bifano (2008, p. 154), a adoção de regimes de tributação fez-se e ainda se faz em detrimento do contribuinte, sem considerar o efetivo acréscimo patrimonial e em desacordo com os interesses econômicos envolvidos. Os regimes de tributação são adotados sem que a legislação considere a natureza das operações envolvidas e seu conteúdo econômico.

Essa falta de entendimento das operações financeiras acarreta, em algumas especiais circunstâncias, um indevido tratamento tributário com prejuízos sensíveis para os investidores. Este trabalho tem como escopo evidenciar e discutir a ocorrência desse equívoco em uma determinada situação. O esclarecimento sobre os regimes de tributação é necessário para uma posterior crítica dele, já que é sua imposição que torna evidente a desconsideração da natureza econômica do objeto gravado.

A tributação de renda na fonte, no caso de contratos de *swap*, não incide exatamente sobre renda, mas sobre um determinado rendimento que, em um momento posterior, fará parte da composição de renda. No entanto, a legislação tributária brasileira não aguarda até esse momento, para que seja gravado o rendimento pela tributação que se propõe a gravar a renda.

Nos casos em que as operações efetuadas com contrato de *swap* possuem a finalidade de proteção, não há o que se falar de renda superior a zero, pois, nem mesmo em um posterior momento, o rendimento se torna renda superior a zero, já que a finalidade dessa operação é justamente anular as perdas. Mesmo nessa situação, o rendimento é gravado pela tributação de renda, ainda enquanto rendimento, passando, apenas, a compor a renda posteriormente, porém a renda que passará a compor será uma renda nula, já que essa “nulidade” é justamente a finalidade da operação.

Em decorrência disso, a operação não atinge com eficácia seu objetivo, visto que, embora não haja sacrifício patrimonial nesse momento, a tributação na fonte acarreta um descasamento entre o rendimento e a despesa que ele deveria anular. O efeito patrimonial fica evidente ao se

considerar o custo de oportunidade em relação ao elemento do ativo registrado no balanço a título de imposto de renda retido na fonte. Na comparação entre o rendimento obtido pelo investimento desse caixa com o rendimento garantido pelo governo, fica evidente o prejuízo econômico gerado pelo governo ao investidor. Adiante, retornar-se-á a essa temática, ilustrando, contabilmente, o que foi aqui descrito.

2.1.3 Hipótese de incidência

Para o desenvolvimento deste estudo, são importantes alguns esclarecimentos sobre o termo: hipótese de incidência, já que o objeto deste estudo é justamente demonstrar que a tributação de renda na fonte, que grava contratos de *swap*, não tem como objeto o que a hipótese de incidência propõe: renda; para tanto, será utilizada a doutrina jurídica. Como diz Ataliba (2010, p. 54), não é possível desenvolver trabalho científico sem o emprego de um vocabulário técnico rigoroso, objetivo e unívoco.

Hipótese de incidência refere-se ao conceito legal, à descrição legal, hipotética, de um fato; estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato, difere de fato imponible, que se refere ao fato efetivamente acontecido. “Costuma-se designar por incidência o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como consequente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma” (ATALIBA, 2010, p. 45).

A análise da hipótese de incidência é importante para que seja possível avaliar se o fato jurídico que enseja a tributação possui os requisitos determinados por ela. Segundo Becker (1998, p. 262), hipótese de incidência não é uma peculiaridade da regra jurídica tributária, pois possui estrutura lógica e atuação dinâmica idêntica a qualquer outra regra jurídica. O Direito trabalha com descrições normativas de fatos. No Direito Penal, por exemplo, há a descrição do fato em lei e a determinação de uma consequência no caso de ocorrer a materialização, assim, realmente, não se trata de uma peculiaridade do Direito Tributário.

A hipótese de incidência da regra jurídica tributária pode ser qualquer fato lícito: econômico, como a renda, ou jurídico, como a propriedade. A composição de uma única hipótese de incidência engloba múltiplas combinações de fatos jurídicos e não jurídicos. Na composição da hipótese de incidência, há um fato que desempenha a função de núcleo e outros que exercem a função de elementos adjetivos. O núcleo da hipótese de incidência tributária é o fato escolhido para base de cálculo. No caso da tributação de renda, a base de cálculo para a

apuração do valor do tributo pode apresentar uma série de complexidades, que, a depender da interpretação, poderá acarretar desvio em relação ao que foi determinado no núcleo.

Carrazza (2006, p. 482) diz que, por vezes, de modo implícito e com certa margem de liberdade para o legislador, ao discriminar as competências tributárias, a Constituição brasileira, estabeleceu a norma-padrão de incidência de cada tributo, ou seja, apontou a hipótese de incidência possível, o sujeito ativo possível, o sujeito passivo possível, a base de cálculo possível e a alíquota possível, das várias espécies e subespécies de tributos.

A norma-padrão de incidência, que tem como um dos elementos a hipótese de incidência, vincula o legislador, que, ao determinar a tributação em instrumentos normativos, deverá ser fiel à norma constitucional predeterminada. Embora, em sua atividade, o legislador tenha a Constituição como norteadora, interesses políticos e econômicos influenciam a construção normativa tributária, diante disso, podem ocorrer lesões aos preceitos constitucionais.

No Brasil, o tipo tributário é revelado após a análise conjunta da hipótese de incidência e da base de cálculo do tributo. A Constituição, ao discriminar as competências tributárias das várias pessoas políticas, estabeleceu as bases de cálculo *in abstracto* possíveis dos vários tributos federais, estaduais, municipais e distritais. Assim, se o tributo é sobre a renda, sua base de cálculo deverá, necessariamente, levar em conta uma medida de renda (CARRAZZA, 2006, p. 483).

A base de cálculo, tanto para Becker quanto para Carrazza, é essencial para a norma tributária. Becker defende que a base de cálculo é elemento da hipótese de incidência e Carrazza defende que base de cálculo e hipótese de incidência são elementos da norma-padrão de incidência tributária. Independentemente da concepção doutrinária, a base de cálculo deve apresentar relação com a hipótese de incidência, deve ser uma medida da materialidade da hipótese de incidência tributária.

Ao tratar de hipótese de incidência, Carvalho (2010, p. 310) diz que o problema nominativo não é o mais importante, tratando-se de entidades lógicas que estão presentes ali onde houver norma jurídica de qualquer espécie, tanto faz chamar-se de hipótese, antecedente, suposto, antessuposto ou pressuposto à previsão fática, significará sempre a descrição normativa de um evento que, concretizado no nível das realidades materiais e relatado no antecedente de norma individual e concreta, ensejará o vínculo abstrato que o legislador estipulou na consequência.

A hipótese de incidência é denominada como hipótese tributária, para Carvalho, aproximando o adjetivo para qualificar o campo de atuação.

Ainda, segundo Carvalho (2010, p. 310):

A respeito do fato que realmente sucede no quadro do relacionamento social, dentro de específicas condições de espaço e de tempo, que podemos captar por meio de nossos órgãos sensoriais, e até dele participar fisicamente, preferimos denominar evento jurídico tributário, reservando a locução fato jurídico tributário para o relato lingüístico desse acontecimento. Fato jurídico porque tem o condão de irradiar efeitos de direito. E tributário pela simples razão de que sua eficácia está diretamente ligada à instituição do tributo. (Grifo nosso)

Nesse contexto, vale mencionar a importância de o fato ocorrer em específicas condições de tempo, já que essas condições serão fatores determinantes do fato impositivo. O fato impositivo, dependendo do tempo em que se encontrar, pode assumir características diferentes para o Direito e para a Contabilidade. Por exemplo, o que a norma jurídica reconhece como renda, atribuindo, nesse momento, oportunidade para a tributação, pode, no mesmo momento, não ser reconhecido como tal pela Contabilidade. Dessa forma, o aprofundamento dos critérios da hipótese de incidência é importante para a caracterização pormenorizada do fato impositivo.

2.1.3.1 Critérios da hipótese

A análise mais aprofundada da hipótese de incidência, considerando seus critérios, é útil para determinar a sua relação com o fato impositivo e, conseqüentemente, com a base de cálculo. Segundo Becker (1998, p. 263), toda e qualquer hipótese de incidência, ao se realizar, ocorre num determinado tempo e espaço; a regra jurídica, ao preestabelecer os fatos que integralizarão a hipótese de incidência, também predeterminará as coordenadas de tempo e as de espaço.

Para Carvalho (2010, p. 319), ao conceituar o fato que dará ensejo ao nascimento da relação jurídica do tributo, é necessária a seleção de propriedades importantes para caracterizá-lo e, desse conceito, podem-se extrair critérios de identificação que permitam reconhecê-lo toda vez que, efetivamente, aconteça. No enunciado hipotético, haverá três critérios identificadores do fato: a) critério material; b) critério espacial e c) critério temporal.

Quanto ao critério material, trata-se de encontro de expressões genéricas que designam comportamentos humanos, ou seja, implicam realizar determinada ação, dar ou ser algo.

Como exemplo, tem-se: “industrializar produtos” e “auferir renda”. Normalmente, é formado por um verbo, seguido de seu complemento (CARVALHO, 2010, p. 321). O critério material direciona a determinação da base de cálculo, que se torna o reflexo quantitativo do critério material, permitindo a apuração precisa do tributo.

Quanto ao critério espacial, os elementos indicadores de sua condição, segundo Carvalho (2010, p. 324), são compostos de três formas: (i) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para a ocorrência de fato típico (ex.: imposto de importação e exportação); (ii) hipótese em que o critério espacial alude a áreas específicas, de tal sorte que o acontecimento, apenas, ocorrerá se dentro delas estiver geograficamente contido (ex.: ITR e IPTU) e (iii) hipótese de critério espacial bem genérico, em que todo e qualquer fato, que suceda sob o manto da vigência territorial da lei instituidora, estará apto a desencadear seus efeitos peculiares (ex.: ICMS). Os critérios de espaço, denominados também como “coordenadas de lugar” por Becker (1998, p. 333), condicionam o núcleo, critério material, e os elementos adjetivos para que aconteçam nos lugares determinados na norma.

Quanto ao critério temporal, trata-se do grupo de indicações contidas na regra que oferecem elementos para determinar o instante em que acontece o fato descrito, gerando uma relação jurídica entre o devedor e o credor, em função do pagamento de prestação pecuniária, assinalando o surgimento de um direito subjetivo para o Estado e de um dever jurídico para o contribuinte (CARVALHO, 2010, p. 326).

Os critérios de tempo, denominados por Becker como “coordenadas de tempo” (BECKER, 1998, p. 333), condicionam o núcleo, critério material, e elementos adjetivos à (i) contemporaneidade, por exemplo: imposto de renda retido na fonte pagadora de rendimento; (ii) sucessividade, por exemplo: imposto de renda por contrato epistolar devido no momento da expedição da aceitação e (iii) sucessividade dentro de prazo, por exemplo: imposto sobre a renda percebida durante o ano civil anterior àquele em que deve ser apresentada a declaração de imposto de renda.

Ainda quanto ao critério temporal, alguns juristas nomearam uma classificação para a variação de critérios temporais existentes nas hipóteses de incidência, tornando corrente a distinção entre fatos geradores instantâneos, continuados e complexivos. São instantâneos quando se verificam e se esgotam em determinada unidade de tempo, dando origem a uma obrigação tributária (ex.: IPI, ICMS e Imposto de importação); continuados quando

configuram situações duradouras, que se desdobrem no tempo, tornando-se maiores ou menores (ex.: IPTU e ITR) e complexivos¹¹ quando o processo de formação tiver implemento com o transcurso de unidades sucessivas de tempo, de maneira que a integração desses fatores gere o fato final (ex.: IR) (CARVALHO, 2010, p. 331).

A realização da hipótese de incidência do imposto de renda cobrado pelo sistema de ano-base, somente atingirá a integralização no momento em que se extinguir o último restante do dia 31 de dezembro do ano-base e, em consequência, a incidência de todas as regras jurídicas tributárias que disciplinam aquele imposto ocorrerá, apenas, no primeiro momento do dia 1º de janeiro do novo ano. Logo, somente incidirão as regras jurídicas ainda vigentes naquele primeiro momento do dia 1º de janeiro. Em outras palavras, não haverá incidência de regras jurídicas cuja vigência expirou em 31 de dezembro do ano-base e nem incidirão as regras jurídicas porventura promulgadas no dia 1º de janeiro do ano novo (BECKER, 1998, p. 333).

Ainda, segundo esse autor, a realização da hipótese de incidência é gradativa, quando está coordenada por tempo sucessivo. Os fatos que compõem o seu núcleo e elementos adjetivos, vão aos poucos, à medida que acontecem, realizando a hipótese de incidência até que aconteça o último fato que completará a sua integralização, isto é, a sua verdadeira materialização.

A incidência da regra jurídica somente ocorrerá depois de materializado o último fato previsto na hipótese de incidência e se todos os fatos, núcleos e elementos adjetivos, tiverem se materializado naqueles predeterminados lugares e épocas que coordenam a realização, no tempo e no espaço, daquela hipótese de incidência. A incidência da regra jurídica somente se desencadeia depois de realizada a hipótese de incidência. Quando essa consiste num estado de fato, por exemplo, de medida igual a do ano civil, então a hipótese de incidência realizou-se no último momento do dia 31 de dezembro e sobre ela incidirá a regra jurídica vigente no primeiro momento do dia 1º de janeiro do novo ano civil.

2.1.4 Fato imponible

Há vários termos utilizados pelos especialistas do Direito Tributário para designar o “antecedente ou suposto das normas” que determinam a obrigação tributária. Fala-se em: situação base, pressuposto de fato do tributo, suporte fático, fato imponible e fato gerador.

¹¹ Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 332) apresenta uma crítica a esse termo, porém é utilizado pela maioria dos autores contemporâneos.

Conforme é possível verificar, nos instrumentos normativos fiscais, no Direito positivo brasileiro e na jurisprudência, que o termo fato gerador é utilizado para: (i) nomear a previsão normativa do fato em construções normativas gerais e abstratas e (ii) nomear os fatos jurídicos individuais e concretos (CARVALHO, 2010, p. 307).

A utilização do termo fato gerador é criticada na doutrina tributária¹². Foi proposto por Geraldo Ataliba o termo ‘fato imponible’ para representar a ocorrência, no mundo dos fenômenos físicos, que satisfaz os pressupostos requeridos pela norma jurídica. (CARVALHO, 2010, p. 309).

Segundo Ataliba (2010, p. 58), fato imponible é o fato concreto, efetivamente ocorrido, na conformidade da previsão legal. Esse autor utiliza o termo ‘fato concreto’ para enfatizar a ocorrência do fato no mundo fenomênico; tal ênfase se demonstra necessária nesse contexto, embora qualquer ocorrência fática no mundo fenomênico seja concreta.

Para Carvalho (2010, p. 311), fato imponible é a ocorrência que está sujeita à imposição tributária, por isso imponible, ou seja, passível de sofrer imposição. O fato assume características de relação jurídica tributária mediante a incidência. Dessa forma, para Carvalho, não existe o fato jurídico tributário anteriormente à incidência, de tal modo que, enquanto imponible, apenas após a incidência assume juridicidade.

A análise peculiar de Carvalho sobre a relação existente entre o fato no mundo material e sua implicação jurídico-tributária é descrita pela regra matriz de incidência. Paulo de Barros Carvalho utiliza o termo ‘fato jurídico tributário’ para designar fato imponible. Neste estudo, utilizar-se-á o termo ‘fato imponible’.

2.1.4.1 Base de cálculo

Segundo Canto *et al* (1982, p. 287), na maioria dos tributos praticados no mundo contemporâneo o montante devido é variável em função da maior ou menor capacidade contributiva do sujeito passivo. Nesse contexto, a base de cálculo é a expressão financeira ou quantitativa da prestação devida às autoridades fiscais.

É a consequência da hipótese de incidência, logo, deve guardar coerência com o “fato jurígeno”¹³ que dimensiona e mensura. É por essa razão que a base de cálculo, além de sua

¹² “O rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência” (BOBBIO, 1950, p. 200).

¹³ Sobre o assunto: Coelho, 1982, p. 262.

função quantificadora, também, tem a função de confirmar a materialidade da hipótese de incidência (COELHO, 1982, p. 262). A função quantificadora da base de cálculo, que dimensiona e mensura, serve para graduar a capacidade contributiva, no que concerne a certos impostos.

Em outras palavras, trata-se de uma confirmação, uma condensação do aspecto material da hipótese de incidência, funcionando como um elemento quantitativo; daí não poder, em consequência, erigir-se em um elemento quantificador diverso, quer por falta, quer por excesso, do que haver sido enunciado no aspecto material da hipótese de incidência (GUIMARÃES, 1982, p. 320).

A base de cálculo, ou como prefere esse autor, base imponible é um atributo do aspecto material da hipótese de incidência, mensurável de algum modo: é o conceito de peso, volume, comprimento, largura, altura, valor, preço, custo, perímetro, capacidade, superfície, grossura ou qualquer outro atributo de tamanho ou grandeza mensuráveis do próprio aspecto material da hipótese de incidência (ATALIBA, 2010, p. 109).

Balera (1982, p. 363) diz que o relacionamento entre hipótese de incidência, em seu aspecto material, e a base imponible ocorre à medida que a base imponible confirma ou desconfirma o comando do qual a hipótese de incidência é substância. Se existe identificação entre a materialidade da hipótese e sua medida, o tributo não oferece qualquer dúvida, ou seja, se a escultura (base imponible) está de acordo com a foto (hipótese de incidência).

No entanto, quando o legislador deixa de estabelecer uma simetria entre a hipótese de incidência, no seu aspecto material, e a consequência, em seu aspecto quantitativo, criando situação jurídica tributária distinta da que enuncia na descrição legal, está desfigurando o tributo em seu próprio cerne.

Em conclusão, o relacionamento entre hipótese de incidência e base de cálculo dá-se sob dois enfoques: o primeiro enquanto a base é uma perspectiva do aspecto material, ou seja, a hipótese de incidência como causa da base de cálculo; o segundo refere-se ao afinamento que espera dessa base com a materialidade que ela se destina a medir, confirmando a formulação normativa, ou seja, a hipótese de incidência como fim do qual a base imponible é meio.

2.2 Renda

2.2.1 Conceito de renda

A discussão do conceito de renda demonstra-se relevante para o escopo deste trabalho, já que sua finalidade é desconfigurar o objeto da tributação na fonte de contratos de *swap* como sendo renda. Em 1910, Kennan (1910, p. 1), em sua obra, intitulada “*Income taxation*”, apresenta primeiro o conceito de renda do *Century Dictionary*¹⁴, segundo o qual renda é o ganho ou benefício recorrente, usualmente mensurado em moeda, que provém do trabalho, negócio ou propriedade; receita comercial ou qualquer tipo de recebimento, incluindo salário, os proventos de agricultura e comércio, aluguel de casas ou retorno de investimentos.

Esse conceito não é adequado, pois não apresenta elementos abstratos que determinam o conceito de renda; trata-se, apenas, de um rol de exemplos do que é contabilmente denominado rendimento.

O autor, também, critica essa definição e apresenta a definição de um autor alemão (WESTON apud KENNAN, 1910, p. 3)¹⁵ que define renda como sendo a soma de benefícios econômicos que excedem à necessidade do indivíduo.

Nesse contexto, vale mencionar a decisão do tribunal em Nova Iorque:

Sem dúvida que “lucro” e “renda” são palavras utilizadas como sinônimos, mas, estritamente falando, “renda” significa aquilo que advém de negócio ou investimento de capital, sem referência com desembolsos ou despesas, enquanto que “lucro”, geralmente, significa o ganho advindo de negócios ou investimentos que consideram recebimentos e pagamentos. “Renda”, quando o conceito é aplicado aos indivíduos, expressa a mesma ideia que “receita” para um Estado ou nação; ninguém pensaria em negar que nosso governo tem receita, em um determinado período que as despesas superassem esse montante.¹⁶ (Tradução livre do autor)

¹⁴ Century Dictionary. Webster’s New International Dictionary (1910), define *income* como “*that gain or recurrent benefit (usually measured in money) which proceeds from labor, business or property; commercial revenue or receipts of any kind, including wages or salaries, the proceeds of agriculture and commerce, the rent of houses or the return on investments.*”

¹⁵ “A German writer on political economy has defined income as the sum of economic goods or gains accruing to a person within a given period, which are not needed to replace capital and which the person may therefore consume without diminishing his wealth.”

¹⁶ *People vs Niagara County Supervisors, 4 Hill (N.Y.) 20*. “It is undoubtably true that “profit” and “income” are sometimes used as synonymous terms; but, strictly speaking, “income” means that which comes in or is received from any business or investment of capital, without reference to the outgoing expenditures, while “profits” generally mean the gain which is made upon any business or investment when both receipts and payments are taken into account. “Income” when applied to the affairs of individuals, expresses the same idea that “revenue” does when applied to affairs of state or nation; and no one would think of denying that our

Conforme é possível se verificar, a definição de renda não é uma tarefa simples, por esse motivo a tributação da renda é mais complexa do que qualquer outro tipo de tributação do sistema tributário brasileiro. Essa complexidade não reside, apenas, na dificuldade da apuração da base de cálculo desse tributo, mas também da dificuldade de conceituar renda, já que não está atrelada a fatos pontuais, mas a um conjunto de fatos. Devido à dificuldade em determinar precisamente o conceito de renda, a incidência pode possuir uma característica subjetiva.

No ambiente acadêmico do Direito Tributário, alguns buscam o conceito de renda exclusivamente na Constituição; outros, nas teorias de renda elaboradas pelos principais autores estrangeiros ou, ainda, no poder absoluto da lei.

Segundo Luhmann (2002, p. 376), todos os três caminhos, isoladamente tomados, são errados. O erro decorre do fato de o legislador ter optado por utilizar como base da tributação um termo da Economia. É mais fácil trabalhar tributos com base na propriedade, porque a propriedade é um instituto do Direito, que serve de acoplamento estrutural entre o subsistema do Direito e o subsistema da Economia.

Propriedade e renda são institutos de acoplamento entre Economia, Contabilidade e Direito, porém a facilidade mencionada não reside no fato de que propriedade é um instituto do Direito, mas, sim, no fato de que o instituto da propriedade possui evidências documentais mais simples e objetivas para sua determinação do que a renda.

O Direito não existe por si, ou seja, depende de relações humanas, sendo a Economia uma delas, de tal modo que antes de a propriedade ser um instituto do Direito, existia no mundo fenomênico da Economia. O Direito, apenas, captou e traduziu esse instituto, determinando as formalidades para sua padronização e simplificação. No caso da renda, é mais difícil sua determinação em bases formais, por esse motivo, deve-se recorrer às metodologias com essa finalidade, tornando a Contabilidade importante para esse fim.

Por esse motivo, ou seja, padronização e simplificação em bases formais, é mais fácil trabalhar tributos com base em contratos, principalmente, quando decorrentes de operações únicas, como os impostos sobre importação, exportação, serviços e produtos industrializados.

O contrato é um acoplamento estrutural entre os subsistemas da Economia e do Direito (ANDRADE, 2006, p. 6).

A evolução na teoria da contabilidade começa com o conceito de renda, já que é uma das principais informações buscadas pelos usuários de demonstrações contábeis, sejam eles usuários externos, tais como investidores e acionistas, sejam eles usuários internos, como a administração ou, até mesmo, terceiros interessados, como as autoridades fiscais para a determinação da base imponible do imposto de renda (PHILIPS, 1965, p. 14).

A forma de como a renda deve ser demonstrada, por meio de demonstração do lucro, é regulamentada por regras específicas emanadas pelos órgãos competentes, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e autoridades fiscais e segue os princípios fundamentais de Contabilidade (ABE, 2007, p. 15).

Em sua essência, o termo renda traz um conteúdo intrínseco, seu significado não depende apenas dos sujeitos ou das normas que a regem, possui um conteúdo econômico, representa o quanto houve de acréscimo de poder econômico, o quanto se poderá prever de incremento no bem-estar econômico durante um determinado período (HICKS, 1946, p. 172). Dessa forma, a Contabilidade demonstra sua importância.

Na medida em que, também, é uma forma de linguagem, a Contabilidade pode ser avaliada em três níveis: sintático, pragmático e semântico (HENDRIKSEN; VAN BREDA, 2007, p. 202):

- (i) nível sintático: trata-se das regras referentes à estrutura, ou seja, como a renda deve ser calculada em termos práticos e objetivos;
- (ii) nível pragmático: atenta-se ao sujeito para verificar qual o sentido que o receptor e aquele de quem emana a linguagem querem dar ao termo e
- (iii) nível semântico: refere-se à interpretação, isto é, ao conteúdo inserido dentro da acepção.

O foco deve ser no nível semântico, mais especificamente no significado de renda que o Direito Tributário quer buscar, permitindo um diálogo entre a Contabilidade e o Direito, para determinar esse conceito. A Contabilidade traduz, quantitativamente, o fenômeno da renda, cabendo ao Direito determinar a base imponible do imposto sobre a renda.

Segundo Tipke¹⁷ (*Apud* MACHADO, 1984, p. 521),

[...] renda é todo acréscimo de valor que habilita o contribuinte a conduzir sua vida privada, a satisfazer suas necessidades particulares. O que o contribuinte aplica em objetivos profissionais não lhe fica disponível para a satisfação de suas necessidades. Portanto, as despesas que o contribuinte faz para objetivos profissionais podem ser deduzidas das bases da tributação (chamado *princípio da renda líquida*).

Embora a definição de renda proposta por esse autor esteja adequada, a palavra renda possui várias acepções, porém a definição apresentada contempla, apenas, uma acepção.

Ao dissertar sobre renda e proventos de qualquer natureza, Mosquera (1996, p. 110), define-os como a mutação patrimonial que consiste num acréscimo aos elementos que constituem o patrimônio, sendo originados do trabalho, do capital, da aposentadoria ou de qualquer outra fonte geradora de riqueza nova, podendo originar-se de itens patrimoniais já existentes, como do capital.

A definição de Mosquera pode ensejar interpretação diversa da intencionada, já que apresenta em seu texto elementos geradores de rendimentos, porém cabe ressaltar que o texto do qual foi extraída a definição proposta pelo autor tratava de 'renda e proventos de qualquer natureza', conforme mencionado. Assim sendo, não se trata da definição do termo 'renda'. No texto apresentado, deve-se atentar para a expressão 'mutação patrimonial', que, por essência, não considera, apenas, os elementos positivos, que constituem rendimentos, mas também os elementos negativos. Em outras palavras, refere-se ao resultado da consideração dos acréscimos e decréscimos ao patrimônio. Segundo alguns estudiosos, o acréscimo patrimonial pode não ser a melhor definição para renda, já que possui elementos que não figuram como tal.

Segundo Carrazza (2009, p. 39), rendimento é qualquer ganho isoladamente considerado, enquanto renda é o excedente de riqueza obtido num dado período de tempo, deduzidos os gastos necessários à sua obtenção e manutenção, para fins de tributação, deve estar vinculada a acréscimo patrimonial no tempo.

Carrazza procura esclarecer que renda não é o mesmo que rendimento. No entanto, ao utilizar a expressão 'ganho isoladamente considerado', pode ensejar uma interpretação equivocada do que seja rendimento, já que Lopes e Martins (2007, p.146) definem ganhos como aumentos

¹⁷ Professor na Universidade de Colônia, Alemanha.

no patrimônio de uma entidade advindos de atividades periféricas ou incidentes, durante determinado período de tempo. O termo ‘ganho’ não se trata, apenas, de aumento no ativo, característica do termo ‘rendimento’. O que se procura esclarecer é que ganho, assim como renda, possuem elementos quantitativos positivos e negativos para sua determinação, a diferença entre esses dois reside no fato de que ganho é um dos componentes de renda.

Além disso, outro ponto a destacar é a dicotomia entre lucro e renda, já que, em muitos textos, apresentam o termo ‘lucro’, quando, neste estudo, foi utilizado o termo ‘renda’. Houve preferência por renda, pois a noção de lucro está muito ligada à contabilidade, traduzindo-se, na maioria dos casos, na última linha da Demonstração do Resultado do Exercício, enquanto a renda estaria ligada a uma noção de incremento patrimonial, de aumento de poder econômico ou de bem-estar econômico. (ABE, 2007, p. 16).

Adicionalmente, há outro argumento que se deve considerar, com a finalidade de se reforçar a conclusão obtida: é que a renda a ser tributada há de ser apenas a riqueza acrescida, riqueza nova, sob pena de se tributar o patrimônio (riqueza velha, incorporada) alcançado pela incidência de outros impostos, conforme determinado na CF. Por essa razão, não se pode considerar, tampouco, como riqueza a ser tributada pelo imposto de renda, a riqueza consumida, objeto de tributação pelos impostos que incidem sobre o consumo e a circulação, pois que a riqueza consumida somente estará retratada, patrimonialmente, pelo acréscimo patrimonial que ela vier a gerar, esse, sim, tributado pelo imposto de renda.

Renda é um vocábulo que, para ser definido no mundo jurídico, precisa ser compreendido no ambiente da Economia e determinado no ambiente da Contabilidade para ser captado e tratado no Direito, conforme seu modo específico de operação. Segundo Bifano (2008, p.120), trata-se de um fenômeno econômico que ingressou no mundo jurídico, justificando, dessa maneira, ter sido objeto de muitas conceituações, jurídicas e econômicas. Segundo Queiroz (2003, pp. 120 –216), ocorre a seguinte divisão no entendimento doutrinário dessa questão:

(A) teorias econômicas de renda:

- (i) distinguindo capital e renda;
- (ii) considerando renda apenas o produto da terra ou, eventualmente, do capital;

- (iii) considerando renda como o ingresso ou riqueza decorrente do exercício do poder produtivo do homem ou decorrente de quaisquer entradas, inclusive consumíveis, sem alteração do capital;
- (iv) tomando a renda bruta, para, deduzidos os gastos necessários à sua produção, determinar a renda líquida;
- (v) fixando características definidoras de renda líquida como produto material ou imaterial, inclusive resultante do aumento de valor dos bens;

(B) teorias jurídico-tributárias de renda:

- (i) renda-produto, em sentido estrito, como riqueza nova proveniente de atividade produtiva ou fonte produtiva durável e renda-produto, em sentido amplo, como riqueza nova, de natureza material ou não, que não decorre necessariamente de fonte produtiva permanente, realizada ou não, separada ou não, periódica ou não, líquida e de natureza monetária ou não;
- (ii) renda-acrécimo como riqueza nova obtida de produto, ocorrência de fluxo ou aumento no valor do patrimônio, material ou não, acumulada ou consumida, decorrente ou não de fonte permanente ou produtiva, não necessariamente realizada, separada ou periódica, normalmente líquida, podendo ter índole monetária ou não;
- (iii) renda no sentido legalista, decorrente da definição dada pelo legislador ordinário.

O Direito Civil e a Economia Política construíram conceitos jurídicos e econômicos de capital e renda desde muito tempo (BALEEIRO, 1974, pp. 322-325). No que tange à Economia, o capital nasce de acumulação de rendas não consumidas, esse capital aplicado gera remunerações e utilidades; quanto ao Direito, o capital é o conjunto de bens que renovam seus frutos periodicamente.

Segundo Bifano (2008, p. 121), a norma tributária grava a renda, observando as seguintes premissas:

- (i) existência de fonte permanente geradora de renda;
- (ii) fluência de período de tempo para ocorrência e mensuração de renda;

- (iii) caráter periódico ou regular das utilidades e
- (iv) aplicação da atividade do titular na gestão da fonte.

Após serem considerados esses elementos, duas grandes teorias que têm sido incorporadas às normas tributárias dos diversos países, segundo essa autora:

- (a) renda como atributo periódico da fonte permanente e
- (b) renda como acréscimo de valor pecuniário do patrimônio entre dois momentos diferentes.

O conceito de renda pode ser examinado sob o aspecto da produção, distribuição e consumo. Sob o aspecto de produção, renda é produto de uma fonte permanente, natural ou criada pelo homem; da distribuição, renda é resultado da atividade da empresa distribuído aos agentes da produção e do consumo, renda é apenas aquilo que se consome.

Sob o aspecto da produção nascem as teorias da fonte, na qual renda é o produto periódico de fonte permanente e a do acréscimo patrimonial, segundo a qual renda é o acréscimo de ativos, líquido de perdas, gastos, juros e obrigações, em determinado período. Por fim, o conceito de renda envolve outras questões como: caracterizar renda tributável apenas o fluxo monetário ou o valor de vantagens obtidas por força de relação contratual (COSTA, pp. 24-33).

O problema de conceituar a renda é tão grande que economistas e financistas têm se aplicado a desenvolver o conceito de renda, sem que haja coincidência de conclusões, razão pela qual a Constituição Federal referiu-se, também, a proventos. Examinando o conceito constitucional ante o Código Tributário Nacional, segundo esse, renda é sempre produto, resultado quer do trabalho, quer do capital, ou mesmo da associação de ambos; os demais acréscimos que não se enquadrem como renda, serão proventos. Essa distinção, entre renda e proventos, entretanto, não é pacífica entre os doutrinadores (MACHADO, 1994, p. 314).

Segundo Bulhões Pedreira (1971, p.2), existem quatro conceitos básicos de renda, sendo três deles econômicos e um financeiro; o financeiro é o mais interessante para este estudo. Apresenta a ideia de recursos, moeda e resultado da atividade econômica.

Sendo simplista, renda é o produto do capital ou do trabalho, sinônimo de lucros, juros, aluguéis, proventos e receitas; já o termo proventos é sinônimo de pensão, crédito, proveito, lucro e de fluxo. Fluxo indica algo que entra ou que é recebido, o que justificaria uma

tendência doutrinária a considerar renda como fluxo e não como acréscimo (BULHÕES PEDREIRA, 1971, p. 2).

O CTN não apresenta o conceito constitucional de renda, mas um conceito diferente que ele caracteriza como acréscimo do poder econômico. Ainda que Bulhões Pedreira (1979, p. 385), pareça ser adepto da teoria da renda-fluxo, próxima da teoria da renda-produto, como participação da pessoa na renda nacional, por meio de fluxo de moeda, bens e serviços, em 1979, afirma que renda não é fluxo, mas acréscimo patrimonial decorrente desse fluxo.

Segundo Bifano (2008, p. 122), a posição de Gonçalves (2002 *apud* BIFANO, 2008, p.122) é interessante, pois considera o conceito de renda como constitucionalmente pressuposto, pois não está explicitado na CF, de tal forma que deve ser obtido eliminando-se, inicialmente, conceitos próximos como faturamento, patrimônio, resultado, lucro etc.. Conclui que o conceito pressuposto e inserido nas disposições constitucionais deverá conter: saldo positivo resultante do confronto entre certas entradas e saídas, ocorridas ao longo de um dado período.

O legislador ordinário não é livre para instituir os tributos, pois deve respeitar preceitos constitucionais que, implicitamente, apresentam conceito de renda. Não se pode aceitar que o conceito de renda seja, simplesmente, aquele que a lei considera como tal. A CF dispõe que a hipótese de incidência do imposto de renda é o fato de uma pessoa auferir renda e receber proventos. Renda há de ser riqueza nova, há de ser acréscimo patrimonial, acréscimo esse experimentado pelo contribuinte ao longo de um certo período.

Vale frisar que o legislador ordinário não pode fugir dos preceitos constitucionais, denominando como renda ou provento o que não represente, do ponto de vista material da hipótese de incidência, acréscimo patrimonial auferido em um certo período de tempo que caracteriza o aspecto temporal da hipótese de incidência do tributo. A Economia fornece diversos conceitos de renda, mas o legislador ordinário somente poderá tomar aquele que permita compatibilizar a incidência com os princípios constitucionais sobre a matéria. Em outras palavras, o conceito de renda e proventos de qualquer natureza, que são os ganhos econômicos do contribuinte gerados, por seu trabalho ou pela combinação de ambos, após o confronto de entradas e saídas verificadas em seu patrimônio.

Queiroz (2003, pp. 120-199) examina as diversas teorias que se formaram, no Brasil e no mundo, desde o século XVIII até o fim do século XX, para, também, questionar a respeito do conceito constitucional de renda. Esse autor conclui que a expressão renda e proventos de

qualquer natureza, como base tributável do imposto de renda, representa conceito indeterminado, porém não vazio, o que confirma o que dispõe Schoueri (2010, p. 262), o conceito de renda, econômico, é amplo mas não ilimitado, na constituição brasileira há vários princípios que delinham o que pode ser renda tributada.

Assim o conceito constitucional de renda deve assentar-se em princípios contidos na própria CF, como: a legalidade, a igualdade, a universalidade, a capacidade contributiva, objetiva e subjetiva, o mínimo existencial e a vedação de uso de tributo com finalidade de confisco (MATOS, 2007, p. 52).

A legalidade é um princípio que não pode ser deixado de lado mesmo que se reconheça que o legislador complementar admitiu a tributação com base na disponibilidade econômica de renda e proventos de qualquer natureza. É verdade que o legislador não precisa se limitar a acréscimos patrimoniais, no sentido civil; também, é correto afirmar que o legislador deve deixar claro a quais acréscimos patrimoniais ele se refere, ao instituir o imposto. (SCHOUERI, 2010, p. 262)

Ainda segundo esse autor, outro limite é o princípio da igualdade em matéria tributária e seu corolário, expresso na capacidade contributiva. Nesse sentido, deve a tributação partir da comparação das capacidades econômicas dos principais contribuintes, exigindo-se tributo igual de contribuinte em equivalente situação. Além disso, o legislador tributário, dentro de sua liberdade, concretiza aquele princípio, ao optar pela renda líquida.

Entre o momento em que o imposto de renda foi introduzido, no sistema legislativo brasileiro, e o momento atual, muitas construções doutrinárias sobre a matéria foram feitas. O imposto de renda, que hoje apresenta grande complexidade, representa volume substancial de arrecadação. Devido a isso a importância em determinar a tributação de renda.

2.2.1.1 Conceito de disponibilidade de renda

Segundo Schoueri (2010, p.264), é importante ter em mente que a passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica não dispensa o requisito apontado pelo CTN, no artigo 43, bem como que essa disponibilidade seja algo que se incorpora ao patrimônio, em seu sentido contábil e não necessariamente civil, algo de que o contribuinte possa fruir, como seu. Nada no sistema jurídico indica que se possa tributar como renda algo que não exista; a renda deve ser aferível. Se a disponibilidade econômica é critério para a

tributação renda, isso se faz, apenas, se aquela puder ser medida, com os instrumentos que a técnica contábil oferece.

Depreende-se, dessa passagem, que a renda não é suficiente, é necessário que exista acréscimo patrimonial, além de dispor dela jurídica ou economicamente. Assim, em seu artigo 43, de forma sucinta, determina que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda e de proventos, ambos acréscimos patrimoniais. O conceito de disponibilidade de renda, também, tem gerado muitos debates entre os doutrinadores.

Campos (1993, pp. 333-334) apresenta de forma sintética essa questão:

- (i) aquisição é o ato de adquirir, tornar-se possuidor;
- (ii) disponibilidade é a qualidade daquele ou daquilo que está disponível;
- (iii) disponibilidade econômica é identificada pela doutrina tradicional como renda já percebida ou adquirida.

Tal renda poderá ser auferida no sistema *cash basis*, regime de caixa, confundida com a renda determinada em regime financeiro, indicando fruto já colhido; disponibilidade jurídica, renda produzida, mas não percebida, representativa de um crédito exigível, auferida no sistema de *accrual basis*, regime de competência, determinada pelo regime econômico, fruto permanente e não colhido ainda.

Ao analisar a disponibilidade de lucros auferidos no exterior, por exemplo, para efeitos de tributação pelo imposto de renda, Oliveira (2002, p. 393) esclarece que o fato gerador do imposto somente se forma pela completude dos dois componentes da hipótese descrita no artigo 43 de CTN, não faltando nenhum deles, em outras palavras, existindo, renda ou proventos de qualquer natureza e disponibilidade econômica ou jurídica desses elementos.

Ressalte-se, ainda, que o objeto nuclear dessa tributação é a renda ou provento, vindo depois dele e de forma dependente, a aquisição de sua disponibilidade por uma causa jurídica ou econômica e conclui que inexistente disponibilidade, seja econômica ou jurídica, sem renda e sem provento. Somente há disponibilidade quando há novo direito, adquirido definitivamente; a disponibilidade de renda ou provento pressupõe, no mínimo, que o titular do patrimônio ao qual a renda ou provento pressupõe, no mínimo, que o titular do patrimônio ao qual a renda

acresce, dela se apodere efetivamente, quando se trata de disponibilidade econômica ou, quando se tratar de disponibilidade jurídica, dela se apodere juridicamente.

Segundo Ulhôa Canto (1986, p. 5), para se considerar os principais elementos integrantes necessários do conceito apresentado no art. 43 do CTN, deve-se:

começar pela busca do sentido da expressão 'aquisição de disponibilidade'. Embora não haja norma legal que o expresse, da natureza das coisas resulta claro que ela significa o poder de dispor ou o aperfeiçoamento, no seu titular, de todos os atributos necessários a que ele tenha a faculdade de dar ao bem ou direito de que se trata a utilidade que deseje. Não há aquisição de disponibilidade de bem ou direito de que alguém não tenha a faculdade de usar, ou em relação ao qual não se esteja em condições de exercer os demais atributos do domínio.

Continua o autor:

segue-se a questão de como distinguir a aquisição 'econômica' e a da 'jurídica' [...]. Diz-se que há disponibilidade econômica quando alguém pode, efetivamente, tomar, usar e alienar bem ou direito. Jurídica é a disponibilidade quando o seu titular pode, embora não haja recebido fisicamente a coisa ou o direito, deles fazer uso ou tirar os proveitos resultantes do domínio porque a lei ou o contrato lho permitem, mesmo sem que seja preciso ter a sua detenção material.

Brandão Machado (1994, p. 114), ao analisar o artigo 43 do CTN, concluiu que a expressão disponibilidade econômica foi introduzida pelo autor do projeto, Rubens Gomes de Souza, a partir de influência da doutrina alemã que desenvolvera a chamada interpretação econômica no Direito Tributário, pois tal doutrina permitiria arrecadar, ainda que o fato sujeito à tributação não caracterizasse um direito acrescido, mas pelos efeitos econômicos produzidos, assim poderia ser conduzido.

Em síntese o debate que até hoje se mantém, pode ser resumido da seguinte maneira:

- (i) disponibilidade econômica nasce com recebimento do valor que se acrescenta ao patrimônio do contribuinte;
- (ii) disponibilidade jurídica nasce com simples crédito de valor do qual o contribuinte passa, juridicamente, a dispor, embora esse não lhe esteja ainda nas mãos.

Com base na doutrina, pode-se concluir que dispõe, juridicamente, aquele que tem o direito de exigir algo, por força da lei ou do contrato, portanto, tem o direito de crédito, que ao seu

patrimônio se acrescenta e por ele pode cobrar, estando a outra parte, devedor, obrigada a cumprir sua prestação, portanto pagar, sob pena de execução.

De outro lado, dispõe, economicamente, aquele que incorporou ao seu patrimônio o montante que lhe é devido e que, por consequência dessa incorporação, ao seu patrimônio se acrescenta, embora não possa exigir o crédito que ao patrimônio se incorporou nem o devedor esteja compelido a pagá-lo antes do termo legalmente definido. A análise da disponibilidade jurídica necessariamente encaminha a discussão à análise da chamada realização da renda (MACHADO, 1994, p. 315).

Uma leitura atenta do art. 43 do CTN leva à conclusão de que não basta a existência de uma riqueza para que haja a tributação. Primeiramente, é necessário que tal renda seja adquirida, já que o texto faz referência à aquisição, levando à ideia de realização. Adicionalmente, por outro aspecto, também, é necessário que haja disponibilidade sobre a renda ou sobre o provento de qualquer natureza. Segundo Schoueri (2010, p. 248), tradicionalmente, vincula-se a disponibilidade jurídica ao regime de competência e a disponibilidade econômica aproxima-se do regime de caixa. Não se trata da melhor aproximação do tema, já que, o recebimento em caixa indicaria, quando muito, uma disponibilidade financeira.

2.2.1.1.1 A realização da renda e seu princípio

Segundo Zilvetti (2004, pp. 298-328), o princípio da realização da renda assenta-se na ideia de que a renda tenha sido efetivamente realizada, isso ocorre antes da imposição ao contribuinte de uma obrigação de pagar o tributo. Em outras palavras, a realização da renda somente ocorre quando o contribuinte tem condições de considerar, em separado de seu patrimônio, o bem ou direito cuja realização lhe dará condições de assegurar a riqueza objeto de tributação. A separação de que trata o autor, há de ser um direito, disponível imediatamente, o que não ocorre quando se configura a disponibilidade econômica ou jurídica.

Ainda, para esse autor, a tributação pelo IR deverá acontecer, apenas, em relação aos acréscimos destacados do patrimônio original, já que esse acréscimo realizado é que lhe permitirá pagar o tributo, sob pena de vir a ser tributado sem que disponha de renda.

A disponibilidade econômica de renda não pode ser fato gerador do imposto, pois não se podem conceber direitos com base somente em elementos econômicos, ou seja, ainda sem elementos jurídicos. Há possibilidade de que ocorram vícios referentes à disponibilidade, por

exemplo, caso o contribuinte tenha direito ao crédito, mas não consiga realizá-lo. Por essas razões, há quem entenda que a expressão renda realizada melhor atenderia aos propósitos legais, informando que a realização da renda ocorre quando o contribuinte entrega sua mercadoria ou serviço e recebe o valor correspondente, de forma integral disponível em caixa.

Embora, segundo alguns autores, seja pouco estudado no Brasil (ZILVETTI, 2004, p. 324), o princípio da realização é relevante para a realização da justiça fiscal, representando respeito aos princípios da capacidade contributiva do cidadão e da igualdade de tributação, já que um tributo somente pode ser pago com a renda gerada pelo fato tributável, uma vez realizada.

Em síntese, a realização da renda consiste na certeza do contribuinte de dar como separado de seu patrimônio o bem ou direito cuja alienação assegura o ganho. No entanto, a simples separação não é o suficiente para constituir a obrigação de pagar o tributo: ele precisa ter a certeza da riqueza. Em dois diferentes momentos, Derzi (*Apud* BIFANO, p. 130) faz especial referência à renda realizada:

- (i) em comentários sobre os autores alemães que, ao tratarem de lucro realizado, consideram que esse somente é tributável se ocorrer algum tipo de mudança patrimonial ou acréscimo patrimonial concreto, devendo ser efetivamente representado por dinheiro ou valor equivalente. O objetivo de tributar o lucro realizado é a proteção do patrimônio e
- (ii) em afirmação que o lucro só é tributável se há uma mudança patrimonial, acréscimo de valor, efetiva e concreta que se tornou dinheiro ou valor equivalente, em outras palavras, quando está realizado.

Cardona (1990 *apud* BIFANO, 2008, p. 134) analisa o conceito de realização de renda expresso na lei colombiana. Dispõe que se considera realizado um ingresso ordinário ou extraordinário, quando se recebe em dinheiro, em espécie de forma a equivaler legalmente a um pagamento ou quando o direito de exigí-lo se extingue por qualquer outro modo legalmente previsto, diverso do pagamento.

Esse autor relembra que pode haver ingressos que não representem realização de renda e situações, com ausência de ingressos, considerados pela lei como tributáveis. Fundamenta adoção desse princípio, esclarecendo que a renda para fins de tributação de IR, em sua estrita

acepção econômica, configura o fato imponible (hipótese de incidência) enquanto a realização jurídico-contábil configura o fato gerador que faz nascer a obrigação tributária.

A diferenciação entre conceito econômico e o conceito jurídico-contábil é relevante para definir o conceito de renda, pois o conceito econômico está vinculado à riqueza, permitindo gravar ingressos que não têm essa natureza (o produto do trabalho), razão pela qual somente o fruto do capital pode ser tido como renda. A realização da renda afasta conceitos tradicionais e permite que se tribute a efetiva percepção como o pagamento que se recebe de um ingresso, já tendo a pessoa o direito de exigí-lo.

2.2.1.2 As teorias da renda

O conceito de renda divide a doutrina em dois grupos: o que conceitua renda como um fluxo de satisfações, serviços ou riquezas e outro que a conceitua como acréscimo de riqueza ou poder econômico (BULHÕES PEDREIRA, 1971, p. 2).

As correntes que conceituam renda como fluxo têm origem na noção de utilidade econômica, consideram-na um fluxo de riqueza durante determinado intervalo de tempo¹⁸, sendo seu valor determinado pelo que pode proporcionar, como utilização de serviços, aquisição e consumo de bens.

Já as correntes que conceituam renda como acréscimo são influenciadas pela Contabilidade, em sua forma de determinação do lucro; para essa corrente, renda é relacionada ao poder econômico num determinado período.

Conforme Schoueri (2010, p. 243), o conceito de renda é objeto de estudo de diferentes disciplinas e de diversos autores. Trata-se de uma questão relevante, já que pela repartição de competências adotada em nosso sistema constitucional, a União não pode ultrapassar a esfera que lhe foi assegurada constitucionalmente, pretendendo tributar fenômeno que não revele a existência de renda. Do ponto de vista econômico, as teorias que se desenvolveram para a definição de “renda”, reúnem-se em torno das correntes da renda-produto e da renda-acréscimo patrimonial.

Embora para os estudiosos adeptos da teoria da renda como acréscimo patrimonial defendam que o acréscimo patrimonial é renda, há quem defenda que nem todo acréscimo patrimonial pode ser considerado renda. Os principais casos são (ANDRADE, 2006, p. 9):

¹⁸ O capital corresponde ao estoque de riqueza num determinado ponto no tempo.

- (i) o aumento de valor dos bens integrantes componentes do ativo ou, ainda, os ganhos de capital não realizados;
- (ii) as transferências de capital, ou seja, ativo recebido de terceiros para a composição de ativo, podendo ser heranças e doações;
- (iii) as aquisições de bens ou serviços a preço inferior ao respectivo valor (compras vantajosas).

Segundo Bulhões Pedreira (1969, p. 20), quaisquer das três modalidades não são integrantes do conceito de renda, porque ora o ganho de capital pressupõe a mais-valia por meio da alienação, não se confundindo com o aumento de valor do bem que integra o patrimônio, casos (i) e (iii), ora porque a tributação das heranças e doações seria imposição sobre o capital e não sobre a renda, caso (ii).

Ao se considerar, isoladamente, a teoria de renda como produto e a teoria de renda como acréscimo patrimonial, é possível verificar que as duas apresentam falhas. Caso fosse adotada a teoria renda-produto, não seria possível explicar, por exemplo, a tributação dos ganhos eventuais (*windfall gains*), como loterias e jogos: não se trataria de renda, por inexistir uma “fonte permanente”. Da mesma maneira, o ganho de capital não seria renda, por não ser um “fruto”. A teoria da renda-acréscimo, igualmente, é passível de críticas. Em sua formulação inicial, deixa de lado a possibilidade de o contribuinte gastar, durante o próprio intervalo temporal, tudo o que tenha auferido, daí restando sua situação patrimonial final idêntica à inicial.

Mesmo incluindo o consumo, a teoria de renda acréscimo patrimonial não responde à questão da tributação de exclusiva na fonte. Apenas com essa teoria não é possível explicar que incida o imposto sobre o rendimento dos não residentes, por exemplo, já que não há como medir o acréscimo patrimonial em virtude do caráter instantâneo da remessa.

Cabe mencionar que, em paralelo às teorias econômicas, existe a teoria legalista de cunho essencialmente jurídico, pela qual renda é o que a lei disser que é. Muito embora essa teoria seja passível de várias críticas, o Supremo Tribunal Federal foi influenciado pelas teorias legalistas, por ocasião do julgamento de Recurso Extraordinário no. 201.456-6/MG, acerca do artigo 3º da Lei 8.200/91, que tratava da correção monetária das demonstrações financeiras. Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim declarou que “o conceito de renda, para efeitos

tributários, é o legal” e que “não há que se falar em um lucro real que não seja decorrente da definição legal” (SCHOUERI, 2010, p. 245).

Não é escopo deste trabalho analisar a teoria legalista. A teoria legalista distorce a essência econômica de renda, segundo Oliveira (2008, p. 177), só poderia ser acatada na definição constitucional de competências tributárias, por conta dos amplos poderes conferidos ao constituinte originário, os quais, ainda assim, são limitados pela natureza das coisas e pela necessidade de tributar sinais de capacidade contributiva que possuam real densidade econômica. Dessa forma, vale mencionar, literalmente, a conclusão do autor “a lei não pode determinar que o fato de alguém andar a pé na rua Direita seja considerado renda para efeito da incidência do imposto de renda”.

Para a sequência do trabalho, ainda, é necessário determinar qual das teorias foi adotada pela CF. A CF discrimina, em seu artigo 153, inciso III, a competência da União tributar “renda e proventos de qualquer natureza”, sem, contudo, definir o que se deve entender com essa expressão. O conceito de renda não é unívoco, há diversas teorias que buscam explicá-lo, não se pode dizer que, do texto constitucional, seja possível definir o que é renda para fins de tributação no Brasil.

Argumentos históricos, a evolução da legislação, e sistemáticos, como outros dispositivos constitucionais direcionam, mas a indeterminação se mantém. De acordo com o artigo 146, inciso III, alínea “a”, do texto constitucional, cabe à lei complementar a definição do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes dos impostos discriminados na Constituição.

O recorte e a definição do que é renda, portanto, é tarefa atribuída constitucionalmente ao legislador complementar, ou seja, dentro da ampla noção econômica de renda, cabe ao legislador complementar definir o que será a renda, tomando por base princípios constitucionais explícitos (capacidade contributiva) e implícitos (v.g., mínimo existencial) e tendo em mira igualmente o desiderato de não invadir competência conferida a outro ente federal. Com a atuação do legislador complementar, a renda, antes uma noção extraída do todo constitucional, toma a forma de um conceito, limitação para a atuação do legislador ordinário (SCHOUERI, 2010, p. 245).

O CTN, no papel de lei complementar, posicionou-se sobre o assunto. A mera leitura do caput do artigo 43 revela que o código não optou pelas duas principais teorias: teoria da renda-

produto ou da renda-acrécimo, admitindo, antes, que qualquer delas seja suficiente para permitir a aferição de renda tributável (SCHOUERI, 2010, p. 246), conforme segue:

Art. 43. O imposto de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza, tem como fato gerado a aquisição da disponibilidade econômica e jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

O legislador complementar, como concorda a maioria dos autores, buscou ser o mais abrangente possível em sua definição de renda e proventos de qualquer natureza. Segundo determina, qualquer acréscimo patrimonial poderá ser atingido pelo imposto; ao mesmo tempo, mesmo que não se demonstre o acréscimo, será possível a tributação pela teoria da renda-produto.

Segundo Bifano (2008, p. 123), a doutrina brasileira, quase que em sua maioria, adotou o caminho do acréscimo patrimonial para analisar o fato gerador do imposto de renda e a jurisprudência, também, pautou-se, nesse sentido, como se pode observar nas decisões dos tribunais. Por esse motivo, conclui-se que o conceito constitucional de renda é o “de riqueza acrescida e colhida, consoante o significado, em sua origem, da palavra provento, vinculada a produto ou colheita da terra”.

Ainda segundo a autora, o CTN não adotou posicionamento diferente e a análise das disposições contidas em seu artigo 43 permite extrair a conclusão de que o fato gerador de imposto de renda é, efetivamente, o acréscimo patrimonial medido em um determinado período de tempo. Irrelevante, para tal conclusão, parece ser o debate em torno da expressão “proventos”, pois seja renda, tributável será. De fato, o artigo 43 do CTN, em seu inciso II, ao fazer referência aos proventos, tem a seguinte dicção “de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”. Ao utilizar a expressão acréscimos patrimoniais, claramente, a lei refere-se tanto à renda, definida em seu inciso anterior, denotando a adesão do sistema brasileiro ao critério de acréscimo patrimonial, afastando outros critérios ou interpretações não consentâneas com ideia de acréscimo, inclusive a dita teoria legalista que considera como renda tudo o que a lei assim o definir (BIFANO, 2008, p. 123).

Para Schoueri (2010, p. 247), embora parte da doutrina extraia a ideia de que a renda sempre compreenderia um acréscimo patrimonial, tal entendimento não parece mandatário. O inciso II refere-se a acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior, o que pressupõe que o inciso I, igualmente, inclua acréscimos patrimoniais. Porém, não está dito que o inciso I compreende, apenas, os casos de acréscimos patrimoniais, esse inciso versa sobre renda-produto, que pode, ou não, resultar em acréscimos patrimoniais. O inciso II, por sua vez, trata de acréscimos patrimoniais, apenas.

Ainda segundo esse autor, há uma intersecção, já que há casos de renda-produto que implique acréscimos patrimoniais. Entretanto, assim como no inciso II haverá acréscimos que não são renda-produto, tal como o ganho de capital, também, no inciso I poderá haver renda-produto que não se mede a partir de um acréscimo patrimonial.

Dessa maneira, no caso de rendimentos pagos a não residentes, como visto acima, não se mede o acréscimo patrimonial, já que a tributação é instantânea, não havendo como comparar uma situação patrimonial anterior e outra posterior; a mera existência de renda produto é suficiente para a tributação, independentemente de qualquer acréscimo.

Tendo em vista os esclarecimentos propostos, as duas principais teorias para determinar a renda seriam: renda-produto e renda como acréscimo patrimonial. Devido ao escopo do trabalho, discorrer-se-á adiante sobre as duas concepções de renda, ou seja, não será abordada a teoria legalista da renda.

2.2.1.2.1 Renda: produto

Uma linha de abordagem do conceito de renda diz que os bens econômicos, responsáveis por benefícios futuros, fluem com uma certa regularidade, sendo identificada como renda a soma dos bens econômicos disponíveis a um indivíduo em um determinado intervalo de tempo sem que haja prejuízo de sua fonte de produção (POLIZELLI, 2009, p. 33).

Em outras palavras, de acordo com a teoria da renda-produto, ou teoria da fonte, considera-se renda o fruto periódico de uma fonte permanente. Segundo Schoueri (2010, p. 243), figurativamente, a renda seria o fruto que se obtém, sem que pereça a árvore de onde ela provém. A “árvore” seria o capital; e o “fruto”, sua renda. Só caberia falar em renda no momento em que o fruto se destaca da árvore, o que significaria sua realização.

Diante do exposto, segundo essa teoria, pode-se depreender que dois elementos devem ser considerados para a caracterização de renda: periodicidade e manutenção da fonte. No que tange à periodicidade, trata-se da capacidade de continuar gerando renda, ou seja, a recorrência da renda.

Quanto à manutenção da fonte, tem-se que a renda deve ocorrer sem que seja deteriorado o meio pelo qual a renda ocorreu, em termos contábeis, o patrimônio. Há autores que incluem nesses elementos a produtividade. Dessa maneira, para o reconhecimento como renda, deve derivar de alguma atividade econômica.

Essa teoria influenciou a formulação da lei do imposto de renda em alguns países, mas foi abandonada, sob a alegação de que não era exaustiva e era incapaz de acompanhar a rápida evolução das relações econômicas, passando a ser adotada a teoria do acréscimo patrimonial (POLIZELLI, 2009, p. 33).

2.2.1.2.2 Renda: acréscimo patrimonial

A teoria da renda-acréscimo patrimonial adota o conceito de renda a partir da comparação da situação patrimonial em dois momentos distintos. Dessa forma, pressupõe-se um intervalo, consistindo a renda na diferença positiva entre a situação patrimonial no final e no começo do período. O economista alemão, no século XIX, George Von Schanz, foi quem influenciou o desenvolvimento da teoria do acréscimo patrimonial líquido, que seria mais tarde conhecida como conceito fundamental de renda (POLIZELLI, 2009, p. 37).

Ainda conforme esse autor, Schanz diz que o conceito de renda se manifesta como acréscimo patrimonial líquido em um determinado período temporal, incluindo benefícios e o valor monetário dos serviços prestados por terceiros.

Em outras palavras, acréscimo patrimonial é uma expressão relacionada à variação de ativos e passivos. O valor do patrimônio é o valor da diferença entre ativos e passivos em um determinado momento. Dessa forma, trata-se da diferença entre o valor do patrimônio em um determinado momento no tempo (t_1), subtraído do valor do patrimônio num momento anterior (t_0), conforme segue:

- Valor do Patrimônio (t_1) = Valor do Ativo (t_1) - Valor do Passivo (t_1)
- Valor do Patrimônio (t_0) = Valor do Ativo (t_0) - Valor do Passivo (t_0)

- $\Delta \text{Valor do Patrimônio } (t_1 - t_0) = \text{Valor do Patrimônio } (t_1) - \text{Valor do Patrimônio } (t_0)$

Se $\Delta \text{Valor do Patrimônio } \Delta > 0$, $\Delta \text{Valor do Patrimônio } (t_1 - t_0) = \text{Acréscimo Patrimonial } (t_1 - t_0)$.

Da equação proposta, pode-se deduzir a seguinte:

- $\Delta \text{Valor do Patrimônio } (t_1 - t_0) = \Delta \text{Valor do Ativo } (t_1 - t_0) - \Delta \text{Valor do Passivo } (t_1 - t_0)$

Logo, o acréscimo patrimonial pode decorrer da variação positiva, aumento, do ativo ou variação negativa, diminuição, do passivo. Dessa forma, pode-se afirmar que qualquer diminuição do passivo (ex.: perdão de dívidas e perdão de multas contratuais já exigíveis) é elemento para acréscimo patrimonial. Embora haja entendimento contrário, nem todo acréscimo patrimonial tem natureza de renda.

Segundo Bittker (1967, p. 983), a adoção de um conceito de renda que seja mais abrangente possível tem a finalidade social de não gerar diferenças injustificáveis entre os contribuintes, o que vai ao encontro da ideia de tributar conforme a capacidade contributiva.

Em complemento ao conceito de Schanz, a doutrina alemã desenvolveu o sistema SHS (Schanz-Haig-Simons), um modelo amplo de determinação de renda e da capacidade contributiva, pelo qual a renda corresponderia ao acréscimo líquido de riqueza, adicionado da renda imputada e dos gastos com consumo em um determinado período (HOLMES, 2001, p. 55). Embora os meios para a determinação de renda na adoção desse modelo sejam diferentes do original proposto por Schanz, já que esclarece mais certos elementos, o resultado atingido é o mesmo.

Há estudiosos que sustentam que a diminuição do passivo não se pode fazer nascer o fato imponible para o imposto de renda, pois trabalham com a hipótese de que o tributo incide somente sobre um aumento na riqueza. No entanto, segundo Andrade (2006, p. 22), o fato imponible desse tributo não está calcado no aumento de riqueza, mas na aquisição da disponibilidade de acréscimo patrimonial.

O texto jurídico do direito positivo prevalece sobre as interpretações econômicas, que não se fizeram perpetuar na norma jurídica, ainda que pudessem ter motivado os membros da Comissão que elaborou o CTN, os parlamentares que o votaram ou, até mesmo, o presidente

que o sancionou. Esse autor não considera o objetivo da norma, apresentado, dessa maneira, um dos equívocos de se considerar o acréscimo patrimonial como renda.

Adicionalmente, há outro argumento que se deve considerar, com a finalidade de se reforçar a conclusão obtida: a renda a ser tributada há de ser apenas a riqueza acrescida, riqueza nova, sob pena de se tributar o patrimônio (riqueza velha, incorporada) alcançado pela incidência de outros impostos, conforme determinado na CF.

Por essa razão, não se pode considerar, tampouco, como riqueza a ser tributada pelo imposto de renda, a riqueza consumida, objeto de tributação pelos impostos que incidem sobre o consumo e a circulação, pois a riqueza consumida somente estará retratada, patrimonialmente, pelo acréscimo patrimonial que ela vier a gerar, esse sim tributado pelo imposto de renda.

2.2.1.3 Os termos renda e rendimento

O artigo 31 da Lei Orçamentária 4.625, de 31 de dezembro de 1922, já previa que o imposto geral sobre a renda não incidiria sobre renda, mas sobre o conjunto dos rendimentos líquidos. O conjunto de rendimentos era considerado líquido depois de feitas as deduções relativas a imposto e taxas, juros de dívidas, perdas extraordinárias não compensadas por seguros ou indenizações e das despesas ordinárias realizadas para conseguir e assegurar a renda (ANDRADE, 2006, p. 17).

A relação entre renda e rendimento já nasce como uma relação de conjunto e elemento. Renda como conjunto, rendimento como elemento do conjunto renda. Rendimento é o elemento positivo da renda, já que renda considera tanto os elementos positivos como os negativos para sua composição.

Segundo Bulhões Pedreira (1969, p. 26), renda e rendimento têm a mesma natureza: renda é um somatório de rendimentos e rendimento é uma parcela da renda. Souza (1975b, p. 66), também, afirma que renda é o conceito genérico que engloba todas as figuras específicas de rendimentos entendidos como espécies ou tipos de ganhos tributados, entre eles o lucro. Ao contrário do que se passa com o termo renda, o termo rendimento não é consagrado pela Economia, que o trata como simples produto de aplicação financeira.

Contudo, renda e rendimento partilham o mesmo radical latino, *reddere*, que com influência de *prendere*, que significa tomar, passa a *rendere* (HOLANDA, 1999, p. 1742), tendo o sentido original de sujeitar, dominar, vencer. O significado original é diferente do significado

no direito tributário, guarda apenas pequena conexão. Renda é palavra formada pela derivação regressiva do radical *render* e *rendimento*, pela sua derivação sufixal. Ambos, para formar substantivos que indicam o efeito de *render*. Nesse caso, a formação das palavras, por si, pouco ajudam para a definição de um significado específico, para que fosse possível determinar uma relação de continência e conteúdo; logo, essa tarefa coube ao legislador.

O art. 18 da Lei Orçamentária nº 4.984, de 31 de dezembro de 1925, que regulamentou a implantação do imposto, criou o sistema de dupla incidência do imposto sobre pessoas físicas: proporcional aos rendimentos das pessoas físicas e progressiva sobre o montante dos rendimentos líquidos (renda global). Já para as pessoas jurídicas, a incidência foi definida, apenas, sobre a renda global, com a opção do lucro presumido (ANDRADE, 2006, p. 17).

Uma alteração substancial ocorreu com a sanção do Decreto-Lei nº 5.844/1943. Estava em vigor a Constituição de 1937, que, no artigo 20, I, “c”, outorgava competência privativa à União para decretar impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza. Estava presente no texto constitucional o conceito de renda, pelo uso da expressão *proventos de qualquer natureza*. Para evitar discussões ligadas ao conceito de renda e o de *proventos*, o legislador ordinário redefiniu *rendimento*, dando-lhe, pelos novos contornos, perfil *vaso*. A definição de *rendimento bruto* do art. 10 do DL englobou todos os ganhos que estavam nas cédulas, porque incluía os ganhos derivados do capital, do trabalho, de ambos e, ainda, os demais *proventos* previstos no DL. Não havia nada que escapasse a esse conceito. Não foi necessária nenhuma grande manobra para isso, porque, desde o início, a relação elemento-conjunto existente entre *rendimento* e *renda* marcou a incidência do imposto.

É relevante a observação de que tanto no seu início, com a Lei Orçamentária de 1922, como na redação do DL nº 5.844/43, o imposto incide sobre *rendimento líquido*, que é o *rendimento* deduzido de despesas necessárias à sua obtenção. Assim, *rendimento* tem o sentido de *ganho bruto*, que inclui não só o *acrécimo patrimonial*, mas, também, parte do capital empregado na sua obtenção.

Em 1966, foi editado o CTN, com sua definição de *renda*, como produto do trabalho, capital ou de ambos e de *proventos*, como os *acrécimos patrimoniais* não oriundos nem do trabalho, nem do capital, nem de ambos.

2.3 Instrumentos Financeiros Derivativos

2.3.1 Contratos derivativos

2.3.1.1 Histórico e conceito

A origem dos mercados de derivativos é relacionada aos problemas decorrentes da sazonalidade dos produtos agrícolas e dos riscos financeiros desse mercado. Enquanto as colheitas se concentravam em certo período do ano, os industriais e demais consumidores necessitavam de tais produtos durante todo o ano. Em outras palavras, oferta sazonal e demanda constante (LOPES, 2007).

A sazonalidade foi o elemento de risco responsável pela origem desse tipo dos derivativos. Essa contextualização sobre a utilidade dos derivativos vai ao encontro do que foi apontado como uma das funções do mercado financeiro atualmente na primeira parte deste trabalho. Essa função vai além da captação e aplicação de recursos. À medida que os contratos derivativos são utilizados, o mercado financeiro incorpora a função de mitigar riscos, funciona como um intermediador que desconcentra riscos, distribuindo-o ao mercado, tornando certas atividades empresariais menos arriscadas e mais vantajosas socialmente.

Dessa maneira, a sociedade pode usufruir, com mais segurança, dos benefícios dessa atividade empresarial, que, por sua vez, se tornará mais segura para a geração de emprego e riqueza. Emprego e riqueza são dois elementos primordiais para a sustentação de uma sociedade capitalista. Ainda quanto à riqueza, deve ser lembrado que ela gera benefícios para a coletividade à proporção que são pagos tributos em decorrência disso.

O crescimento da utilização de derivativos pode ser associado diretamente às alterações estruturais na economia mundial que levaram a novas demandas no mercado internacional e que não poderiam mais ser atendidas por meio das operações financeiras tradicionais.

Segundo Lopes (2007), entre as alterações estruturais que impactaram no comportamento da economia internacional, destacam-se:

- (i) o fim do padrão ouro;
- (ii) o choque nos preços do petróleo;
- (iii) a diminuição nas barreiras de transferência de capital;

- (iv) a evolução da tecnologia da informação;
- (v) o aumento de liquidez nos países desenvolvidos e
- (vi) a grande evolução na teoria de finanças.

Em suma, segundo esse autor, a evolução do capitalismo e o conseqüente aprimoramento das transações contribuíram muito para o aumento da utilização dos derivativos e sua complexidade. Esse fato gerou preocupação para vários interessados nesses produtos mais complexos. Essa preocupação permanece até os dias atuais. Em 1999, a revista “The tax lawyer” publicou um artigo intitulado: “Why can’t all just get along: finding consistent solutions to the treatment of derivatives and others problems”¹⁹, o que denota a preocupação da época. Além disso, é pertinente mencionar a crise financeira global de 2008, que trouxe à tona modalidades prejudiciais de derivativos que, na suposta intenção de minimizar o risco, transformou o sistema financeiro mundial em um “casino”. Trata-se, apenas, de uma fundamentação exemplificativa de que a preocupação com o tratamento desses produtos deve permanecer.

Quanto aos objetivos, entre outros, o derivativo tem por finalidade proteger os agentes econômicos de oscilações de preços, taxas de juros, variações cambiais ou qualquer variação que possa vir a afetar seus fluxos de caixa futuros e o valor presente de seus ativos. De acordo com Hull (2006, p. 01), um derivativo é um instrumento financeiro cujo valor depende do valor de outras variáveis básicas que o referenciam²⁰. O termo instrumento financeiro utilizado pode ser definido como qualquer contrato que origina um ativo financeiro em uma sociedade e um passivo financeiro ou título patrimonial em outra.

Ativo é qualquer bem sob domínio da sociedade, pelo qual se detenham os riscos e que seja capaz de gerar benefícios econômicos futuros. Por ativo financeiro, pode-se entender como sendo qualquer ativo que gere direito de recebimento de caixa. O conceito apresentado relaciona instrumento financeiro e variáveis predefinidas, diz que o valor desse ativo financeiro se altera de acordo com as variáveis predefinidas. Normalmente, caracterizam-se como contratos padronizados, negociados entre as partes em mercados secundários organizados ou contratos específicos entre os agentes.

¹⁹ Tradução livre do autor: Por que não podemos continuar: encontrando soluções consistentes para o tratamento dos derivativos e outros problemas.

²⁰ Texto original: “A financial instrument, the price of which has a strong relationship with an underlying commodity, currency, economic variable, or financial instrument.”

Em 1995, na conferência IFA sobre derivativos, os derivativos foram definidos como contratos que variam de acordo com os ativos e passivos aos quais estão atrelados (KEINAN, p. 88, 2007).

Segundo o IASB, derivativo é um instrumento financeiro ou outro contrato cujo valor se altera em resposta à alteração na taxa de juros especificada, preço de instrumento financeiro, preço de mercadoria, taxa de câmbio, índice de preços ou de taxas, avaliação ou índice de crédito, ou outra variável, desde que, no caso de variável não financeira, a variável não seja específica de uma parte do contrato. O derivativo não demanda qualquer investimento líquido inicial ou investimento líquido inicial que seja inferior ao que seria exigido para outros tipos de contratos que se esperaria que tivessem resposta semelhante às alterações nos fatores de mercado. Além disso, é liquidado em data futura (IASB, p. 1733, 2008).

O FASB, no FAS 133, define derivativo como contratos que tenham um ativo base que será o referencial da operação. Os valores efetivamente liquidados são calculados com base no comportamento desse ativo base. Esse ativo poderá ser um preço, uma taxa, uma cotação, uma variável climática etc.. É importante ressaltar que para o caso de uma ação ou de uma *commodity*, o ativo base refere-se ao preço de tal ativo e não ao ativo propriamente dito.

Assim como determina o IASB, o investimento inicial não é necessário ou é muito pequeno comparado com o valor de toda a operação. A liquidação ocorre em uma data futura que pode ou não estar determinada no momento de fechamento do contrato (LOPES, 2000).

O dicionário da área financeira da Oxford (p. 123, 2008)²¹ define derivativos como instrumentos financeiros cujo preço tem uma forte relação com *commodities*, cotações de moedas, variáveis econômicas ou outro instrumento financeiro. Os diferentes tipos de derivativos são futuros, *forwards*, *swaps* e opções.

²¹ Texto original: “A financial instrument, the price of which has a strong relationship with an underlying commodity, currency, economic variable, or financial instrument. The different types of derivatives are futures contracts, forwards, swaps, and options. They are traded on derivatives markets or over the counter (OTC). The market-traded derivatives are standard, while the OTC trades are specific and customized. The American Market-traded derivatives are futures and options.

Segundo Rubinstein (p. 01, 1999)²², um derivativo é um contrato entre duas partes que especificam condições, em particular, datas e montantes que resultam de algumas variáveis, sob as quais são efetuados os pagamentos e calculados os retornos.

As definições de Hull e Rubinstein, bem como as definições apresentadas pelo IASB, remetem à ideia de que derivativos se trata de contrato que possui suas condições atreladas a algum outro contrato. Como seu próprio nome sugere, derivam de outro ou outros contratos, por isso, o termo derivativos.

2.3.1.2 Modalidades de contratos derivativos

Com base nos arquivos estatísticos da BM&FBovespa, o Gráfico 3 apresenta o volume financeiro movimentado pelos principais derivativos.

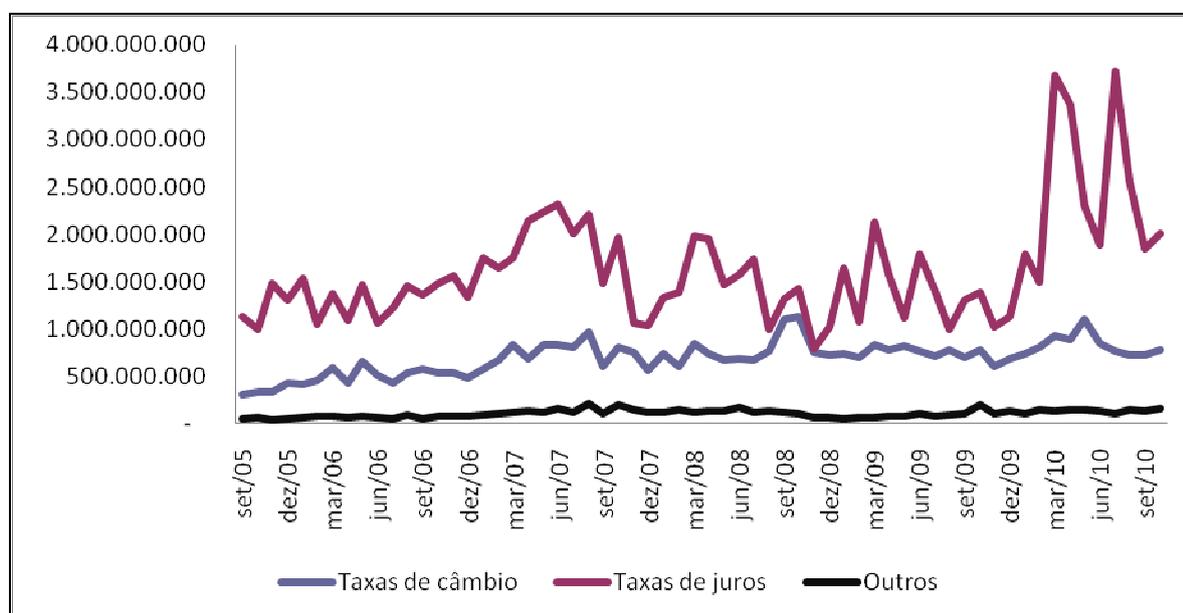


Gráfico 3 - Principais tipos de derivativos

Fonte: BM&FBovespa

Os derivativos classificados em “Outros”, no gráfico acima, estão detalhados no gráfico abaixo:

²² Texto original: “A derivative is a contract between two parties that specifies conditions – in particular, dates and the resulting values of underlying variables – under which payments, or payoffs are to be made between the parties.”

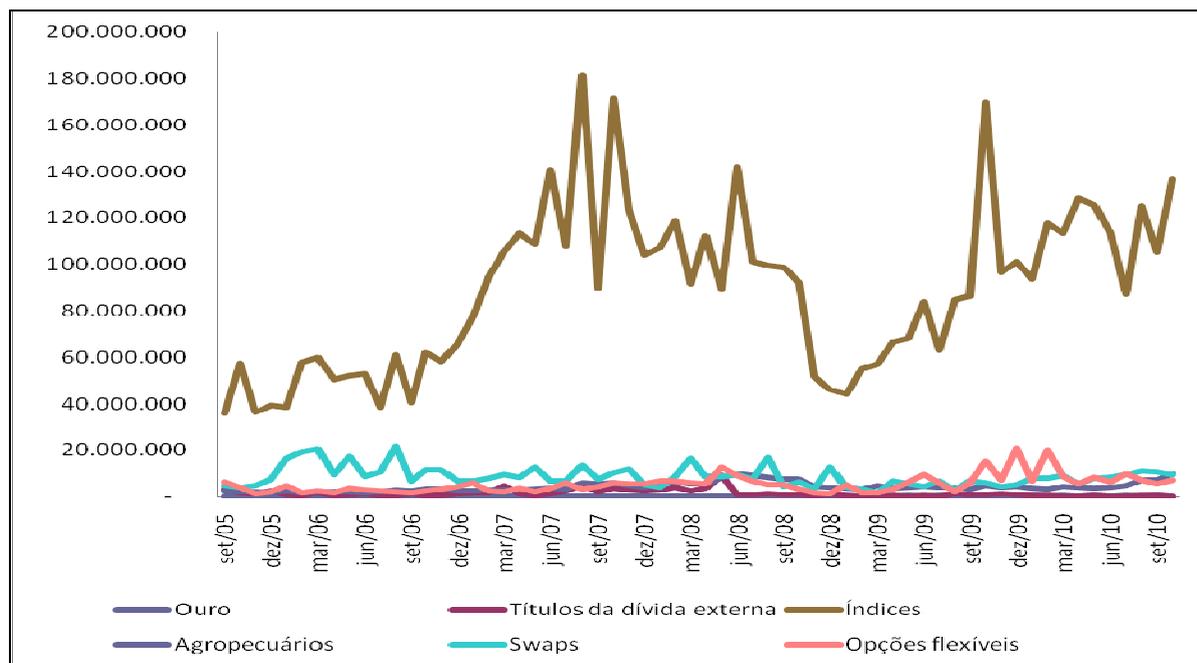


Gráfico 4 - Detalhamento de outros

Fonte: BM&FBovespa

Para alguns autores (LOPES; LIMA, 2003), os derivativos podem ser classificados como derivativos de primeira:

- (i) Contratos a termo;
- (ii) Contratos futuro;
- (iii) Opções de compra (*call*) e opções de venda (*put*) e
- (iv) *Contratos de swaps*.

Os classificados como de segunda geração:

- (i) *Straddle* (compra de uma *call* e uma *put* pelo mesmo preço de exercício);
- (ii) *Strangel* (igual ao *straddle* mas com preço de exercício diferente);
- (iii) *Strap* (compra de duas *call* e uma *put*);
- (iv) *Butterfly* (compra de uma *call* de exercício baixo, venda de duas *calls* de exercício médio e compra de uma *call* de exercício alto) e

- (v) *Condor* (que se usada com futuro de índice transforma uma aplicação de renda variável em renda fixa).

Os contratos derivativos de segunda geração são combinações estratégicas de opções, que envolvem *calls* e *puts* sobre o mesmo ativo. Além dos derivativos tradicionais, há outros tipos de produtos, variações e combinações de derivativos tradicionais, que são oferecidos principalmente pelo mercado internacional, tais como (HULL, 2005):

- **Opções americanas não padronizadas:** em uma opção americana padrão: o exercício pode ocorrer a qualquer momento durante a vida da opção e o preço do exercício é sempre o mesmo. Na prática, as opções americanas negociadas no mercado de balcão nem sempre têm essas características, por exemplo, a *opção bermuda*, cujo exercício pode ser restrito a certas datas; opções cujo exercício antecipado é permitido apenas durante parte da vida da opção e opções cujo preço de exercício pode mudar durante a vida da opção.
- **Opções *forward start*:** são aquelas que serão iniciadas em datas futuras; são, às vezes, utilizadas em incentivos aos empregados.
- **Opções compostas:** são opções sobre opções; há quatro tipos principais: a) *call* sobre *call*; b) *put* sobre *call*; c) *call* sobre *put* e as *put* sobre *put*; as opções compostas têm dois preços de exercício e duas datas de exercício.
- **Opções *chooser*:** são chamadas de opção *as you like it*; têm como característica a possibilidade de o titular, depois de determinado período de tempo, escolher se a opção será de compra ou venda.
- **Opções de barreiras:** podem ser classificadas como *knock-out* ou *knock-in*; a) a opção *knock-in* deixa de existir se o preço do ativo subjacente alcançar determinado nível; b) a opção *knock-out* começa a existir apenas se o preço do ativo subjacente alcançar determinado nível; há quatro tipos dessas opções: b.1) *up-and-out* (opção de compra europeia comum que deixa de existir tão logo o preço do ativo tenha alcançado o preço de barreira, b.2) *down-and-out* (opção de compra com nível da barreira menor que o preço do ativo), b.3) *up-and-out* e b.4) *down-and-out* (opções de venda, definidas de maneira análoga).

- **Opções binárias:** tratam-se de opções que não pagam nada caso o preço da ação fique abaixo de determinado valor.
- **Opções *lookback*:** seu resultado depende do valor máximo ou mínimo alcançado pelo preço da ação durante a vida da opção; é a forma de comprar ativo em seu preço mais baixo durante a vida da opção; analogamente, é a forma de vender ativo por preço mais alto ao longo da vida da opção.
- ***Shout option*:** é a opção europeia em que o titular pode fazer anúncio ao lançador uma vez durante a vida da opção; no fim da opção, o lançador recebe ou o resultado da opção ou o valor da data do anúncio (*shout*), dos dois o maior.
- **Opções asiáticas:** são chamadas de opções de preço médio; são aquelas em que o resultado depende do preço médio do ativo durante no mínimo parte da vida da opção.
- ***Exchange options*:** trata-se da opção para trocar um ativo por outro, sendo utilizadas em vários contextos, troca de moedas ou troca de ações.
- ***Rainbow options*:** opção envolvendo dois ou mais ativos de risco; por exemplo, a opção *basket*, que é uma opção cujo resultado depende do valor do portfólio de ativos.

Quanto aos contratos de *swaps*, os mais recentes, na literatura da teoria de finanças, são os relacionados às operações de crédito, denominados derivativos de crédito: contrato em que o resultado depende da avaliação de crédito de uma ou mais entidade soberana ou comercial e seu objetivo é permitir que os riscos de crédito sejam negociados e administrados tanto quanto os riscos de mercado; há dois tipos mais populares:

- ***Credit default swap*:** oferece seguro contra o risco de inadimplemento; o comprador desse *swap* realiza pagamentos periódicos até o final da vida do contrato ou até que ocorra o pagamento do crédito objeto; caso não ocorra esse pagamento (*default*) pelo devedor original, o recebimento é garantido pelo vendedor do *swap*;
- ***Total Return Swap*:** que permite a troca do retorno de um ativo ou grupo de ativos por outro; é utilizado para transferir riscos de crédito trocando um tipo de exposição por outro (exemplo: troca de dívida com montadoras de automóveis por dívida com empresas petrolíferas).

Além disso, o mercado oferece derivativos de tempo, para as sociedade cuja *performance* possa ser prejudicada pelas condições do tempo; derivativos de energia, para as companhias de energia, são negociados no mercado de balcão e em bolsa, envolvendo petróleo, gás natural e eletricidade; trata-se de derivativos que têm por finalidade a proteção.

O mercado de derivativos de tempo é recente e para sua operacionalização foram criadas duas medidas para descrever a temperatura durante um mês, que são utilizadas para determinar os resultados finais desses contratos. Nos mercados de energia, os derivativos de petróleo têm sido importantes; os derivativos de gás e eletricidade são relativamente novos, tornaram-se importantes para a administração de risco.

2.3.1.3 Os agentes dos contratos derivativos

Os contratos derivativos, como dito anteriormente, podem ser utilizados como importantes mecanismos para a mitigação de riscos em diferentes níveis da economia. A flexibilidade na contratação desses instrumentos acarreta a origem de mais contratos atípicos que contribuem não apenas para o desenvolvimento do mercado financeiro, mas, principalmente, para a proteção do denominado “setor produtivo” da economia.

Para o adequado funcionamento do mercado de derivativos são necessários agentes compradores e vendedores dos contratos, existindo, dessa forma, as diferentes expectativas sobre o comportamento dos preços.

Os principais agentes econômicos que operam com os derivativos são o *hedgers*, os especuladores e os arbitradores. Os *hedgers* utilizam, principalmente, contratos futuros, a termo, opções e *swaps* para reduzir o risco que eles correm de potenciais mudanças futuras nas variáveis de mercado.

Na operação de *hedge*, os riscos com a utilização de derivativos diminuem, pois, normalmente, há outro ativo, objeto do *hedge*, que tem alterações de preço contrárias às alterações do derivativo. Os especuladores utilizam os derivativos com o objetivo de lucrar em posições que consideram favoráveis. Nesse caso, a utilização de derivativos é bastante arriscada, podendo levar a consideráveis perdas. Os arbitradores montam uma posição, utilizando dois ou mais instrumentos financeiros, para obter lucro sem risco. Isso é possível a partir da constatação da existência de distorção nos preços de derivativos ou dos ativos relacionados aos derivativos em mercados iguais ou diferentes (LOPES, 2007, p. 401).

2.3.1.4 A negociação dos contratos derivativos

Os derivativos podem ser negociados em bolsa de valores e em mercado de balcão (com registro e sem registro). Atualmente, futuros e opções são ativamente negociados em muitas bolsas. Contratos a termo, *swaps* e diversos tipos de opções são transacionados regularmente fora das bolsas, por instituições financeiras e seus clientes empresariais, em mercados denominados de balcão (LOPES, 2007, p. 401).

A principal diferença entre os contratos negociados em bolsa e em mercado de balcão é a padronização desses contratos. Nas bolsas, os contratos transacionados são padronizados para facilitar a liquidez, enquanto, no mercado de balcão, há maior flexibilidade nos contratos, de maneira que eles se adaptem às necessidades de cada agente. Os derivativos transacionados no mercado de balcão são negociados, normalmente, entre uma instituição financeira e um cliente, o que aumenta o custo desses contratos, pois há um incremento no risco de crédito e uma diminuição na liquidez desses instrumentos (BULGARELLI, 2001, p. 279).

Segundo Stuber (2005), em decorrência da necessidade de se criarem instrumentos financeiros capazes de controlar riscos de variações de preços, decorrentes, sobretudo, de variações cambiais, o mercado financeiro desenvolveu sofisticadas operações que permitem atingir o objetivo de *hedge*. Dentre essas operações podem-se citar: as operações de *swap*, as operações com *Non Deliverable Forward (NDF)* e as operações de opções.

2.3.2 Operações com finalidade de *hedge*

2.3.2.1 Principais instrumentos de *hedge*

Ainda segundo Bifano (2008), as operações financeiras mais comuns desenvolvidas em bolsa com finalidade de *hedge* são: a futuro, *swap* e opções. Além das operações de bolsa com a finalidade de *hedge* com instituições financeiras autorizadas em mercado de balcão, com registro em entidades específicas que não a bolsa ou entre particulares.

O contrato de *swap* é um dos principais contratos, ditos diferenciais, resolvido pelo pagamento da diferença ao final de um certo período, sem transitar em mercados de bolsa. Essa troca permite minimizar riscos relacionados a certos mercados. Operações com a finalidade de *hedge*, ou simplesmente de cobertura, realizadas no País, em bolsa ou em mercado de balcão, desde que registradas nos termos da lei, desfrutam de tratamento diferenciado em matéria tributária, como será apresentado a seguir.

2.3.2.1.1 Operações de *swap*

Nos termos da Resolução nº 2.138²³, de 29 de dezembro de 1994, do CMN, as operações de *swap* caracterizam-se pela realização de uma troca de resultados financeiros decorrentes da aplicação de taxas índices sobre ativos ou passivos utilizados como referenciais. Essa troca pode ter como objeto: moedas, índices, preços de mercadoria, taxas, entre outros.

Esse tipo de operação gira em torno de uma aposta sobre um certo referencial, sendo que as partes ajustam os referenciais de atualização dos ativos envolvidos, a data de liquidação da operação e a forma pela qual ela se processará. Nessas operações, não há emprego de caixa em um primeiro momento, sendo a operação liquidada pela diferença entre os índices inicialmente pactuados. Dependendo do acordado, as operações de *swap* podem ser liquidadas antecipadamente (BULGARELLI, 2001, p. 279).

As operações de *swap* realizadas em bolsa são feitas por contratos padronizados. Esses contratos limitam os ativos suscetíveis de troca. Podem ocorrer operações de *swap* na bolsa de valores ou de mercadorias; no primeiro caso são permutas, envolvendo ações e opções com ações, sendo vendedores e compradores, reciprocamente, as mesmas partes; na segunda hipótese, as trocas envolverão ativos admitidos à negociação (BIFANO, 2008, p. 318).

As operações fora de bolsa, envolvendo mercado organizado (instituições financeiras, por exemplo), devem ser registradas no CETIP. Apesar de serem operações de renda variável, a sua tributação não é efetuada mediante a apuração e recolhimento pelo próprio contribuinte. As operações de *swap* são submetidas ao regime de tributação na fonte²⁴.

2.3.2.1.2 Operações com *non deliverable forward* (NDF)

As operações com NDF podem ser utilizadas como instrumento para uma operação de *hedge*. Trata-se de uma operação realizada por meio de um contrato futuro de moedas, sem entrega física, negociado entre a instituição financeira e a sociedade.

Um NDF é um acordo de compra ou venda, por determinado preço, em determinada data no futuro (HULL, 2006, p. 03). O objeto do contrato não precisa ser algo tangível, pode ser, também, um índice ou uma taxa de juros, por exemplo. Embora haja contratos não padronizados, a maioria são contratos padronizados, que especificam objeto e data de maturação (HILLING, 2007, p. 23).

²³ Revogada pela Resolução nº 2.688, de 26 de janeiro de 2000, do Conselho Monetário Nacional.

²⁴ Sobre o assunto: Mosquera, 1998.

Trata-se de contrato registrado na CETIP e refere-se à compra e venda de uma parte para a outra de um *forward* (futuro) negociado entre ambas, em que o acerto final da operação é feito pela diferença entre a taxa *forward* (futura) e a taxa de liquidação efetiva da moeda, definida no início da operação (STUBER, 2005).

2.3.2.1.3 Operações com opções

As operações de opções podem ser definidas como um negócio jurídico pelo qual é concedida a um terceiro interessado a faculdade de adquirir, futuramente, determinados bens ou valores mobiliários, mediante pagamento prévio de um preço (prêmio).

Os contratos de opções são, usualmente, conhecidos como seguros de preços (HULL, 2006, pp. 6-8). Uma opção é um contrato que permite a uma das partes a possibilidade de comprar ou vender a um determinado preço dentro de um prazo específico ou em uma específica data. A outra parte do contrato é obrigada a vender ou a comprar nas especificações de prazos ou datas estabelecidas, caso sua contraparte exerça essa opção. Dessa maneira, a parte detentora do contrato está assegurada de que não sofrerá com variações de preços, decorrentes de eventos inesperados. Além disso, caso o preço do objeto do contrato seja menor, ou seja, mais favorável no futuro, a opção não precisa ser exercida (HILLING, 2007, pp. 29-30).

A principal característica das operações de opções é que o comprador tem apenas direitos e não obrigações, enquanto o vendedor tem exclusivamente obrigações. As opções concedem ao investidor a possibilidade de evitar, apenas, os resultados negativos, ficando com os resultados mais favoráveis por meio do pagamento antecipado do prêmio (STUBER, 2005).

2.3.2.2 Hedge e seus instrumentos

A globalização tornou as transações empresariais mais complexas. Em decorrência disso, novos elementos de riscos foram incorporados. O mercado financeiro extrapolando sua função de captar e distribuir recursos, adquire uma nova função: mitigação de riscos, desenvolvendo diversos instrumentos, cujo objetivo é dar proteção às entidades, evitando ou minimizando a concretização de riscos.

Em qualquer país, os principais riscos podem ser facilmente identificáveis em suas empresas, são eles:

- (i) de crédito;
- (ii) de taxas de câmbio;

(iii) de preços de mercadorias.

De modo a anular os efeitos desses riscos, as sociedades adotam medidas para reduzi-los ou eliminá-los, tomando posição inversa àquela que assumiu. Adquirem contratos, em posição inversa aos contratos que julgam representativos de risco. A intenção é neutralizar ou, no mínimo, reduzir os riscos da volatilidade dos elementos componentes dos negócios que desenvolve.

Esses contratos adquiridos pelos administradores são denominados no mercado financeiro como instrumentos financeiros com a finalidade de proteção, utilizar-se-á o termo derivado da língua inglesa, já que usualmente utilizado, *hedge*.

O IASB, no texto do IAS 39, define *hedge*, ou seja, instrumento de cobertura como um derivativo designado ou um ativo financeiro ou passivo financeiro não designado, cujo valor justo ou fluxos de caixa se espera que compensem mudanças no valor justo ou fluxos de caixa de um item protegido designado (IASB, p. 1736, 2008). O CPC adota a mesma definição para as operações de cobertura, em seu pronunciamento técnico 38.

O FASB, assim como o IASB, divide as operações de *hedge* em três: (i) *hedge* de valor justo, como sendo o instrumento financeiro que varia de acordo com o ativo ou passivo ao qual está atrelado, sendo sujeito a um teste de efetividade, sua variação é reconhecida no resultado da companhia; (ii) *hedge* de fluxo de caixa, trata-se da operação de cobertura para recebimentos ou pagamentos previstos, a variação é reconhecida no patrimônio líquido da companhia, no limite do teste de efetividade a que está sujeito; (iii) *hedge* de investimento, visa à proteção de investimento no exterior.

Os instrumentos financeiros são definidos pela CVM como sendo ativos ou passivos financeiros representados por disponibilidades, contratos do mercado financeiro, participações societárias, dentre outros, que correspondem a um ativo ou passivo financeiro em outra sociedade. Essas operações são denominadas derivativos, pois derivam de um ativo ou passivo financeiro pelo investidor (BIFANO, 2008).

No momento em que as partes negociam esses contratos não acarretam saída de recursos, não há investimento inicial de caixa. Ocorre uma aposta em determinado índice, valor mobiliário, preço, evento, inclusive da natureza, e similares, que garantam a proteção pretendida.

As partes envolvidas estão em situações opostas, o ganho para uma das partes significa a perda para outra. Somente por ocasião da liquidação da obrigação, pela parte perdedora, é que existe movimentação de recursos. No direito brasileiro, não há um contrato padronizado de *hedge*. A operação com finalidade proteção é efetuada por meio de diferentes modalidades contratuais. Cada operação deve ser analisada isoladamente (BIFANO, 2008).

2.3.2.3 Operacionalização do *hedge*

O *hedger* é quem tem um primeiro contrato, gerador de direito ou da obrigação. Esse contrato é sujeito às oscilações, dessa forma, para proteger-se, o *hedger* busca posição inversa que lhe permitirá eliminar ou reduzir o referido risco, conforme já explicado. Conforme a legislação vigente, cada contrato formador do conjunto opera isoladamente. Esses contratos não são considerados em conjunto. É desconsiderado que eles referem-se a um único elemento: a atividade da qual se busca eliminar o risco. Em outras palavras, é desconsiderada a substância econômica da operação.

Segundo Diniz (1998 *apud* BIFANO, 2008), o *hedge* não é propriamente um contrato com características típicas, mas uma modalidade de operação de bolsa. É definido como o ato de tomar posição equivalente e oposta no mercado, com a intenção de que o resultado líquido impeça um prejuízo decorrente de oscilações de preços.

Segundo Bifano (2008), o ponto importante de ser mencionado é que as operações de *hedge* são consideradas de forma autônoma. A cobertura de risco, que é o fator econômico que as orienta, não é considerado pela legislação tributária para uma tributação mais eficiente.

Na Suíça, por exemplo, o sistema de tributação de renda de instrumentos financeiros, também, tem por base a forma legal dos contratos. Embora os derivativos que são usados para estruturação de instrumentos financeiros sejam concebidos de maneira conjunta, a tributação da renda, é efetuada tendo em vista cada contrato, em outras palavras, esse sistema, também, não considera a substância econômica para fins de tributação, visto que individualiza os contratos para a incidência do imposto de renda (HILLING, 2007, p. 75).

O problema da desconsideração da substância econômica para fins de tributação não parece ser algo que aflija, apenas, as empresas brasileiras. Talvez, essa desconsideração tenha a intenção de buscar critérios mais objetivos e com mais evidências documentais. Embora a tributação com base na substância econômica seja a mais eficiente, as autoridades fiscais podem entendê-la como mais arriscada em decorrência de seus critérios mais subjetivos. No

entanto, eliminada essa subjetividade, que enseja o risco da evasão fiscal, a defesa para manutenção desse tipo de tributação fica cada vez mais difícil.

2.3.2.4 *Hedge e suas classificações*

Há várias classificações para as operações realizadas com a finalidade de *hedge*. Quanto aos objetivos dessas operações, instrumentos que as sustentam, têm-se:

- *hedge* perfeito ou puro: envolve operações em que os instrumentos financeiros derivativos têm as mesmas características quanto ao valor, prazo, referencial econômico (índice, moeda etc.). Essa operação, no conjunto, não deve gerar qualquer perda ou ganho;
- *hedge* com divergência de prazo²⁵: pode gerar ganho ou perda em relação à operação original;
- *hedge* com divergência de valor²²: gerador de ganho ou perda em relação à operação original.

As duas últimas situações representariam operações nas quais o risco não estaria inteiramente coberto. Segundo Bifano (2008), as autoridades fiscais brasileiras têm se pautado por esse entendimento. Em algumas circunstâncias determinam que o contribuinte:

- a) identifique, documentalmente, o risco objeto da proteção;
- b) informe detalhes da operação;
- c) demonstre a fórmula de gerenciamento do risco;
- d) comprove a efetividade do *hedge*;
- e) indique variações no mercado e a necessidade de contratação de novas operações, dentre outras.

As autoridades fiscais e a lei brasileira designam dois diferentes tipos de *hedge*: operacional e especulativo.

²⁵ Divergência em relação ao item protegido.

O *hedge* operacional tem o objetivo de proteger o investidor contra os riscos inerentes às oscilações de preços ou taxas na prática de operações financeiras decorrentes de negócios relacionadas com sua atividade operacional, seus direitos ou obrigações.

O *hedge* especulativo não tem relação direta com a atividade operacional do investidor. Não é feito na intenção de proteção. Seu objetivo é a geração de ganhos fora da atividade principal da empresa.

Segundo Bifano (2008), o termo especulação merece um detalhamento melhor. Conforme a autora, especulação origina-se da palavra latina *speculatio*, espionagem derivada do termo *speculare*, que, por sua vez, significa observar de lugar alto, estar de sentinela. A palavra guarda uma ligação com a atividade militar, que, no ambiente do mercado financeiro, lembra o fato de ser essencial, no comportamento do investidor, a situação de permanente alerta à evolução do mercado.

Segundo Diniz (2005 *apud* Bifano, 2008), do ponto de vista jurídico, a palavra especulação pode significar:

- a) empreendimento mercantil com intenção de lucro mediante operações lícitas;
- b) operação comercial com intenção de geração de lucros extraordinários, não usuais, decorrente das flutuações do preço de mercadoria;
- c) transação comercial que envolve risco para a obtenção de alto lucro;
- d) operação realizada em Bolsa, em que se joga na alta ou na baixa de valores ou mercadorias;
- e) aplicação de capital na compra de mercadoria usualmente sujeita às oscilações mercadológicas;
- f) compra de ocasião de mercadoria com expectativa de alta para posterior revenda;
- g) venda de mercadorias por preço excessivo devido sua escassez no mercado.

A última opção, segundo a autora, é a única que apresenta conteúdo danoso à sociedade. Essa palavra pode ser aplicada aos que negociam nos momentos de oportunidade com a intenção de tirar vantagens não usuais.

O especulador é visto não como investidor que espia, examina, contempla o mercado financeiro antes de tomar uma decisão e aplicar, acertadamente, seus recursos com o objetivo de auferir ganho, mas como aquele que utilizando subterfúgios variados, inclusive a má fé, busca o lucro a qualquer preço.

É importante situar manifestações diversas de especulação no mercado e que variam desde a simples observação do mercado, como acima comentado, até ações de caráter totalmente danoso e predatório. Segundo Bifano (2008), trata-se de uma atividade intensa em busca de ganhos financeiros, por parte dos investidores. As autoridades fiscais têm, segundo a autora, uma falsa ideia de que o especulador opera com objetivo de locupletar-se, o que tornaria a inversão de dinheiro uma atividade despida de necessidade ou operacionalidade.

O termo operacionalidade merece maior detalhamento. O conceito de operacionalidade de um custo, despesa ou encargo é determinado pelo legislador ordinário ao definir o conceito de lucro real sujeito à tributação pelo IR. Está sempre vinculado à necessidade da atividade empresarial. É pressuposto que determinadas operações financeiras não desfrutem da condição de necessária. Dessa forma, nem mesmo de operacionalidade.

Ao se discutir a respeito de operacionalidade de certa operação financeira, o que deve ser analisado são seus efeitos no resultado da atividade operacional da empresa. Caso haja efeito no resultado operacional da empresa se atividade deixasse de existir, a sua existência denota operacionalidade. O ponto é que a análise desse relacionamento com a atividade da empresa é muito subjetiva dependendo das circunstâncias envolvidas. Entretanto, como é possível se verificar, o tratamento de uma operação, como não sendo operacional, envolve um julgamento que não é tributário, mas também econômico.

As operações tidas como especulativas são, muitas vezes, tidas como atividades oportunistas. Contudo, atualmente, trata-se de atividades essenciais que colaboram para a mitigação de risco. Assim sendo, contribui de maneira indireta para diversas atividades empresariais da sociedade que geram empregos e recursos para os Estados.

O administrador de uma sociedade tem a obrigação legal de eleger as melhores oportunidades de negócio de interesse da companhia, realizando aplicações de recursos excedentes de caixa, dentre os quais as operações com finalidade de *hedge*, ainda que não perfeito. O *hedge* de patrimônio líquido, objetiva proteger o capital social da sociedade, quando o sócio é não residente no País ou seu investimento está submetido a especiais ameaças econômicas.

Essa operação tem sido apontada, por muitos, como sendo responsabilidade do sócio e não da sociedade, já que o objetivo é evitar que o sócio apure perdas em seu investimento em decorrência de volatilidade.

Para efeitos tributários, é tida como operação especulativa, pois não estaria associada à cobertura de itens ativos ou passivos, sujeitos à volatilidade. Segundo alguns autores (BIFANO, 2008), esse entendimento está equivocado, na medida em que o capital é responsabilidade da sociedade, em relação aos sócios.

Esse capital deve ser protegido. Vale mencionar que a sociedade não se confunde com seu sócio, logo, nenhum impedimento ou contradição existe quanto à prática do *hedge* de patrimônio. Trata-se apenas de entendimento das autoridades fiscais de modo a evitar redução de recursos.

Após determinado o conceito de *hedge* e suas classificações, o trabalho adentrará na tributação dos derivativos. Nesse próximo tópico, o assunto *hedge* será importante, pois se trata de um fator determinante para a tributação.

2.4 Tributação de Operações com *Swap*

2.4.1 Tributação de *swap*

O art. 74 da Lei nº 8.981/95 determinou que o resultado positivo auferido na liquidação do contrato fosse tributado pelo IR, autorizando a dedução das perdas apenas para algumas operações registradas nos termos da legislação. Essa lei regulou, também, as operações financeiras com finalidade de proteção (operações de *hedge*). O art. 77, inciso V e § 1º dessa lei, excluiu de tributação antecipada, fonte ou recolhimento mensal os ganhos líquidos em operações de *hedge* realizadas em bolsas, conforme é possível verificar:

Art. 77 - O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos:

Inciso V - em operações de cobertura (*hedge*) realizadas em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão.

§ 1º Para efeito do disposto do inciso V, consideram-se de cobertura (*hedge*) as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato negociado:

I- estiver relacionado com as atividades operacionais da pessoa jurídica;

II - destinar-se à proteção de direitos ou obrigações da pessoa jurídica.

Para efeitos tributários, consideravam-se como de cobertura as operações destinadas, exclusivamente, à proteção contra riscos inerentes às oscilações de preço ou de taxas, quando o objeto do contrato estivesse relacionado às atividades operacionais da pessoa jurídica ou quando o contrato se destinasse à proteção de direito ou obrigação da pessoa jurídica. Há discussão sobre o emprego do termo “ou”. Embora as autoridades fiscais defendam a cumulatividade dos critérios, com o art. 35, § 2º da IN SRF 25²⁶, a jurisprudência²⁷ está de acordo com a não cumulatividade de critérios.

A definição de operações de *hedge* obedecia ao objetivo, apenas, de tributação na fonte, não se prestando a outro uso, exceto como possível indicador de entendimento na eventualidade de uma necessidade de interpretação.

O disposto na Lei nº 8.981/1995 foi mantido pela Lei nº 9.532/1997. O art. 36 da Lei nº 9.532/1997 reconhecia a incidência tributária na liquidação do contrato, determinando que o momento da liquidação ocorria quando as partes determinam se auferiram renda na operação.

A regra de não tributação antecipada de operações de *hedge* foi extinta pela art. 5º da Lei nº 9.779/99, a partir de janeiro de 1999, como segue:

Art. 5º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura (*hedge*), realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos.

A Lei nº 11.033/2004, atualmente aplicável à matéria, não faz qualquer menção às operações financeiras, em função de sua finalidade. Essa norma introduziu, para as operações de *swap*, o mesmo regime das operações de renda fixa, ou seja, alíquotas decrescentes em função do

²⁶ Revogada pela IN RFB 1022.

²⁷ Decisão 1.597, de 01/10/02 – Órgão: Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/ 8ª Turma. ASSUNTO: IRPJ. EMENTA: IRPJ. GLOSA DE DESPESAS FINANCEIRAS. PERDAS COM SWAP. Quando a operação de swap não se revelar pertinente às atividades da empresa **ou** à proteção de seus direitos e obrigações, fica descaracterizado o propósito de cobertura de risco (*hedge*) da operação. Nesse caso, para fins de dedutibilidade na determinação do lucro real, impõe-se o reconhecimento das perdas apuradas em operações de swap somente até o limite dos ganhos auferidos nas operações de mesma natureza. [...]. Decisão 213, de 31/12/2001 – Órgão: Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/ 1ª Turma. ASSUNTO: IRPJ. EMENTA: DESPESAS FINANCEIRAS INDEDUTÍVEIS. As operações com SWAP e EXPORT NOTES, se não estiverem relacionadas com as atividades da empresa **ou** não se destinarem à proteção de direitos e obrigações da mesma, é aplicável a glosa das perdas que excederem aos ganhos de mesma natureza. (grifos acrescentados)

prazo de duração das aplicações financeiras, variando de 22,5% a 15%, para a tributação na fonte dos rendimentos auferidos pelas pessoas jurídicas e físicas; sendo assim, nas operações de *swap*, o ganho líquido, que será conhecido e disponibilizado na liquidação do contrato, será considerado como rendimento tributável, em função do período em que foi apurado, aplicando a tabela regressiva de alíquotas.

A Lei nº 11.051/2004, ao determinar que os resultados positivos ou negativos deveriam ser considerados para fins de tributação somente por ocasião da liquidação do contrato, cessão ou encerramento de posição, também, incluiu as operações de *swap*, reforçando, portanto, conceito já incorporado em nossa legislação.

O alcance das disposições da Lei nº 11.051/2004 abrange, apenas, operações de Bolsa e de balcão e, nesse caso, se registradas; o que significa que operações de *swap* praticadas nos mercados regulamentados de bolsa e balcão não têm direito à dedução de suas perdas autorizadas para fins de tributação.

Resumindo:

Em 1995, edição da Lei nº 8.981 cujos principais pontos são:

- a) determinou tributação da renda no momento da liquidação do contrato;
- b) autorizou a dedução da perda para algumas operações;
- c) regulou as operações financeiras com finalidade de proteção;
- d) excluiu de tributação antecipada, fonte ou recolhimento mensal, os ganhos líquidos em operações de *hedge* realizadas em bolsas.

Em 1997, edição da Lei nº 9.532, sem alterações no disposto pela Lei nº 8.981/1995.

Em 2004, edição da Lei nº 11.033, atualmente aplicável à matéria, cujo principal ponto é:

- a) tributação da operação de *swap* pelas tabelas regressivas de alíquotas.

Ainda em 2004, edição da Lei nº 11.051, cujo principal ponto é:

- a) restringe a algumas operações a dedução das perdas.

2.4.2 Tributação dos rendimentos de *swap*

As operações de *swap* são operações de renda variável. No entanto, são tributadas como se fossem renda fixa. A base de cálculo da operação de *swap* é o resultado positivo na liquidação ou cessão do contrato. O fato gerador é auferir rendimentos.

As perdas incorridas nesses contratos não podem ser compensadas com os ganhos líquidos de outras operações de renda variável (LOPES *et al*, 2009, p. 247). As perdas somente poderão ser deduzidas pelas pessoas jurídicas se a operação estiver registrada de acordo com as normas imitadas pelo CMN e BACEN.

As alíquotas para a tributação antecipada de *swap* são regressivas de acordo com o tempo, determinadas pela Lei nº 11.033/2004, conforme segue:

- aplicações até 180 dias: 22,5%;
- aplicações de 181 a 360 dias: 20%;
- aplicações de 361 a 720 dias: 17,5%;
- aplicações acima de 720 dias: 15%.

Na apuração do resultado obtido em *swap*, poderão ser deduzidos como custo da operação os valores a título de cobertura (prêmio) contra eventuais perdas.

O imposto será retido na fonte pela pessoa jurídica que efetuar o pagamento do rendimento, na data da liquidação ou de cessão do respectivo contrato.

2.4.3 Tributação de *swap* com finalidade proteção

A tributação das operações de *hedge* gera vários debates nos tribunais. Conforme Bifano (2008), algumas dificuldades são encontradas na análise tributária dessa operação. Primeiro, a operação não é representada por contrato tipificado em lei. É composta de vários instrumentos jurídicos, que se reúnem formando um único contrato. Assim sendo, há apenas um referencial econômico: o instrumento financeiro original, ativo ou passivo, do qual outros derivam. Segundo, a lei tributária não autoriza que efeitos tributários de contratos sejam tomados por efeitos líquidos, como é de sua natureza. Terceiro, cada instrumento contratual, de forma equivocada, gera os efeitos tributários que lhe são próprios.

Todos os pontos mencionados acima convergem a um único problema: a desconsideração da substância econômica da operação. Essas dificuldades legislativas se tornaram relevantes em face da tributação antecipada e da incidência de tributos sobre o faturamento e a receita, como é o caso da contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins, que não serão abordadas neste estudo.

Segundo Lopes *et al* (2009, p. 258), o conceito de operação de *hedge* ganhou relevância significativa na legislação tributária brasileira quando diversos normativos estabeleceram que perdas com operações com derivativos somente poderiam ter seus montantes deduzidos com vistas à apuração do lucro real.

Esses instrumentos normativos vinham disciplinar a dedutibilidade das perdas oriundas de operações com derivativos, uma vez que o RIR/99, art. 299, somente admite a dedutibilidade de despesas que atendam certas características:

- (i) serem despesas necessárias;
- (ii) serem comprovadas e escrituradas;
- (iii) serem debitadas no período-base componente;
- (iv) não serem computadas nos custos.

Quanto à tributação antecipada de operações de *hedge*, ainda segundo Bifano (2008), foi discutida nos tribunais sob diversos enfoques, tais como:

- (a) existência de acréscimo patrimonial na operação financeira efetivada em caráter de proteção, ainda que, ao final de um período, ela venha a ser contraposta a uma operação que apurou perda em idêntico valor, devendo ser pago o tributo correspondente em regime de antecipação;
- (b) inexistência de acréscimo patrimonial, dada a finalidade da operação de garantir ao investidor condições de honrar seus compromissos, dando-lhe segurança e, portanto, não cabendo tributação na fonte;
- (c) inexistência de acréscimo patrimonial, dado o caráter indenizatório da operação, já que o objetivo de *hedge* é evitar que se desfalque o patrimônio do investidor, o que afasta a existência de acréscimo patrimonial e, por consequência, de tributação.

Segundo Bifano (2008):

Afora os interesses argumentos trazidos pela jurisprudência com o fito de não tributar ganhos em operações financeiras feitas com a finalidade de proteção, compõe elas um contrato atípico, não descrito em lei, portanto, mas formado por dois diferentes contratos que se contrapõem seus objetivos e resultados, permitindo que dessa contraposição nasça fruto novo, que é a proteção ao risco.

Em determinadas circunstâncias, o fruto decorrente das operações de *hedge* tem a mesma natureza de operação que protegem. Assim sendo, em uma operação de exportação, em que o exportador busca proteção contra eventual desvalorização de seu ativo a receber, é certo que o fruto da operação que ele objetiva proteger deve ser entendido como integrante do negócio de exportação e não como uma operação financeira autônoma.

Essa conjugação de partes e peças, que a doutrina recomenda na interpretação dos contratos ditos atípicos, permitirá, facilmente, verificar a finalidade de proteção, (a causa do negócio) e dessa forma bem aplicar a lei. Não há operação de *hedge* que não se revista da característica de operacional, pois investir no mercado financeiro, também, é atividade operacional (BIFANO, 2008).

A separação do que é ou não atividade operacional é bastante subjetiva. No entanto dificilmente uma operação financeira não se veste de objetivos operacionais para sua realização. Os principais questionamentos que emergem é se há risco a ser mitigado e se esse risco é decorrente de atividade operacional. Caso o risco seja em decorrência da atividade operacional, que normalmente o é, a mitigação desse risco se reveste da mesma característica.

3 A INEXISTÊNCIA DE RENDA PARA ATRIBUIÇÃO DE DERIVATIVOS COM FINALIDADE DE PROTEÇÃO

3.1 A Demonstração da Tributação de Derivativos

A finalidade dessa parte do estudo é ilustrar a maneira como ocorre, atualmente, a tributação de derivativos, apontando os pontos controversos. Será utilizado um exemplo sem elementos circunstanciais desnecessários de modo a isolar o efeito objeto do estudo.

A Cia. ABC é uma empresa não financeira, optante pelo RTT²⁸, que iniciará suas atividades com capital integralizado de R\$ 1.000.000,00 e empréstimo no mesmo valor. Foi firmado contrato de *swap*, para proteção, já que o empréstimo se sujeita à variação cambial. Esse contrato terá como referência, valor nocional, o montante do empréstimo.

Essas informações foram sumarizadas, conforme segue:

Cia. ABC - Não Financeira - Optante pelo RTT

(valores expressos em R\$ Mil)

Em 07 de setembro de 20X0:

a) Capital social inicial	1.000,00
b) Aquisição de empréstimo (*)	1.000,00
c) Contratação de swap	1.000,00

Balanco Patrimonial			
(07 de setembro de 20X0 - em R\$ Mil)			
Caixa	2.000,00	Empréstimo	1.000,00
		Capital	1.000,00
Ativo	2.000,00	Passivo	2.000,00

(*) Empréstimo atrelado à variação cambial (Em 07 de setembro 20x0 - R\$ 1,00: \$ 1,00)

Como descrito, a empresa iniciou suas atividades em 07 de setembro de 20X0, a apuração do resultado e do imposto de renda será feita no fim desse mês. O único evento será a variação da taxa de câmbio que refletirá nas demonstrações financeiras da empresa.

Em 30 de setembro de 20X0:

Câmbio: R\$ 1,00: \$ 1,30	1,30
Valor nocional	1.000,00
a) Variação cambial	300,00
b) Ajuste a valor de mercado	300,00

²⁸ RTT: Regime Transitório de Tributação, a Lei nº 11.638/2007, em vigor desde 01 de janeiro de 2008, com a finalidade de aproximar os padrões contábeis brasileiros aos internacionais (IFRS), alterou a contabilidade brasileira. A neutralidade tributária desses efeitos contábeis é determinada pela opção feita pelo RTT.

Alíquota de IRPJ: 25%

Apuração de imposto de renda	
(de 07 a 30 de setembro de 20X0 - em R\$ Mil)	
Lucro antes de imposto de renda	-
<u>Adições temporárias</u>	
Despesa com variação cambial	300,00
<u>Exclusões temporárias</u>	
Ajuste positivo ao valor de mercado	(300,00)
Lucro real	-
Imposto de renda a pagar	
Imposto de renda antecipado	-
Despesa de imposto de renda	
Imposto de renda a pagar	-
Ativo fiscal diferido	75,00
Passivo fiscal diferido	(75,00)

Na apuração do imposto de renda, pode-se verificar a adição da despesa com variação cambial e a exclusão do valor de ajuste positivo ao valor de mercado. A adição foi feita por não se tratar de despesa efetiva, logo, não afetou de forma definitiva o resultado, assim não pode aproveitar a dedutibilidade.

O ajuste ao valor de mercado foi excluído na essência pelo mesmo motivo, porém a permissão para essa exclusão temporária é ainda formal, já que ocorre por se tratar de um efeito da Lei nº 11.638. No entanto, a tendência é que com o fim do período de transição, a exclusão continue, mas sob outra justificativa.

Na sequência do exemplo, pode-se perceber que não há resultado a se considerar.

Demonstração de Resultado	
(de 07 a 30 de setembro de 20X0 - em R\$ Mil)	
Ajuste a valor de mercado	300,00
Despesa com variação cambial	(300,00)
Lucro antes de imposto de renda	-
Despesa de imposto de renda	-
Lucro líquido	-

O Balanço Patrimonial é alterado, apenas, por uma ficção contábil, não há efetivos efeitos, somente, apresenta efeitos possíveis em um determinado tempo. Sua apresentação, como

elemento de ativo e passivo, é evidência de que a possibilidade não se perfez, caso contrário, o efeito estaria refletido, apenas, no patrimônio.

Balço Patrimonial			
(30 de setembro de 20X0 - em R\$ Mil)			
Caixa	2.000,00	Empréstimo	1.000,00
Swap - ajuste a valor de mercado	300,00	Empréstimo - variação cambial	300,00
Imposto de renda antecipado	-	Imposto de renda a pagar - CP	-
Imposto a compensar	-	Passivo fiscal diferido - LP	75,00
Ativo fiscal diferido	75,00	Capital social	1.000,00
		Lucro acumulado	-
Ativo	2.375,00	Passivo	2.375,00

Em 07 de setembro de 2010, o Patrimônio Líquido (PL) era de R\$ 1.000. O efeito da variação cambial, que reduziria o resultado e, conseqüentemente, o PL, foi anulado com o efeito gerado pelo contrato de *swap*, com o efeito equivalente.

Em 30 de novembro de 20X0:

Câmbio: R\$ 1,00: \$ 1,40	1,40
Valor Nominal	1.000,00
a) Variação cambial	400,00
b) Ajuste a valor de mercado	400,00

Em novembro de 20X0, foi liquidado o contrato de *swap*. No momento da liquidação, foi efetuada a tributação. A alíquota efetuada foi de 22,5%, já que o contrato durou apenas 84 dias. Conforme suposta previsão em contrato, a variação cambial referente a esse período foi paga.

A operação não gera efeitos no resultado da sociedade. Apenas a estrutura do ativo é afetada, já que parte do caixa é destinado ao pagamento do imposto de renda. Embora, ainda, se trata de um ativo, o qual a sociedade poderá recuperar adiante, ele será remunerado a uma taxa determinada pelo governo.

Em 30 de novembro de 20X0, as demonstrações financeiras da sociedade são apresentadas da seguinte forma:

Balanco Patrimonial			
(30 de novembro de 20X0 - em R\$ Mil)			
Caixa	1.910,00	Empréstimo	1.000,00
Swap - ajuste a valor de mercado	-	Empréstimo - variação cambial	-
Imposto de renda antecipado	90,00	Imposto de renda a pagar - CP	-
Imposto a compensar	-	Passivo fiscal diferido - LP	-
Ativo fiscal diferido	-	Capital social	1.000,00
		Lucro acumulado	-
Ativo	2.000,00	Passivo	2.000,00

A estrutura do ativo foi alterada em decorrência de uma suposta tributação de renda, que não deveria ter ocorrido, pois não houve renda. A renda caracteriza-se pela junção de dois elementos: receita e despesa, denotando, assim, acréscimo patrimonial.

No entanto, a tributação na fonte não leva em conta esses elementos, pois não considera os aspectos econômicos da operação, sendo assim, tributa, apenas, a receita da operação.

Em 30 de novembro de 20X0:

Câmbio: R\$ 1,00: \$ 1,40	1,40
Valor Nocial	1.000,00
a) Variação cambial	400,00
b) Ajuste a valor de mercado	400,00
c) Liquidação do swap	
d) Pagamento da variação cambial	

Apuração de IRF (84 dias)	
(de 07 de setembro a 30 de novembro de 20X0 - em R\$ Mil)	
Ajuste a valor de mercado	400,00
<u>Alíquota</u>	<u>22,50%</u>
IRF - Swap	90,00

Ocorre que essa sistemática de tributação funciona como um mecanismo de antecipação do tributo de modo a onerar, paulatinamente, o contribuinte para que, no final do período, o desembolso de caixa seja menor.

O fato de não considerar a essência econômica da operação, determina uma incidência indevida sobre uma equívoca renda. A demonstração de resultado ilustra a ausência de renda, objeto de tributação, pois apresenta o conjunto da operação.

<u>Demonstração de Resultado</u>	
(de 07 de setembro a 30 de novembro de 20X0 - em R\$ Mil)	
Ajuste a valor de mercado	400,00
Despesa com variação cambial	(400,00)
Lucro antes de imposto de renda	-
Despesa de imposto de renda	-
Lucro líquido	-

Ambos autores, Hull e Rubinstein, definem o contrato derivativo como um contrato conexo, atrelado, ligado a outro contrato. O FASB e o IASB confirmam essa definição por seus instrumentos normativos, logo, a tributação não deveria desconectar esses contratos, desfazendo sua estruturação econômica.

Caso não haja qualquer outro elemento econômico que enseje renda, determinando um montante a ser pago a título de imposto de renda, o tributo retido ficará registrado no balanço.

Alíquota de IRPJ: 25%

<u>Apuração de imposto de renda</u>	
(de 07 de setembro a 30 de novembro de 20X0 - em R\$ Mil)	
Lucro antes de imposto de renda	-
<u>Adições temporárias</u>	
Despesa com variação cambial	-
<u>Exclusões temporárias</u>	
Ajuste positivo ao valor de mercado	-
Lucro real	-
Imposto de renda a pagar	
Imposto de renda antecipado	-
Despesa de imposto de renda	
Imposto de renda a pagar	-
Ativo fiscal diferido	-
Passivo fiscal diferido	-

Muito embora haja a possibilidade de utilização desse valor para pagamento do imposto de renda no final do período, a empresa que não se utilizar dele ao final do período estará afetando sua rentabilidade, já que o ativo de imposto de renda na fonte é remunerado, normalmente, por uma taxa inferior à rentabilidade que a empresa teria aplicando esse montante em sua atividade.

3.2 Essência e Forma na Tributação

O principal ponto a ser discutido, nessa parte do estudo, é a consideração econômica do fato para sua tributação. A essência sobre a forma na tributação é a prevalência do critério econômico sobre o método de interpretação jurídica. O critério econômico considera a finalidade econômica do fato, enquanto a interpretação jurídica considera critérios objetivos apresentados em norma.

Na doutrina jurídica alemã, o professor alemão Heinrich Beisse (1985, p. 05), trabalha a consideração econômica do fato, determinando que o critério econômico consiste em:

- (i) entender e desenvolver as normas jurídicas orientado para a realidade econômica e
- (ii) compreender e valorar os fatos da vida, também, orientado por essa realidade.

Alinhado com esse entendimento, há dois exemplos que valem ser mencionados: a legislação tributária alemã e a austríaca.

O antigo § 1, seção 2, da Lei de Adaptação Tributária alemã determinava que, na interpretação devem ser levados em conta “o objeto e o significado econômico das leis tributárias e o desenvolvimento das circunstâncias”. O Código Tributário alemão de 1977 não possui essa norma, porém nada, segundo o autor, mudou com essa omissão. É por esse motivo que a jurisprudência sobre critério econômico ainda é importante.

No Código Tributário Federal austríaco, a função do critério econômico, apresentada no § 21, seção 2, é descrita da seguinte forma: “para o julgamento das questões de direito tributário, é decisivo, no critério econômico, o verdadeiro conteúdo econômico e não a forma exterior do fato tributário”.

Ainda que seja decisivo na interpretação da lei, a maior importância do critério econômico está no plano da jurisprudência. Ao se comparar o processo legislativo e a jurisprudência, tem-se que a jurisprudência possui uma composição bem mais dinâmica e condizente com a realidade. Entretanto, para que isso ocorra, deve haver autorização no processo legislativo, previsão legal para que isso ocorra, como foi descrito no código austríaco.

Segundo Beisse (1985, p. 38), deve-se entender a expressão num sentido civilístico em detrimento do seu sentido no Direito Tributário quando a própria lei o indica claramente,

como, por exemplo, mediante remissões expressas ao direito civil; ou quando a origem histórica do preceito fala claramente em favor de uma interpretação civilística e não há contra isso nenhuma dúvida séria de ordem sistemática; ou quando a jurisprudência, com base na prática de muitos anos, adotou essa interpretação e o legislador, em relação a ela, não se viu motivado a corrigir a lei.

Ainda segundo esse autor, a problemática específica do critério econômico resulta na antinomia entre igualdade da tributação, a que esse método serve, e o seu imperativo da segurança jurídica. A consideração da realidade econômica proporciona maior igualdade na tributação, entretanto, pode ferir o imperativo da segurança jurídica na proporção em que a interpretação da norma passa a ser mais subjetiva, ou seja, dependente de mais julgamento.

O postulado da igualdade e, conseqüentemente, da conexão com a capacidade contributiva pertence, essencialmente, a toda tributação. Mas, também, o requisito da segurança jurídica pertence a ela, e até com primazia, como já acentuou Adam Smith²⁹” diz Beisse (1985, p. 38).

A teoria do direito e a jurisprudência dos mais altos tribunais admitem que o critério econômico é uma maneira de aplicação do método teleológico³⁰, conhecido no mundo jurídico. Atualmente, a doutrina dominante na ciência do direito da Europa central e na prática tende a dar maior significado ao objetivo (*telos*).

Conforme dizia Rudolf Von Ihering: “O objetivo é criador de todo direito”. O método teleológico deve justapor-se, essencialmente, à chamada teoria objetiva da interpretação, dando continuação à metáfora, deve haver a tentativa de se enxergar a floresta ao invés de apenas árvores.

Na realidade econômica, a transação é vista como um todo, considerando sua finalidade; na interpretação jurídica, a transação é vista em partes, vista na singularidade das partes que a compõem.

Ao verificar-se a operação como um todo, deve-se considerar não apenas o contrato derivativo, mas, igualmente, o contrato original. Afinal, o contrato original é o que dá origem à necessidade de um contrato derivativo. A consideração isolada do contrato derivativo denota sua existência independente, porém, na maioria dos casos, não é essa sua finalidade.

²⁹ Sobre o assunto: Smith, 2008.

³⁰ Sobre o assunto: Ferraz Jr, 1988.

A tributação está relacionada a fatos, situações e realizações efetivas. Nesses fatos manifesta-se a capacidade econômica dos sujeitos passivos que justifica a intervenção do Direito Tributário. Usualmente, as leis tributárias aplicam-se a conceitos determinados pelo Direito Civil, tais como: propriedade, locação, arrendamento, renda, sociedade etc. O problema consiste em verificar se tais conceitos, no âmbito da tributação, devem entender-se no sentido que têm no Direito Civil ou em função de um critério econômico.

As leis tributárias devem ser interpretadas de acordo com o seu sentido e fim específicos. A especificidade e a autonomia da formação de conceitos tributários acarretam a aplicação do critério econômico.

Ao passar dos anos as transações econômicas vão sendo, aos poucos, dotadas de maior complexidade. Em um primeiro momento, ocorre o fato, que por sua vez, paulatinamente, é alterado conforme a necessidade da sociedade, conforme a demanda do mercado.

A criatividade econômica, como fato, é um ponto de partida para a elaboração da norma, seu principal ingrediente. A captação ocorre à medida que o fato passa a ser percebido pelo legislador, que, por sua vez, procura entendê-lo. A tradução é o momento em que é avaliada a necessidade de normatização do fato e, caso essa necessidade exista, é construída a norma. A aplicação da norma é interferência do Estado no fato por da sociedade mediante sua normatização.

Nesse ponto, há dois assuntos a serem discutidos: a criatividade do mercado e o processo de elaboração de uma norma. Em decorrência de seus motivadores, a criatividade do mercado é um processo muito mais dinâmico do que o processo de elaboração de uma norma, logo, não caminham lado a lado.

No que tange à finalidade, a criatividade do mercado tem a finalidade de gerar lucros ou mantê-los na maioria das vezes, enquanto a finalidade da elaboração de normas é evitar que a nova transação cause lesão ao Estado ou à sociedade.

A norma tende a generalizar particularidades para ampliar seu campo de aplicação, utilizando-se de critérios objetivos para promover a segurança jurídica. No entanto, esses critérios objetivos que fazem parte de sua composição estão, normalmente, em descompasso com a realidade econômica, que se torna a cada dia mais complexa.

Metaforicamente, enquanto ainda está sendo determinado em norma o que é uma árvore, elas já estão crescendo com as outras ao seu redor. Assim, a definição do que é floresta passa a ser tão necessária quanto à definição do que é árvore. O questionamento deverá ser: como tratar esse fato? Tratam-se de várias árvores ou trata-se de uma floresta?

É mais prudente utilizar o conceito de árvore, já que possui critérios mais objetivos para sua determinação, pois parte do pressuposto de que a definição de árvore é de domínio do senso comum, enquanto a definição de floresta não o é. Em outras palavras, nesse exemplo, o conceito de árvores é um conceito já existente e floresta trata-se de um conceito mais complexo que exige mais elementos para sua construção. A questão é que, ao enxergar apenas as árvores, não são consideradas as circunstâncias que permeiam o todo: a floresta.

É o que acontece, por exemplo, com alguns contratos. Já que há uma definição do que se trata determinado contrato, essa definição pode ser um critério objetivo na normatização do fato, ou seja, pode ser utilizada para se determinar a hipótese de incidência. Uma hipótese de incidência tributária só recepciona fenômenos econômicos quando esses são objetivos o suficiente para proporcionar a segurança jurídica, ainda assim são cometidos eventuais equívocos.

Um contrato de *swap* é um elemento objetivo captado pela norma. Trata-se, inclusive, de fenômeno civil (contrato), por ser contrato apresenta evidências formais objetivas buscadas pela norma para promoção da segurança jurídica, já a operação de *hedge* não apresenta as mesmas evidências formais. É composta de contratos, fenômenos civis, porém não o é, consiste em um fenômeno econômico. A operação de *hedge* seria, na metáfora, a floresta, enquanto o contrato de *swap*, a árvore.

O fenômeno civil é menos subjetivo do que o fenômeno econômico. No mínimo, é mais fácil de ser justificado, pois é construído com elementos formais padronizados em lei. Deixa mais evidente a busca pela segurança jurídica, ainda que isso ocorra em prejuízo do princípio da capacidade contributiva, já que o fenômeno econômico é muito eficiente nesse sentido.

A questão que emerge é: como blindar de critérios objetivos e de características formais o fenômeno econômico? Uma resposta simples para essa questão seria a Contabilidade.

O fenômeno econômico, ao ser considerado na Contabilidade se reveste de características formais e objetivas, podendo, então, ser utilizado para a elaboração da norma, é o que deveria

ocorrer com o conceito de renda, que, após ser tornado objetivo pela Contabilidade, é captado, para composição da base impositiva do imposto de renda.

A Contabilidade tem sido utilizada, apenas, como instrumento de mensuração de fenômenos econômicos, porém deveria ser capaz de ser tida como fonte confiável de informação, ou seja, deveria ser derivada dela a informação necessária para categorizar uma operação como sendo ou não de *hedge*, funcionando como blindagem formal e objetiva para o fenômeno econômico, proporcionando segurança jurídica e respeito ao princípio da capacidade contributiva.

É um dilema que, também, existe ao se tratar da Contabilidade, segundo Lopes e Martins (2007, p. 55) é fácil perceber por que iniciativas de padronizar a predominância da essência sobre a forma em países de direito romano são quase sempre malsucedidas. Esses países, devido aos seus históricos, possuem uma dependência muito maior da segurança jurídica.

Segundo esses autores, por mais que a classe contábil acredite que esse é o tratamento adequado, ele não atende às demandas dos usuários que buscam na contabilidade uma visão jurídica e não econômica da entidade. O Brasil oferece um exemplo interessante desse tipo de dicotomia. Segundo Chambers (2000, p.127)³¹, a contabilidade convencional deveria produzir informações úteis para seus usuários, porém não cumpre seu papel.

Contudo, a consideração da realidade econômica, faz com que a tributação se aproxime mais da igualdade, distanciando-se da segurança jurídica. Fato esse que implica maior dependência em relação aos tribunais e ao poder judiciária. O risco a ser considerado é o de que caberá ao poder judiciário a interpretação tendo em vista critérios econômicos.

3.3 A Inexistência de Renda para fins de Tributação de Derivativos com Finalidade de Hedge

Na doutrina alemã, Hensel (*Apud* ATALIBA, 2010, p. 57) define *Steuetatbestand*, hipótese de incidência, como o complexo dos pressupostos abstratos contidos em normas de direito

³¹ “Conventional accounting, it is claimed, yields true and fair information on financial position and results; what it produces has neither of those features. It claims to be based on the accrual principle, but plays fast and loose with that principle as it pleases. It claims to yield information pertinent to decision making, by yields information of a kind that no reasonable person would use. It claims to be realistic, but liberally uses fictions that misrepresent reality. It claims to be historical, but many significant points relies on conjectures about the future. And so on.” (CHAMBERS, 2000, p. 127)

tributário material e *Tatbestand Venvirklichung*, fato imponible, como a realização concreta da hipótese de incidência que segue determinadas consequências jurídicas.

Segundo Carvalho (2010, p. 312), “a devida compreensão da fenomenologia da incidência tributária tem o caráter de ato fundamental para o conhecimento jurídico, posto que assim atuam todas as regras do direito, em qualquer de seus subdomínios, ao serem aplicados no contexto da comunidade social”. Não importa qual seja a natureza do preceito jurídico, a atuação dinâmica é a mesma. Acontece a materialização do fato previsto na hipótese de incidência, ocorrendo os efeitos jurídicos prescritos na consequência.

O enquadramento do fato à hipótese normativa deve ser completo para que ocorra verdadeiramente subsunção. Segundo Carvalho (2010, p. 312), é aquilo que se tem por tipicidade, que, no Direito Tributário assim como Penal, adquire importância.

Para que seja tido como fato jurídico tributário, ou seja, fato imponible, a ocorrência da vida real, descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, deve satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese de incidência, ou seja, na descrição normativa do fato. Caso apenas um não seja reconhecido, essa dinâmica ficará inteiramente comprometida, não dando origem ao fato imponible.

Segundo Becker (1998, p. 334), essa precisão cronométrica do instante em que se completa a materialização da hipótese de incidência tem importância decisiva somente quando a medida de tempo (coordenadas de tempo) de realização da hipótese de incidência é superior a um dia e a contagem do tempo de realização é feita dia a dia, mês a mês, ano a ano etc..

A precisão cronométrica não tem nenhuma relevância, por exemplo, no imposto de vendas que tem por núcleo de sua hipótese de incidência o negócio jurídico de compra e venda que se realiza com a aceitação da oferta. Na data da aceitação, as leis que disciplinam esse negócio jurídico podem prescrever que essa seja a da expedição da aceitação ou a de seu recebimento, existe o negócio jurídico da compra e venda e, em consequência, no mesmo dia sobre ele incidiu a regra jurídica do imposto de vendas vigente naquele dia.

Qualquer um dos elementos adjetivos é tão essencial como o núcleo para a materialização da hipótese de incidência. Segundo Pontes de Miranda (1954 *apud* BECKER, 1998, p. 335):

Tem-se procurado distinguir o que é essencial e o que não é essencial no suporte fático; porém, tal distinção desatende a que, se algo não é essencial, a regra jurídica incide, a despeito da falta, e

não se há de pensar em que faça parte do suporte fático. O suporte fático então é apenas a soma do que é essencial. Se a regra jurídica deixar perceberem-se diferenças entre elementos do suporte fático, é que há, na verdade, duas ou mais regras jurídicas”.

Nesse caso, trata-se de dualidade ou multiplicidade de regras jurídicas, todas com idêntica regra, porém cada uma com distinta hipótese de incidência, o que confere diferenciação entre as diversas hipóteses de incidência é justamente aquilo que parece não essencial a uma e essencial à outra.

Quando o fato, em seu sentido lato, que materializa a hipótese de incidência consiste num estado de fato, à primeira vista, pode parecer que a mesma regra jurídica estaria incidindo duas ou mais vezes sobre a mesma hipótese de incidência materializada, já que se trata de estado de fato, ou seja, o fato que aconteceu e permanece, por isso, pode ser contemplado:

- (i) no momento em que aconteceu, portanto, como fato estrito senso ou
- (ii) sob o ângulo de sua duração continuada, portanto, como estado de fato.

O vínculo abstrato é instaurado, exatamente no instante em que aparece a linguagem competente que relata o evento descrito pelo legislador. Em um só tempo, constroem-se fato e relação jurídica, bem como ocorre incidência e aplicação do ordenamento posto. Para o Direito são entidades simultâneas, concomitantes.

Outra coisa, porém, é saber se os sujeitos interligados na relação têm consciência do vínculo; se o credor vai exercitar os seus direitos ou o devedor cumprir a prestação que lhe cabe. Tais problemas se alojam no campo especulativo da Sociologia do Direito Tributário e interessam, também, à política do direito tributário, mas em nada mexem com a dinâmica inerente ao fenômeno da incidência, que permanece intacta, sejam ou não observadas as condutas estatuídas na lei (CARVALHO, 2010, p. 313).

A questão é que ao se desconsiderar a realidade econômica, a base de cálculo não captura, adequadamente, o que é proposto na hipótese de incidência. A renda decorrente de uma operação de proteção deve ser a soma dos efeitos advindos dos contratos que compõem a operação.

Embora a hipótese de incidência tente captar, adequadamente, o fenômeno renda, a base de cálculo não o considera de maneira correta, pois busca elementos objetivos, constituídos formalmente. A hipótese de incidência utiliza-se de elementos econômicos para alcance do

fato para tributação. No entanto, a determinação da base de cálculo não permite o alcance do fenômeno econômico adequadamente.

A ausência da adequada captura da intenção apresentada pela hipótese de incidência pela base impositiva acarreta prejuízo ao respeito do princípio da capacidade contributiva, na suposta intenção de promover a segurança jurídica.

3.3.1 Os efeitos no princípio da igualdade tributária

Quanto à igualdade, diz Smith (2008, p. 356):

Os súditos de todo o Estado deveriam contribuir o máximo possível para sustentar o governo, em proporção às suas respectivas capacidades, isto é, em proporção à renda que respectivamente gozam sob proteção do Estado. A despesa do governo para com os indivíduos de uma grande nação é como a despesa de administração para com todos os rendeiros de uma grande propriedade, que são todos obrigados a contribuir em proporção a seus respectivos interesses nessa propriedade.

No trecho citado, é possível depreender que o autor trata de capacidade contributiva quando diz que a contribuição deve ocorrer na proporção da renda. Além disso, faz menção indireta ao princípio da universalidade, quando justifica a obrigatoriedade do pagamento por todos os interessados. Desse modo, é apresentada a ideia de igualdade, determinando o pagamento do tributo na proporção do benefício gerado pelo Estado ao contribuinte. Conforme diz Viggiano (2008, p. 3), Adam Smith trata de dois elementos para determinar o princípio de igualdade na tributação: capacidade contributiva e princípio do benefício³².

Segundo Conti (1996, p.30), esses elementos fundamentam-se na relação que se estabelece entre indivíduo e Estado, conferindo ao Estado o direito de exigir, coercitivamente, dos seus membros recursos a fim de que possa realizar as suas funções e ao indivíduo cabe o dever de realizar uma contribuição para essa arrecadação. A contribuição de cada membro dar-se-ia à medida de sua capacidade para tal, demonstrando-se de maneira igualitária.

Nesse contexto, são determinadas duas formas de igualdade para a justiça de um sistema tributário: igualdade vertical e igualdade horizontal.

A igualdade vertical, também conhecida como justo tratamento de desiguais, é determinada pela imposição tributária do Estado para que o sacrifício seja igual para todos os contribuintes; os contribuintes, em diferentes situações, devem contribuir com diferentes

³² Os termos utilizados na doutrina inglesa são: *ability-to-pay* e *the benefit principle* ou *the benefit approach*.

valores de tributos, que devem representar igual sacrifício para os contribuintes, ou seja, aqueles com maiores necessidades sofrerão menos peso da carga tributária.

A igualdade horizontal é determinada pela imposição tributária a todos os contribuintes igualmente por decorrência de determinado evento econômico. Pode ser entendida como a tributação de contribuintes que estejam na mesma posição em termos de capacidade contributiva, é obtida com a utilização de alíquotas de imposto proporcionais à capacidade econômica de cada contribuinte.

A aplicação da tributação, em face da igualdade horizontal, é relativamente simples, na medida em que se utiliza a hipótese convencional da teoria do bem-estar, de que a utilidade marginal da renda³³ é decrescente, igual para todos os indivíduos. A igualdade vertical tem a finalidade de estabelecer melhor distribuição do ônus tributário entre contribuintes com capacidades econômicas diferentes. Para que isso seja possível, deve-se determinar qual a correta maneira de serem diferenciados os desiguais.

O tributo poderá variar de forma proporcional, menos que proporcional ou mais que proporcional à variação da capacidade contributiva. A utilização de um ou outro critério leva a resultados bastante diversos, de modo que é importante a definição de qual critério mais promove a igualdade do sacrifício (CONTI, 1996, p. 73).

O aumento do tributo menos que proporcional ao aumento na renda leva ao que se pode denominar de tributação regressiva, ou seja, a relação entre o tributo pago e a capacidade econômica é decrescente com o aumento na capacidade econômica, já o aumento na contribuição proporcional ao aumento na renda faz com que a relação tributo e capacidade contributiva permaneça constante para qualquer nível de capacidade contributiva: tributação proporcional.

Quando o aumento é mais que proporcional ao aumento na capacidade contributiva, a relação tributo e capacidade contributiva aumenta com o nível de renda: tributação progressiva. A

³³ “como noção de utilidade marginal vincula-se à satisfação provocada por um acréscimo no consumo em virtude de aumento na renda, uma interpretação “social” tende naturalmente a enfatizar os limites físicos ao aumento do consumo de produtos essenciais, de forma a justificar um aumento progressivo na tributação. Superada a etapa em que o acréscimo de renda totalmente utilizado para aumento no consumo de produtos essenciais, a formulação de hipóteses a respeito do comportamento da utilidade da renda já não é tão simples, tendo em vista principalmente a própria noção de essencialidade dos produtos modifica-se ao longo do tempo” (SILVA, 1974, p. 30).

progressividade é, ao mesmo tempo elemento, da igualdade vertical e instrumento para o princípio da capacidade contributiva.

O estabelecimento da igualdade vertical, ou seja, a justa tributação de indivíduos com capacidades contributivas desiguais acarreta tributação progressiva. Segundo a teoria do sacrifício, o objetivo final da tributação progressiva é a igualdade, para Silva (1974, p. 25), o pagamento de tributos ao governo é interpretado como um sacrifício pelo contribuinte, assim, a igualdade na tributação seria obtida quando o sacrifício fosse igual para todos os contribuintes.

As teorias do sacrifício surgiram a partir do desenvolvimento e aperfeiçoamento dos estudos sobre a tributação segundo a capacidade contributiva; havia a necessidade de se determinar como se poderia tributar de modo a fazer com que se respeitasse a capacidade econômica dos contribuintes, iniciando a ideia de que os contribuintes deveriam suportar igual sacrifício. A avaliação da capacidade de contribuição passa, assim, a subordinar-se a um conceito subjetivo de igual sacrifício. “A justa distribuição da carga tributária” é obtida quando todos contribuem de forma a incorrer numa divisão justa”³⁴ (MUSGRAVE, 1910, p. 193).

A avaliação individual do sacrifício tributário depende do nível de renda e de uma avaliação, também subjetiva, de sua utilidade. Quanto maior a satisfação que o consumidor derivasse de um acréscimo no consumo, que resulta de um aumento na sua renda, maior seria o sacrifício de abster-se de parte desses recursos para contribuir para o financiamento dos encargos do governo. Se, de acordo com a suposição tradicional, a utilidade marginal da renda decrescesse à medida que a renda aumentasse, a avaliação do sacrifício tributário deveria, assim, relacionar-se inversamente com o nível de renda individual. Nessas condições, o princípio de “igual sacrifício” seria satisfeito à medida que a contribuição individual fosse maior para níveis de renda mais elevados (SILVA, 1974, p. 26).

Musgrave (1910, pp. 200-1) menciona três formas de interpretar essa igualdade: igualdade absoluta, proporcional ou marginal, supondo que os indivíduos têm gostos idênticos, de forma que uma mesma curva de utilidade, total e marginal, possa ser aplicada a todos os contribuintes³⁵. O argumento de que a equidade na tributação associa-se a uma distribuição

³⁴ *The distribution of the tax burden should be equitable. Everyone should to pay his fair share.*

³⁵ Admitindo, então, que a utilidade marginal da renda é decrescente, a aplicação de um critério de igual sacrifício marginal resulta numa progressão máxima, igualando a renda disponível dos contribuintes. Se a igualdade de sacrifício é absoluta, o resultado seria uma distribuição proporcional de carga tributária, desde que

progressiva da carga tributária, implica, portanto, não só admitir que a utilidade marginal da renda é decrescente, mas, também, que a respectiva taxa de decréscimo se comporta de acordo com os requisitos referentes a diferentes critérios de igualdade de sacrifício.

Oliveira (1998, p. 51) entende que, no Direito Tributário, a igualdade se realiza com o princípio da capacidade contributiva, pois, dessa maneira, será possível tratar os desiguais desigualmente, discriminando-os licitamente com base nas respectivas riquezas.

A tributação do rendimento gerado no contrato de *swap* é uma lesão ao princípio da igualdade à proporção que a renda não se perfaz para que ocorra a incidência, conforme dito anteriormente, a avaliação individual do sacrifício tributário depende do nível de renda e de uma avaliação, também subjetiva, de sua utilidade. No entanto, não há renda, logo, a tributação ocorre em moldes indevidos, ensejando um sacrifício desproporcional ao acréscimo de riqueza, que de fato não existe.

3.3.2 Os efeitos no princípio da capacidade contributiva

A questão da capacidade contributiva é um dos problemas centrais da tributação. Ao longo do tempo e com a adoção do princípio por diversos países, o termo capacidade contributiva foi sendo interpretado de diversas formas, cada qual buscando estabelecer uma maneira mais justa para obedecer a esse princípio (CONTI, 1996, p.30). Além disso, em relação aos impostos, o legislador deverá tornar efetiva a exigência contida no art. 145, § 1º, da CF: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte” (CARRAZZA, 2006, p. 483).

Para Jhering, a finalidade é a criadora de todo direito, por esse motivo, o sentido das leis é essencialmente determinado por seu fim (*telos*)³⁶. A finalidade objetivada no texto e no contexto se revela nas intenções contidas nos preceitos e conceitos jurídicos (NOGUEIRA, 1987, p. 107). O direito tributário tem a finalidade de disciplinar a tributação para a obtenção de receitas para o Estado.

a taxa de decréscimo na utilidade marginal fosse equivalente à taxa de acréscimo da renda. O critério de proporcionalidade na aferição de um igual nível de sacrifício requer um imposto progressivo na medida em que a utilidade marginal da renda diminui mais rapidamente que a utilidade média, variando o grau de progressividade conforme a diferença entre as respectivas taxas (SILVA, 1974, p. 26).

³⁶ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior (1988, p. 265), a regra básica da interpretação por métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir-se um propósito às normas.

Ainda, segundo esse autor, a captação de riqueza é, conforme a capacidade contributiva, efetuada por meio de imposto; a recuperação do custo de exercício do poder de polícia ou do serviço público é feita por meio de taxa; em razão de obra pública e da valorização imobiliária é cobrada a contribuição de melhoria e os impostos extras fiscais são instrumentos regulatórios. O escopo dessa seção é analisar a utilização do princípio da capacidade contributiva como determinante para a obtenção de receitas para o Estado. Nesse contexto, o aspecto econômico é muito importante na interpretação pelo método teleológico, principalmente no campo dos impostos, já que incidem quase sempre sobre fatos econômicos.

A consideração de aspectos econômicos poderá demonstrar a finalidade autêntica de dispositivos e impedir abusos, sendo, igualmente, útil para demonstrar o uso legítimo de estruturas que permitem a economia de imposto.

Segundo Oliveira (1998, p. 12), o tema igualdade, no direito tributário, desdobra-se em vários elementos: o primeiro refere-se ao princípio da generalidade: se todos são iguais perante a lei, todos devem ser tributados conforme determinado em lei; o segundo refere-se ao princípio da igualdade tributária: os contribuintes devem ser tributados identicamente à medida que possuírem igual riqueza; o terceiro trata da primeira acepção do princípio da capacidade contributiva: como pressuposto do tributo, a riqueza é o excedente ao mínimo necessário para a sobrevivência digna; o quarto trata da segunda acepção do princípio da capacidade contributiva, como critério de graduação e limite da tributação.

Conforme Nogueira (1987, p. 108), a consideração de aspectos econômicos deve ser correlacionada com o princípio da uniformidade da tributação, segundo o qual, fatos iguais devem ser igualmente tributados; para esse autor, a capacidade contributiva está relacionada a dois elementos: o primeiro refere-se ao princípio da universalidade da tributação e o segundo ao princípio da igualdade. O princípio da universalidade não está apenas relacionado ao princípio da igualdade, mas inserido na estruturação do fato gerador da obrigação tributária, dessa forma, todo aquele que for responsável ou realizar determinado evento econômico é obrigado ao pagamento de tributo.

O foco do princípio da universalidade é no evento econômico, já que é determinada a tributação, de maneira universal, ou seja, *erga omnes*, sempre que ocorrer o evento econômico previsto em lei. A ocorrência do evento é o que se denomina fato gerador, sua previsão em lei a hipótese de incidência.

Carrazza (2009, p. 115) diz que “o princípio da capacidade contributiva exige que os impostos sejam modulados de acordo com as manifestações objetivas de riqueza dos contribuintes: auferir renda, ter imóvel, praticar operações mercantis”. Ainda, segundo esse autor, esse princípio hospeda-se nos elementos do princípio da igualdade, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco; logo, quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza.

A justiça social é a finalidade do princípio da capacidade contributiva (OLIVEIRA, 1998, p. 73); para tanto o princípio é dotado de eficácia jurídica própria de natureza dupla: tutela negativa de recusa de validade, ou seja, pode conter e nulificar quaisquer atos do poder público que se desviem do seu rumo finalístico; tutela positiva de exigir do Estado determinada conduta, exigindo norma jurídica que preencha omissão legislativa que constitua ou acarrete violação ao princípio.

Para Zilveti (2004, p. 134), o princípio da capacidade contributiva é o princípio segundo o qual cada cidadão deve contribuir para as despesas públicas na proporção de sua capacidade econômica: as despesas públicas devem ser rateadas proporcionalmente entre os cidadãos, trata-se de instrumento para realizar a igualdade de tributação, conforme a capacidade individual para arcar com o ônus tributário.

Ataliba (1991, p.50) define a capacidade contributiva como sendo “a real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente o contribuinte, sem destruir e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação”.

Segundo Costa (2003, p.107):

o conceito de capacidade contributiva, ainda que o termo que o expressa padeça da ambigüidade da imprecisão características da linguagem do direito positivo, pode ser singelamente definido como a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário, para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de imposto, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação

A capacidade contributiva (ZILVETI, 2004, p. 135) tem opositores e defensores. Os opositores defendem que não há elementos racionais que sustentem ou que garantam sua aplicação, servindo unicamente para a tributação não ser considerada arbitrária pelo contribuinte. Há quem entenda que o princípio não tem validade própria, sendo apenas um

critério comparativo de repartição dos encargos públicos. Para Kruse, capacidade contributiva não se trata de um princípio, mas de um postulado da ciência de finanças, que não tem valor normativo que fosse considerado pelo legislador na tributação (ZILVETTI, 2004, p. 135).

Dentre os brasileiros, destaca-se Carvalho (2010, p. 205), segundo o qual a igualdade na tributação está relacionada ao conteúdo econômico dos fatos, que são indícios de riqueza, parâmetros de aferição de capacidade contributiva. Os defensores justificam o princípio da capacidade contributiva (ZILVETTI, 2004, p. 139) com a teoria do mínimo existencial. Alguns autores reconhecem esse princípio como expressão da justiça fiscal. A questão mais passível de discussão é que se trata apenas de uma orientação para o legislador. Numa visão simplista, caso fosse autoaplicável, poderia ser utilizada como um argumento para que o contribuinte se eximisse da obrigação de contribuir para as despesas do Estado.

Segundo Zilveti (2004, p. 163), a capacidade contributiva está subordinada à ideia de justiça distributiva, que propugna a tese igualitária de que se deve dar a cada um o que é seu. Nesse sentido, a tributação deve ser graduada de modo a fazer da obrigação tributária e da obrigação de pagar algo economicamente possível para o cidadão. A teoria do sacrifício: “os mais afortunados devem pagar mais” tem relação com a justiça redistributiva, identificada com a progressividade que, diga-se de passagem, até hoje, os financistas não tiveram sucesso em fixar esse critério com exatidão, para não ter efeito discriminatório.

Vale mencionar que há diferença entre os termos “capacidade contributiva”, “capacidade econômica” e “capacidade financeira”. Segundo Conti (1996, 35), capacidade financeira é a disponibilidade para a liquidação das obrigações no tempo e forma contratados, ou seja, liquidez para o pagamento de obrigações, enquanto capacidade econômica é a aptidão de se obter riquezas, exteriorizada sob a forma de renda, consumo ou patrimônio. Para esse autor, a capacidade contributiva refere-se à capacidade de arcar com o ônus tributário.

Os conceitos desses três termos estão relacionados, capacidade econômica tem implícita a ideia de geração futura de riqueza, enquanto a capacidade financeira representa a disponibilidade imediata dessa riqueza. Ambos os conceitos estão correlacionados com capacidade contributiva, visto que um dos elementos para sua determinação é a capacidade econômica, já a capacidade financeira é essencial para o exercício da capacidade contributiva. Ainda que sejam conceitos distintos, possuem relação entre si.

Segundo Becker (1998, p. 263), a circunstância de o fato lícito ser ou não fato signo presuntivo de capacidade contributiva, assume relevância jurídica somente naqueles países cujo sistema jurídico apresentarem regra jurídica constitucional, juridicizando o princípio da capacidade contributiva, ou seja, o legislador tem o dever jurídico de escolher para a composição da hipótese de incidência tributária fatos jurídicos que representem renda ou capital acima do mínimo indispensável.

Quando a regra jurídica tiver sido estruturada com bases constitucionais, terá uma atuação dinâmica idêntica à regra jurídica que estabelece presunção *juris et de jure*³⁷. Dessa forma, para ocorrer sua incidência, basta a realização dos fatos signos presuntivos da capacidade contributiva, ainda que não exista a capacidade contributiva. Nos países em que o princípio da capacidade contributiva não for regra jurídica constitucional, qualquer fato jurídico lícito poderá integrar a composição da hipótese de incidência tributária, assim, a justiça ou injustiça do tributo não invalida a regra jurídica tributária, pois é problema pré-jurídico de Política Fiscal.

O acréscimo patrimonial é a manifestação de riqueza necessária para que ocorra a incidência sobre a renda. Entretanto, ao se desconsiderar a essência econômica da operação, essa análise fica prejudicada e a tributação ocorre de maneira indevida.

³⁷ Significado: De direito e por direito. Presunção que não admite prova em contrário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo foi investigar se no caso de contratos de *swap* com finalidade de proteção, o conceito de renda é preenchido para que haja tributação de renda na fonte. Os pontos centrais para a discussão do problema foram: relação entre hipótese de incidência e base imponible e essência e forma na tributação.

Nesse caso, no que tange à hipótese de incidência, a base imponible não alcança o fenômeno renda adequadamente, já que não tributa um efetivo acréscimo patrimonial. Caso a essência econômica da operação, ou seja, a finalidade de *hedge*, fosse considerada, o resultado a ser tributado deveria contemplar os elementos positivos e negativos da operação principal e da operação derivada, que, por sua vez, seria uma renda nula, não ensejando, dessa forma, a recolhimento de imposto.

Assim sendo, o imposto de renda na fonte em contratos de *swap* com finalidade de proteção pode ser tido como indevido ou, até mesmo, como abusivo. Parte da doutrina defende que, nesse caso, o Estado deixa de considerar os ditames constitucionais, pois o objeto tributado trata-se, apenas, de uma suposta renda.

Segundo autores, esse imposto de renda na fonte tornou-se um instrumento de gestão da política monetária do Governo, pois, além de caracterizar-se como modalidade de controle dos contribuintes e incidir, em muitas situações, sobre uma “não renda”, enquadra-se, em outras, como adiantamento ou empréstimo ao Poder Público, cuja devolução, muitas vezes, embora com previsão de remuneração, não é adequadamente procedida³⁸.

Quanto à discussão sobre essência e forma na tributação, conclui-se que a consideração da realidade econômica, na tributação de contratos de *swap* com finalidade de proteção faz com que a tributação respeite mais o princípio da igualdade, distanciando-se da segurança jurídica, implicando maior dependência em relação aos tribunais e ao poder judiciário.

O risco a ser considerado é o de que caberá ao poder judiciário a interpretação, tendo em vista critérios econômicos, em outras palavras, a essência da operação. Dessa forma, o contribuinte pode ser, em determinadas situações, beneficiado ou prejudicado. O prejuízo dar-se-ia em decorrência da politização do judiciário. Talvez esse preço seja muito caro a ser pago. A

³⁸ Sobre o assunto: Bifano, 2008, p. 339.

história apresenta demonstrações de que a utilização de critérios econômicos para interpretação da lei tributária serviu o Estado em detrimento do contribuinte³⁹.

O Direito Tributário toma emprestados elementos da Economia que, por sua vez, se utiliza de elementos da Contabilidade para sua instrumentalização. A consideração da realidade econômica na interpretação do Direito Tributário acarreta, conforme esclarecido, um distanciamento da segurança jurídica, podendo resultar em benefícios ou malefícios, pois, inevitavelmente, ensejaria interpretações no âmbito judiciário.

No entanto, a consideração da realidade econômica na Contabilidade acarretaria maior confiabilidade para a informação utilizada pelo Direito Tributário. Além disso, a Contabilidade estaria se prestando, adequadamente, à sua real função: refletir a realidade econômica nas operações de uma empresa. Em outras palavras, a consideração da finalidade econômica na Contabilidade acarretaria menos malefícios do que no Direito Tributário.

Vale frisar que isso de nada adiantaria para evitar essas incoerências caso não houvesse interesse do Estado nisso. O principal motivo para que o Estado tribute uma suposta renda é sua, também suposta, necessidade. A teorização dessa incoerência é secundária ao se considerar o principal elemento para as incoerências legislativas: o interesse do Estado.

Contudo, o questionamento proposto no início do trabalho: **no caso de contratos de swap o conceito de renda é preenchido para que haja tributação de renda na fonte?** Tem a seguinte resposta: a desconsideração da essência econômica da operação enseja um equívoco na composição da base impositiva, dessa maneira, o objeto efetivamente tributado não perfaz o determinado na hipótese de incidência: a renda.

A consideração da finalidade econômica nesse caso é considerar a finalidade de fato dessa operação, ou seja, a finalidade de proteção, a operação de *hedge*. Isso deve ser feito na medida em que a operação de proteção deriva da operação principal. Assim sendo, essas operações estão atreladas, com isso a renda nessa operação deveria ser a soma dos resultados da operação principal e da operação derivada, *swap*. Tendo em vista que a finalidade é que um resultado anule o outro, ou seja, que não haja acréscimo patrimonial, a renda seria nula, dessa maneira, não haveria imposto a recolher.

³⁹ Sobre o assunto: Becker, 1999, p. 136

A operação de *hedge* trata-se de uma operação de mitigação de riscos. A mitigação de riscos é importante para a continuidade e desenvolvimento da empresa, logo, possui uma relevância social, pois com a continuidade e desenvolvimento das empresas, empregos são criados e mantidos e bons resultados são apresentados aos investidores, atraindo novos investimentos. Sendo essa uma atividade que gera retornos sociais, é bastante pertinente a preocupação para o desenvolvimento de uma sistemática tributária justa e eficiente e normas que induzam esse tipo de operação.

A evolução ou a criatividade do mercado financeiro tem gerado novos produtos e novas estruturas que merecem atenção. Estudos mais detalhados poderão determinar se os princípios constitucionais estão sendo respeitados e se a Contabilidade tem se prestado ao seu papel nesses casos. Porém, a evolução da Contabilidade ou do Direito Tributário será inexpressiva sem a evolução política, já que, no fim, o interesse político é o maior determinante de mudanças tributárias.

Para estudos futuros, seriam interessantes pesquisas sobre a relação entre Contabilidade e Direito Tributário. Há muito a ser explorado nessa relação. Além disso, vale frisar que se trata de uma relação que pode ensejar estudos de grande relevância social, que, por sua vez, trarão contribuições para o alcance de uma sistemática tributária mais eficiente e justa.

REFERÊNCIAS

ABE, Cesar Henrique Shogi. **Teorias contábeis sobre o patrimônio líquido e teoria renda-acrécimo patrimonial**: um estudo interdisciplinar. São Paulo, 1997. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Departamento de Contabilidade e Atuária, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

ANDRADE, Eduardo de. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**: a lógica, como ferramenta jurídica, delimitando conceitos, demonstrando as arquiteturas da incidência, e revelando as ideologias contidas no discurso jurídico do imposto. São Paulo, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **Progressividade e capacidade contributiva**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO – princípios constitucionais tributários, 5º, 1991. São Paulo: RT, 1991.

AVI-YONAH, Reuven, The interaction of tax, trade and investment. In: **Meeting of the Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 11th**, Geneva, s.e, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 10. ed., rev. adap. À Constituição de 1969, ao Código Tributário Nacional e à legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BALERA, Wagner. Base de cálculo dos tributos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); Base de cálculo. **Caderno de pesquisas tributárias**. n.7. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, pp. 357-382.

BARBOSA, Alba de Oliveira; MELO, Maristela Jorge; SILVA, Michelaine Machado Maciel. Análise Bibliométrica da Produção Científica de Turismo em Administração. In: **Seminário de pesquisa no Turismo do MERCOSUL, 5º**. Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2008.

BARTON, Jan. Does the use of financial derivatives affect earnings management decisions? **The Accounting Review**. Vol. 76, n.1, January 2001, pp.1-26

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1998.

_____. **Teoria geral do direito tributário**. 3.ed. São Paulo: Lejus, 1999.

BEISSE, Heinrich. O critério econômico de interpretação das leis tributárias segundo a mais recente jurisprudência alemã. In: MACHADO, Brandão (coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo, Saraiva, 1984, pp 05-42.

BIANCO, João Francisco. A aparência econômica e natureza jurídica. *In*: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídicas tributária (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 174 – 185.

BIFANO, Elidie Palma. **O mercado financeiro e o imposto sobre a renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____; AGUIAR, L. Anotações sobre Operações Internacionais com a Finalidade de Cobertura (“Hedge”). *In*: **Revista de Direito Tributário Internacional**, ano 4, n. 10, 2009.

_____. Contabilidade e direito: a nova relação. *In*: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídicas tributária (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 116-138.

BIONDO, Gina M. Using derivatives to shift income: enhancing after-tax returns. *In*: FABOZZI, Frank J. **The use of derivatives in tax planning**. Pennsylvania: FJF, 1998.

BITTKER, BorisI. A “comprehensive tax base” as a goal of income tax reform. *In*: **Harvard Law Review**. Vol. 80, n.5, 1967, p.983-984.

BOBBIO, Norberto. **Teoria della scienza giuridica**. Torino, Giappichelli, 1950.

BRANDÃO MACHADO. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. *In*: MARTINS, Ives Gandra; BRANDÃO MACHADO. **Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery)**. São Paulo, 1994, pp. 107-124.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Imposto de renda**. Rio de Janeiro: Justec, 1971.

_____. Imposto de renda – lucro da pessoa jurídica – compensação de prejuízos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: n. 207, p. 385, 1979.

CAMPOS, Fortunato Bassani. Imposto de renda: pessoas jurídicas. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de direito tributário**. Belém: CEJUP, 1993. v.1, pp. 333-334.

CANTO, Gilberto de Ulhôa; MURGEL, Ricardo Paranhos; VILLELA, Carlos Rocha. VII Simpósio Nacional de direito tributário: base de cálculo. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); Base de cálculo. **Caderno de pesquisas tributárias**. n.7. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, pp. 285-312.

_____; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; SOUZA, Antônio Carlos. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); Base de cálculo. **Caderno de Pesquisas Tributárias**. n.11. São Paulo: Resenha Tributária, 1986, pp. 1-44.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAMBERS, Raymond J. **Logic, law, and ethics**. London: Garland, 2000.

CHANG, Ha-Joon. **Bad samaritans: the guilty secrets of rich nations and the threat to global prosperity**. London: RH Business Books, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. A base de cálculo dos tributos e demais fatores de quantificação da prestação tributária. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); Base de cálculo. **Caderno de Pesquisas Tributárias**. n.7. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, pp. 245-284.

COLLIS, Jill; HUSSEY, Roger. **Pesquisa em administração: um guia prático para alunos de graduação e pós-graduação**. Tradução de Lucia Simonini. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS (CPC). **Pronunciamento Técnico CPC 38 – Instrumentos Financeiros: reconhecimento e mensuração**. 2009.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade**. São Paulo: Dialética, 1996.

COSTA, Alcides Jorge da. Conceito renda tributável. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Imposto de renda: Conceitos, princípios, comentários**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, pp. 24-33.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DEÁK, Daniel, The Taxation of Financial Derivatives in Emerging Financial Markets: The Hungarian Experience. **Bulletin for International Fiscal Documentation**, ago/set, 1997, pp. 377-386.

FABOZZI, Frank J. **The use of derivatives in tax planning**. Pennsylvania: FJF, 1998.

FERNANDES, Ricardo. **Estudo da dedutibilidade no imposto de renda das pessoas jurídicas**. Dissertação apresentada como parte dos requisitos para habilitação ao título de Mestre em Direito, na subárea de Direito Tributário, integrada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto de renda: pressupostos constitucionais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

GUIMARÃES, Antonio Alberto Soares. A base de cálculo. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); Base de cálculo. **Caderno de Pesquisas Tributárias**. Nº 7. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, pp. 313-338.

HENDRIKSEN, Eldon S.; VAN BREDA, Michael F. **Teoria da contabilidade**. Tradução de Antonio Zoratto Sanvicente. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HICKS, J.R. *Value and capital*. An inquiry into some fundamental principles of economic theory. 2nd ed. Oxford, 1946.

HILLING, Axel. *Income taxation of derivatives and others financial intruments*: economic substance versus legal form. JIBS Dissertation Series, no. 042, 2007.

HOLANDA, Aurélio Buarque Ferreira de. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

HOLMES, Kevin. *The concept of income*: a multi-disciplinary analysis. The Netherlands: IBFD, 2001.

HULL, John C. *Options, Futures, and Other Derivatives*, 6th ed. Prentice Hall, 2006.

_____. **Fundamentos dos mercados futuros e de opções**. 4. ed., São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuros, 2005.

_____. **Opções, futuros e outros derivativos**. 3. ed., São Paulo: Bolsa de Mercadorias e Futuros, 1998.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB). *International Accounting Standards*. London: International Accounting Standards Committee Foundation, 2004.

_____. *International Accounting Standards*. London: International Accounting Standards Committee Foundation, 2004.

_____. **Normas Internacionais de Contabilidade**. London: International Accounting Standards Committee Foundation, 2008.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Teoria da contabilidade**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUDGE, Amrit. *Why Do Firms Hedge?* A Review of the Evidence. *Issues in Finance and Monetary Policy*, July 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=899632>>. Acesso em: 25/11/2010.

KATZ, Farley P. *The art of taxation: Joseph Hémard's illustrated tax code*. **Tax Lawyer**. Vol. 60, n.1, p. 163-176.

KEINAN, Yoram. *United States Federal Taxation of Derivatives: One way or many?* **Tax Lawyer**. Vol. 61, n.1, 2007.

KENNAN, Kossuth Kent. *Income taxation: methods and results in various countries*. Milwaukee: Burdick & Allen, November 10, 1910.

KERLINGER, Fred Nichols. **Metodologia da pesquisa em ciências sociais**: um tratamento conceitual. Tradução de Helena Mendes Rotundo. São Paulo: EDUSP, 1980.

KRUSE, Heinrich Wilhelm. Lehrbuch des Steuerrecht. Munique: 1991. *Apud*: ZILVETTI, Fernando Aurélio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

LAULETTA, Andréa Bazzo. Os reflexos tributários dos termos “bolsas brasileiras e assemelhadas” e “bolsas estrangeiras”. *In*: MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). **O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2009.

LECKY, Prescott. Self-Consistency: a theory of personality. Garden City: Doubleday, 1969 *Apud* ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

LIMA, Gerlando Augusto Sampaio Franco de; LIMA, Iran Siqueira PIMENTEL, René Coppe (Org.). **Curso de mercado financeiro**: Tópicos Especiais. São Paulo: Atlas, 2007.

LOPES, Alexsandro Broedel e GALDI, Fernando C. Derivativos. *In*: LIMA, Gerlando Augusto Sampaio Franco de; LIMA, Iran Siqueira PIMENTEL, René Coppe (Org.). **Curso de mercado financeiro**: Tópicos Especiais. São Paulo: Atlas, 2007.

_____; LIMA, Iran Siqueira. **Contabilidade e controle de operações com derivativos**. São Paulo: Thompson, , 2003.

_____; LIMA, Iran Siqueira. **Disclosure de operações com derivativos: panorama internacional**. Caderno de Estudos, São Paulo: FIPECAFI, v.10, n.18, maio/agosto 1998.

_____; GALDI, Fernando C.; LIMA, Iran Siqueira. **Manual de contabilidade e tributação**

_____; MARTINS, Eliseu. **Teoria da contabilidade**: uma nova abordagem. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **A informação contábil e o mercado de capitais**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

_____. Operações com derivativos: aspectos introdutórios. **Temática contábil e balanços n. 40**. Ano XXXIV. IOB, São Paulo, 1ª Semana - outubro de 2000.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, 2002.

MACHADO, Brandão (coord.). **Direito tributário**: estudos em homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.

MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de direito tributário**. 26. ed. ver., atual. e ampli. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de metodologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARICONDA, Pablo Rubén; VASCONCELOS, Júlio. **Galileu e a nova física**. São Paulo: Odysseus Editora, 2006.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARX, Karl. O Capital. V. III, 1894 *Apud* ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do direito**: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.

MATOS, Gustavo Martin. **A tributação dos derivativos decorrentes dos derivativos usuais**: contratos a termo, futuros, opções e *swap*. Dissertação apresentada como parte dos requisitos para habilitação ao título de Mestre em Direito, na subárea de Direito Tributário, integrada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2007.

MEAD, George Herbert. On social psychology. Chicago: The university of Chicago Press, 1965 *Apud* ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 18. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.). **O direito tributário e o mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 2009.

_____; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídicas tributária (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Renda e proventos de qualquer natureza**: o imposto e o conceito constitucional. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. **Tributação no mercado financeiro e de capitais**. São Paulo: Dialética, 1998.

MUSGRAVE, Richard Abel; MUSGRAVE, Peggy B. **Public Finance in theory and practice**. United States, New York: McGraw-Hill, 1910.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário**: capacidade contributiva. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. A disponibilidade ficta de lucros de coligadas ou controladas no exterior. In: ROCHA, Valdir Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, v. 6.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do imposto de renda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

OXFORD UNIVERSITY. **Dictionary of finance and banking**. Oxford: University Press, 2008.

PAIVA, Ormezindo Ribeiro de. **Imposto de renda**: incidência na fonte. São Paulo: Resenha Tributária, 1983.

PASSOS, Adelaide. *The Taxation of Derivative Financial Products in Portugal*. **Bulletin for International Fiscal Documentation**, jun, 1997, pp. 271-277.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto de Renda**, Rio de Janeiro: APEC, 1969.

PHILIPS, G. Edward. *The accretion concept of income*. In: **The Accounting Review**, p. 14-25, Jan. 1963.

POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas**. Dissertação apresentada como parte dos requisitos para habilitação ao título de Mestre em Direito, na subárea de Direito Tributário, integrada ao Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009.

QUEIROZ, Luis Cesár Souza de. **Imposto sobre a renda**: requisitos para uma tributação constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e de tributação**. Tradução de Maria Adelaide Ferreira. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. Cronologia e introdução Jacques Roger. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RUBINSTEIN, Mark. *Rubinstein on derivatives*. London: Risk Books, 1999.

SABINE, B. E. V. *A history of income tax*. London: George Allen & Unwin Ltd, 1966.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de pesquisa**. Tradução de Fátima Conceição Murad, Melissa Kassner, Sheila Clara Dystyler Ladeira. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2006.

SARTORELLI, Isabel Cristina. *Stock Options*: um ensaio teórico. São Paulo: 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, Departamento de Contabilidade e Atuária, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Tese apresentada como parte dos requisitos para a inscrição em concurso de Professor Titular do Departamento de Direito Econômico e Financeiro, área de legislação tributária, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2002.

_____. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídicas tributária (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 241-265.

_____. Luís Eduardo. Tributação e cooperação internacional, in **Revista Fórum de Direito Tributário**. Nº 7, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Fernando Antônio Rezende. **O imposto sobre a renda e a justiça fiscal**. Rio de Janeiro: INPES, 1974

SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. Hemus, 2008.

SOUZA, Rubens Gomes. **Compêndio de legislação tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975a.

_____. **Pareceres -1 Imposto de Renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975b.

_____. **Pareceres -2 Imposto de Renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975c.

_____. **Pareceres -3 Imposto de Renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

STUBER, Walter Douglas; ROSSETTO, Adriano Demarchi. As recentes alterações tributárias nas operações de cobertura: *hedge*. **Revista tributária e de finanças públicas**. Nº 62, 2005 pp. 242-250.

SUGARMAN, David. *Financial taxation and equity market development: optimal financial market tax policies for developing countries*. In: **Meeting of the AD Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 11th**. Geneva: s.e., 2003.

TAYLOR, Willard B.; WOLLMAN, Diana L. *Why can't we all just get along: finding consistent solutions to the treatment of derivatives and others problems*. **Tax Lawyer**. Vol. 53, n.1, p. 95-127, Fall 1999.

TANZI, Vito. *The Impact of Economic Globalization on Taxation*. **Bulletin for International Fiscal Documentation**, ago/set, 1998, pp. 338-343.

TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e idéia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (coord.). **Direito tributário: estudos em homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira**. São Paulo: Saraiva, 1984.

UTUMI, A. C. Akie. “Hedge” via operações de swap: tributação pelo imposto de renda. **Revista Dialética de Direito Tributário**. Nº. 172, Dialética, 2009, p.25.

VIGGIANO, Leticia Mary Fernandes do Amaral. Justiça tributária e capacidade contributiva: análise comparada entre as teorias de Adam Smith e de Augusto Becker. **Novos estudos jurídicos**. Vol. 13, n. 2, p. 105-118: jul-dez 2008.

ZILVETTI, Fernando Aurélio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.